

GUSTAVO **TEPEDINO**  
CARLOS NELSON **KONDER**  
PAULA GRECO **BANDEIRA**

# FUNDAMENTOS DO DIREITO CIVIL

VOLUME **3**

# CONTRATOS

De acordo com:

- Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) – Lei 14.010/2020

**2<sup>a</sup>**  
edição

revista,  
atualizada  
e ampliada

Inclui **MATERIAL  
SUPLEMENTAR**

Casoteca



Com **vídeos**  
sobre os  
principais  
temas





**FUNDAMENTOS DO DIREITO CIVIL**

VOLUME 3

# CONTRATOS



O GEN | Grupo Editorial Nacional – maior plataforma editorial brasileira no segmento científico, técnico e profissional – publica conteúdos nas áreas de concursos, ciências jurídicas, humanas, exatas, da saúde e sociais aplicadas, além de prover serviços direcionados à educação continuada.

As editoras que integram o GEN, das mais respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas para a formação acadêmica e o aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e estudantes, tendo se tornado sinônimo de qualidade e seriedade.

A missão do GEN e dos núcleos de conteúdo que o compõem é prover a melhor informação científica e distribuí-la de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade e dão sustentabilidade ao crescimento contínuo e à rentabilidade do grupo.

GUSTAVO **TEPEDINO**  
CARLOS NELSON **KONDER**  
PAULA GRECO **BANDEIRA**

## FUNDAMENTOS DO DIREITO CIVIL

VOLUME 3

# CONTRATOS

2<sup>a</sup>  
edição revista,  
atualizada  
e ampliada



- O autor deste livro e a editora empenharam seus melhores esforços para assegurar que as informações e os procedimentos apresentados no texto estejam em acordo com os padrões aceitos à época da publicação, e todos os dados foram atualizados pelo autor até a data de fechamento do livro. Entretanto, tendo em conta a evolução das ciências, as atualizações legislativas, as mudanças regulamentares governamentais e o constante fluxo de novas informações sobre os temas que constam do livro, recomendamos enfaticamente que os leitores consultem sempre outras fontes fidedignas, de modo a se certificarem de que as informações contidas no texto estão corretas e de que não houve alterações nas recomendações ou na legislação regulamentadora.
- Fechamento desta edição: 23.10.2020
- O Autor e a editora se empenharam para citar adequadamente e dar o devido crédito a todos os detentores de direitos autorais de qualquer material utilizado neste livro, dispondo-se a possíveis acertos posteriores caso, inadvertida e involuntariamente, a identificação de algum deles tenha sido omitida.
- **Atendimento ao cliente: (11) 5080-0751 | [faleconosco@grupogen.com.br](mailto:faleconosco@grupogen.com.br)**
- Direitos exclusivos para a língua portuguesa  
*Copyright © 2021 by*  
**Editora Forense Ltda.**  
*Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional*  
Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar  
Rio de Janeiro – RJ – 20040-040  
[www.grupogen.com.br](http://www.grupogen.com.br)
- Reservados todos os direitos. É proibida a duplicação ou reprodução deste volume, no todo ou em parte, em quaisquer formas ou por quaisquer meios (eletrônico, mecânico, gravação, fotocópia, distribuição pela Internet ou outros), sem permissão, por escrito, da Editora Forense Ltda.

- Capa: Aurélio Corrêa
  - **CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.**  
**SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.**
- 

T292f

2. ed.

v.3

Tepedino, Gustavo

Fundamentos do direito civil, vol. 3 – Contratos / Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder, Paula Greco Bandeira. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Inclui bibliografia e índice

ISBN 978-85-309-9241-5

1. Direito civil – Brasil. 2. Contratos. I. Konder, Carlos Nelson. II. Bandeira, Paula Greco. III. Título. IV. Série.

20-67197

CDU: 347.44(81)

---

Leandra Felix da Cruz Candido – Bibliotecária – CRB-7/6135





## **SOBRE OS AUTORES**

### **Gustavo Tepedino (Coordenador e Autor)**

Professor Titular e ex-diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Livre-docente pela mesma Universidade. Doutor em Direito Civil pela Universidade de Camerino (Itália). Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil). Sócio fundador do escritório Gustavo Tepedino Advogados.

### **Carlos Nelson Konder**

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutor e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Especialista em Direito Civil pela Universidade de Camerino (Itália). Advogado.

### **Paula Greco Bandeira**

Professora adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil). Sócia do escritório Gustavo Tepedino Advogados.





# MATERIAL SUPLEMENTAR

Este e-book conta com o seguinte material suplementar:

- casoteca

Para solicitar o seu código de acesso (PIN), entre em contato conosco: [gendigital@grupogen.com.br](mailto:gendigital@grupogen.com.br).

Após o recebimento do PIN, basta que o leitor se cadastre e faça seu login em nosso site ([www.grupogen.com.br](http://www.grupogen.com.br)), clique no menu superior do lado direito e, depois, em GEN-IO. Em seguida, clique no menu retrátil e insira o PIN.

**O acesso a esse material será disponibilizado somente durante a vigência da respectiva edição. Não obstante, a editora poderá franquear o acesso por mais uma edição.**



---

GEN-IO (GEN | Informação Online) é o ambiente virtual de  
aprendizagem do GEN | Grupo Editorial Nacional

---



## AGRADECIMENTOS

Os autores gostariam de agradecer especialmente aos jovens pesquisadores Bruna Vilanova Machado, Danielle Tavares Peçanha e Vitor Rodrigues Fontoura, que contribuíram de maneira decisiva, com pesquisas e revisão, para a elaboração deste volume; e ao mestre em Direito Civil pela UERJ, Francisco de Assis Viegas, por sua preciosa colaboração para o capítulo referente à extinção dos contratos.



## APRESENTAÇÃO GERAL DA OBRA

Diante de uma biblioteca jurídica repleta de manuais, cursos, compilações, esquemas didáticos impressos e eletrônicos, o leitor se perguntará qual a justificativa para mais uma obra sistematizadora como estes *Fundamentos do Direito Civil*.

Fruto de longos anos de pesquisa e de experiência didática de seus autores, os Fundamentos se contrapõem a dois vetores que ameaçam, constantemente, o mercado editorial. O primeiro deles é a repetição acrítica da dogmática tradicional, haurida dos postulados históricos do direito romano, com cosméticas adaptações, em suas sucessivas edições, à evolução legislativa. O segundo é a aderência casuística a soluções jurisprudenciais de ocasião, que aparentemente asseguram feição prática e abrangente aos manuais, sem aprofundar, contudo, a justificativa doutrinária dos problemas jurídicos e a forma de solucioná-los.

A coleção ora trazida a público, em sentido oposto, encontra-se inteiramente construída a partir do sistema instaurado pela Constituição da República de 1988, que redefiniu os modelos jurídicos com os princípios e valores que se incorporam às normas do Código Civil e à legislação infraconstitucional, estabelecendo, assim, novas bases dogmáticas que, unificadas pelo Texto Constitucional, alcançam coerência sistemática apta à compreensão dos problemas jurídicos e de seus alicerces doutrinários.

Para os estudantes e estudiosos do direito civil, pretende-se oferecer instrumento de conhecimento e de consulta a um só tempo

didático e comprometido com o aprofundamento das teses jurisprudenciais mais atuais, voltado para a interpretação e aplicação do direito em sua contínua transformação.

No sentido de facilitar a leitura, as ideias-chave de cada capítulo encontram-se destacadas na margem das páginas. Ao final de cada capítulo, há um problema prático associado ao respectivo tema tratado. *Além disso, o leitor tem acesso a vídeos com comentários feitos pelos autores sobre os temas mais controversos e discutidos, que podem ser acessados através de QR Codes situados abaixo dos respectivos problemas práticos.* Por outro lado, por meio do código de acesso disponível em cada volume, os autores oferecerão material jurisprudencial e bibliográfico, permanentemente atualizado, de apoio ao debate e ao aprofundamento teórico.

Pensando em aprimorar sua experiência com a versão digital desta obra, incorporamos glosas ao longo do texto. Você poderá identificá-las pelos colchetes e estilo diferenciado. Trata-se de palavras-chave para facilitar a localização dos respectivos temas abordados pelos autores. Ao final do e-book, você encontrará um índice com todas as glosas.

O leitor perceberá, certamente, que a metodologia do direito civil constitucional se constitui na mais genuína afirmação do direito civil, revitalizado em suas possibilidades aplicativas mediante a incorporação dos valores e normas da Constituição Federal à totalidade dos institutos e categorias, na formulação da legalidade constitucional.





**VOLUMES DA COLEÇÃO**  
**COLEÇÃO**  
FUNDAMENTOS DO DIREITO CIVIL

**Vol. 1 – Teoria Geral do Direito Civil**

*Autores:* Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva

**Vol. 2 – Obrigações**

*Autores:* Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber

**Vol. 3 – Contratos**

*Autores:* Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder e Paula Greco  
Bandeira

**Vol. 4 – Responsabilidade Civil**

*Autores:* Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Terra e Gisela  
Sampaio da Cruz Guedes

**Vol. 5 – Direitos Reais**

*Autores:* Gustavo Tepedino, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e  
Pablo Renteria

**Vol. 6 – Direito de Família**

*Autores:* Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochado Teixeira

**Vol. 7 – Direito das Sucessões**

*Autores:* Gustavo Tepedino, Ana Luiza Maia Nevares e Rose Melo  
Vencelau Meireles



## APRESENTAÇÃO À 2ª EDIÇÃO DO VOLUME 3 – CONTRATOS

Foi com grande satisfação que recebemos a notícia da boa acolhida à primeira edição destes *Fundamentos do Direito Civil*: em cerca de seis meses, esgotaram-se tanto a tiragem inicial como a sua reimpressão. A obra parece ter atendido à demanda por um instrumento de conhecimento e de consulta voltado à análise das bases dogmáticas do Direito Civil a partir da sistemática instaurada pela Constituição da República de 1988 e dedicada à interpretação e à aplicação do direito em sua contínua transformação.

À publicação da primeira edição se seguiram, todavia, a difusão da pandemia de Covid-19 e seus drásticos efeitos sociais e econômicos. Nesse contexto, torna-se ainda mais importante a leitura dos institutos de Direito Civil à luz dos valores sociais que os fundamentam e voltada à realidade concreta a que eles se dirigem. Diante de tal circunstância, a atualização destes *Fundamentos do Direito Civil* guiou-se pela preocupação com a análise do novo cenário social e de suas repercussões nos contratos, mas de forma cientificamente rigorosa, sem recair em temerários casuísmos reducionistas.

Nessa direção, além da revisão e atualização legislativa e jurisprudencial de toda a obra, à Parte I deste volume foram incorporados os efeitos da pandemia da Covid-19 sobre as relações contratuais em geral, especialmente no que tange a institutos como a onerosidade excessiva, a exceção de contrato não cumprido, o direito de arrependimento e a resolução por impossibilidade do

objeto do contrato. De igual modo, na Parte II analisaram-se os reflexos da pandemia em algumas espécies contratuais, como o contrato de locação, objeto inclusive do Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET), inaugurado pela Lei nº 14.010/2020. Incluiu-se, ainda, a Parte III, referente aos atos unilaterais, em que são examinados, de forma específica, a promessa de recompensa, a gestão de negócios, o pagamento indevido e o enriquecimento sem causa.



## APRESENTAÇÃO DO VOLUME 3 – CONTRATOS

A partir de sua origem no direito das obrigações, o contrato expandiu-se para os demais ramos do direito civil. Infiltrou-se pela tutela da personalidade, como exemplificam os vultosos contratos de cessão remunerada do uso da imagem. Adentrou o direito de família, pelos acordos de convivência e pactos antenupciais. Mesmo no direito das sucessões, as estratégias de planejamento sucessório fundamentam-se nos contratos. Indo além, o contrato ultrapassou as próprias fronteiras do direito civil, como se constata ao examinar o contrato de trabalho, os contratos administrativos, os negócios processuais e os contratos internacionais. Trata-se de instituto jurídico basilar da nossa sociedade e apto a desempenhar numerosas funções.

Por conta disso, é fundamental que seu estudo não mais se limite ao exame dogmático dos elementos que compõem sua estrutura, mas priorize a perspectiva funcional, reconhecendo-o como instrumento destinado a perseguir determinados fins práticos que atendam ao exercício da autonomia negocial. Essa orientação metodológica distingue esses Fundamentos, que oferecem ao leitor abordagem clara e didática do direito dos contratos sem, contudo, sacrificar a profundidade das reflexões jurídicas nem o rigor científico no tratamento dos conceitos. O propósito principal consiste, assim, em oferecer ao leitor, de forma objetiva e sistemática, os fundamentos dogmáticos do direito contratual, sem descuidar de sua aplicação prática pelos tribunais.

O presente volume abrange a teoria geral dos contratos e os contratos em espécie. Na teoria geral dos contratos são abordadas as normas gerais sobre o tema, em especial os princípios de direito contratual – que assumiram protagonismo nos últimos anos –, apresentando, por outro lado, diretrizes técnicas para evitar sua invocação falaciosa e pouco fundamentada. Nos contratos em espécie, cada tipo contratual disciplinado pelo legislador é analisado sob a referida perspectiva funcional, identificando-se a finalidade por ele pretendida, de sorte a concretizar os interesses perseguidos pelos contratantes com o concreto regulamento contratual. Consagra-se, enfim, a autonomia privada no exercício das atividades econômicas à luz dos princípios e valores que orientam o ordenamento jurídico.





## SUMÁRIO

### **PARTE 1 – CONTRATOS: TEORIA GERAL**

***Autores: Gustavo Tepedino e Carlos Nelson Konder***

#### **CAPÍTULO I – CONCEITO DE CONTRATO E SUAS CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS**

1. Desafios à definição de contrato: a necessária contextualização histórica
2. A natureza jurídica do contrato e os negócios unilaterais
3. A patrimonialidade do objeto do contrato e os negócios não patrimoniais
4. A obrigatoriedade do contrato e as relações de cortesia e pactos de honra (*gentlemen's agreement*)



Problema prático

#### **CAPÍTULO II – AUTONOMIA CONTRATUAL**

1. Da autonomia da vontade à autonomia negocial
2. Dirigismo contratual e intervenção do Estado
3. A legislação especial e o impacto do Código de Defesa do Consumidor
4. Declaração, responsabilidade e confiança

5. Comportamento concludente e contratos sem negócio jurídico fundante. As chamadas relações contratuais de fato
  6. Funcionalização da autonomia contratual
  7. Interpretação e qualificação dos contratos
-  Problema prático

### CAPÍTULO III – PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

1. Principiologia contratual e fundamento constitucional
  2. Liberdade de contratar e suas restrições
  3. Relatividade dos efeitos do contrato
  4. Consensualismo, força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato
  5. Boa-fé
  6. Função social do contrato
  7. Equilíbrio contratual e proteção dos vulneráveis
-  Problema prático

### CAPÍTULO IV – ELEMENTOS E REQUISITOS DO CONTRATO

1. Elementos subjetivo, objetivo, formal e causal
  2. A manifestação de vontade e a relativização do seu papel
  3. Situações jurídicas subjetivas e seus titulares
  4. O objeto do contrato
  5. A causa do contrato
  6. A forma do contrato
-  Problema prático

### CAPÍTULO V – CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

1. Relevância das classificações dos contratos
  2. Contratos típicos e atípicos
  3. Contratos unilaterais e bilaterais ou sinalagmáticos: os contratos plurilaterais
  4. Contratos gratuitos e onerosos
  5. Contratos comutativos e contratos aleatórios
  6. Contratos solenes, reais e consensuais
  7. Contratos paritários e de adesão
  8. Contratos instantâneos e duradouros. Contratos de execução imediata, diferida e sucessiva
  9. Contratos pessoais e impessoais
  10. Contratos de consumo
  11. Contratos coligados. Contrato principal e acessório
-  Problema prático

## CAPÍTULO VI – FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

1. O período pré-contratual: negociações e responsabilidade
  2. Formação progressiva do contrato
  3. Proposta, oferta ao público e publicidade
  4. Aceitação e momento de formação do contrato
  5. Lugar de conclusão do contrato
-  Problema prático

## CAPÍTULO VII – CONTRATO PRELIMINAR

1. Conceito de contrato preliminar
2. Requisitos do contrato preliminar
3. Efeitos do contrato preliminar

#### 4. Contrato preliminar unilateral



Problema prático

### CAPÍTULO VIII – CONTRATOS E TERCEIROS

1. Mitigação da relatividade dos efeitos do contrato
2. Estipulação em favor de terceiro
3. Promessa de fato de terceiro
4. Contrato com pessoa a declarar
5. Distinções relevantes: cessão da posição contratual e subcontrato



Problema prático

### CAPÍTULO IX – GARANTIAS CONTRA VÍCIOS E EVICÇÃO

1. Conceito de garantia aplicado aos vícios e à evicção
2. Garantia contra vícios redibitórios
3. Responsabilidade por vícios nas relações de consumo
4. Garantia contra evicção



Problema prático

### CAPÍTULO X – ONEROSIDADE EXCESSIVA

1. Equilíbrio contratual e fatos supervenientes
2. Pressupostos e requisitos da onerosidade excessiva
3. Efeitos da onerosidade excessiva
4. A onerosidade excessiva nas relações de consumo



Problema prático

### CAPÍTULO XI – EXTINÇÃO DOS CONTRATOS

1. Causas de extinção dos contratos
  2. Resilição e distrato
  3. Resolução por inadimplemento
  4. A cláusula resolutiva expressa
  5. Exceções de suspensão de eficácia do contrato
-  Problema prático

## **PARTE 2 – CONTRATOS EM ESPÉCIE**

***Autores: Gustavo Tepedino e Paula Greco Bandeira***

### **CAPÍTULO I – COMPRA E VENDA. MODALIDADES ESPECIAIS DA COMPRA E VENDA. CONTRATO ESTIMATÓRIO. TROCA**

#### **COMPRA E VENDA**

1. Conceito e efeitos essenciais
  - 1.1. Preço
  - 1.2. Coisa
  - 1.3. Consenso
  - 1.4. Causa da compra e venda
2. Alocação de riscos no contrato de compra e venda
3. Venda *ad corpus* e *ad mensuram*
4. Contrato de compra e venda aleatório
  - 4.1. Compra e venda da esperança (*emptio spei*)
  - 4.2. Compra e venda da coisa esperada (*emptio res speratae*)
  - 4.3. Compra e venda de coisa exposta a risco
5. Vícios na compra e venda

#### **MODALIDADES ESPECIAIS DA COMPRA E VENDA**

6. Retrovenda
7. Venda a contento ou venda sujeita à prova
8. Preempção ou preferência
9. Venda com reserva de domínio
10. Venda sobre documentos
11. Promessa de compra e venda

CONTRATO ESTIMATÓRIO

TROCA



Problema prático

## CAPÍTULO II – DOAÇÃO

1. Conceito e efeitos essenciais
2. Promessa de doação
3. Modalidades de doação
4. Validade e eficácia da doação
5. Revogação da doação



Problema prático

## CAPÍTULO III – LOCAÇÃO DE COISAS. LEI DO INQUILINATO: GENERALIDADES. *LEASING* OU ARRENDAMENTO MERCANTIL

LOCAÇÃO DE COISAS

1. Âmbito de incidência
2. Conceito e efeitos essenciais
3. Obrigações e direitos do locador
4. Obrigações e direitos do locatário

LEI DO INQUILINATO: GENERALIDADES

5. Modalidades de locação

6. Direitos e deveres do locador e do locatário
7. Direito de preferência
8. Extinção do contrato de locação
9. Os impactos da pandemia do novo coronavírus nos contratos de locação

#### LEASING OU ARRENDAMENTO MERCANTIL

10. Conceito
11. Modalidades
12. O pagamento do Valor Residual Garantido e a (des)caracterização do *leasing*



Problema prático

### CAPÍTULO IV – CONTRATO DE EMPRÉSTIMO. COMODATO. MÚTUO

#### COMODATO

1. Conceito. Efeitos essenciais
2. Deveres do comodatário
3. Deveres do comodante

#### MÚTUO

4. Conceito. Efeitos essenciais
5. Direitos e deveres do mutuante
6. Direitos e deveres do mutuário
7. Usura e anatocismo
8. Os efeitos da pandemia do novo coronavírus nos contratos de mútuo bancário



Problema prático

### CAPÍTULO V – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS



1. Conceito e efeitos essenciais
2. Características
3. Obrigações do tomador do serviço
4. Obrigações do prestador de serviços
5. Prazo e formas de extinção do contrato
6. Responsabilidade civil do terceiro cúmplice



Problema prático

## CAPÍTULO VI – EMPREITADA

1. Conceito e efeitos essenciais
2. Características
3. Empreitada de labor (ou de mão de obra) e empreitada de materiais (ou mista)
4. Empreitada a preço global, empreitada por medida e “turn key”
5. Regras aplicáveis a todas as espécies de empreitada



Problema prático

## CAPÍTULO VII – CONTRATO DE DEPÓSITO

1. Conceito e efeitos essenciais
2. Características
3. Direitos e deveres do depositário
4. Direitos e deveres do depositante
5. Depósito necessário
6. Prisão do depositário infiel



Problema prático

## CAPÍTULO VIII – MANDATO. COMISSÃO

### MANDATO

1. Conceito
2. Características
3. Representação
  - 3.1. Teoria da aparência
  - 3.2. A figura do autocontrato ou contrato consigo mesmo
    - 3.2.1. Mandato em causa própria
4. Efeitos do mandato
5. Direitos e deveres do mandatário
6. Direitos e deveres do mandante
7. Extinção do mandato
8. Mandato judicial

### COMISSÃO

9. Conceito. Efeitos essenciais
10. Características
11. Direitos e deveres do comissário
12. Direitos e deveres do comitente



Problema prático

## CAPÍTULO IX – AGÊNCIA E DISTRIBUIÇÃO. CORRETAGEM

### AGÊNCIA E DISTRIBUIÇÃO

1. Introdução
2. Conceito. Efeitos essenciais do contrato de agência
  - 2.1. O elemento da representação
3. Efeitos essenciais do contrato de distribuição

4. Direitos e deveres do proponente
5. Direitos e deveres do agente ou distribuidor
6. Extinção dos contratos de agência e distribuição

#### CORRETAGEM

7. Conceito. Efeitos essenciais. Resultado útil obtido pelo corretor
8. Direitos e deveres dos contratantes
9. Extinção do contrato de corretagem



Problema prático

#### CAPÍTULO X – CONTRATO DE TRANSPORTE

1. Conceito. Efeitos essenciais
2. Características
3. Incidência de leis especiais, tratados e convenções internacionais
4. Transporte de pessoas
  - 4.1. Conceito
  - 4.2. Natureza da responsabilidade do transportador. As cláusulas de não indenizar
  - 4.3. Direitos e deveres do transportador
  - 4.4. Direitos e deveres do passageiro
5. Transporte de coisas
  - 5.1. Objeto
  - 5.2. Direitos e deveres do transportador
  - 5.3. Direitos e deveres do remetente



Problema prático

## CAPÍTULO XI – CONTRATO DE SEGURO

### PARTE GERAL

1. Conceito. Efeitos essenciais
2. Características
3. Contrato comutativo ou aleatório?
4. Princípios aplicáveis ao contrato de seguro

### SEGURO DE DANO

5. Conceito. Efeitos essenciais
6. Direitos e deveres das partes

### SEGURO DE PESSOA

7. Conceito. Efeitos essenciais
8. Direitos e deveres das partes
9. Seguro de vida para o caso de morte. A questão do suicídio
10. Os efeitos da pandemia do novo coronavírus no contrato de seguro



### Problema prático

## CAPÍTULO XII – CONSTITUIÇÃO DE RENDA. JOGO E APOSTA

### CONSTITUIÇÃO DE RENDA

1. Conceito
2. Características
3. Execução do contrato de constituição de renda
4. Extinção do contrato de constituição de renda

### JOGO E APOSTA

5. Conceito
6. Caráter aleatório dos contratos de jogo e aposta

7. Jogos autorizados, tolerados e proibidos

8. Contratos diferenciais



Problema prático

## CAPÍTULO XIII – FIANÇA

1. Conceito. Efeitos essenciais

2. Espécies

3. Características

4. Efeitos da fiança

5. Extinção da fiança



Problema prático

## CAPÍTULO XIV – TRANSAÇÃO. COMPROMISSO E CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

### TRANSAÇÃO

1. Conceito

2. Características

3. Eficácia da transação

### COMPROMISSO E CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

4. Conceito

5. Convenção de arbitragem: compromisso arbitral e cláusula compromissória

6. Objeto do compromisso e da cláusula compromissória

7. Extensão subjetiva e objetiva da cláusula compromissória

8. Poderes dos árbitros

9. Sentença arbitral



Problema prático

## **PARTE 3 – ATOS UNILATERAIS**

***Autores: Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder e Paula Greco Bandeira***

### **CAPÍTULO I – PROMESSA DE RECOMPENSA**



**Problema prático**

### **CAPÍTULO II – GESTÃO DE NEGÓCIOS**



**Problema prático**

### **CAPÍTULO III – PAGAMENTO INDEVIDO**



**Problema prático**

### **CAPÍTULO IV – ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA**



**Problema prático**

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**



GUSTAVO **TEPEDINO**

CARLOS NELSON **KONDER**

PARTE 1

**CONTRATOS: TEORIA GERAL**





## CONCEITO DE CONTRATO E SUAS CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS

SUMÁRIO: 1. Desafios à definição de contrato: a necessária contextualização histórica – 2. A natureza jurídica do contrato e os negócios unilaterais – 3. A patrimonialidade do objeto do contrato e os negócios não patrimoniais – 4. A obrigatoriedade do contrato e as relações de cortesia e pactos de honra (*gentlemen's agreement*) – Problema prático.

### 1. DESAFIOS À DEFINIÇÃO DE CONTRATO: A NECESSÁRIA CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

A adequada definição de contrato demanda advertência metodológica preliminar: todo conceito é plasmado pelos valores do contexto do qual se origina. Não existem institutos jurídicos válidos em todos os tempos e em todos os lugares: eles são construídos pelo jurista levando em conta a realidade que o cerca.<sup>1</sup> Consequentemente, em lugar de se estabelecer longo histórico que relate a evolução do contrato – o que acaba por torná-lo entidade abstrata e autônoma frente à realidade social – a orientação metodológica mais adequada é contextualizá-lo em cada experiência social em que o contrato se insere. Dessa forma, deve-se evitar a tradição de buscar no direito romano clássico ou nos povos da antiguidade algum “início” da trajetória histórica do contrato, como se

o papel do historiador fosse buscar o embrião ou a origem de cada instituto.<sup>2</sup> O estudo do direito romano impõe a compreensão da rica complexidade social da qual se origina e na qual seus institutos jurídicos adquirem significado, como exercício metodologicamente adequado de direito comparado.<sup>3</sup> Assim, são temerárias as referências à figura do contrato na Antiguidade como se similares ao que entendemos hoje por contrato, pois por trás da continuidade terminológica, pode haver rupturas semânticas.<sup>4</sup> Se o direito somente existe como direito aplicado e interpretado, tamanho intervalo temporal torna arriscado afirmar que, ainda que sob o mesmo *nomen iuris* “contrato”, se esteja a tratar do mesmo instituto, a desempenhar a mesma função em sociedades tão diversas.<sup>5</sup> Ademais, ao se atribuir ao contrato trajetória que deita raízes tão distantes, arrisca-se adotar perspectiva evolutiva, como se a visão atual do instituto fosse evolução natural e necessária de sua visão primitiva, descurando-se de toda a complexidade e riqueza do passado, filtrada pelos valores do observador, e da necessária visão crítica – e não legitimadora – que a abordagem histórica deve propiciar.<sup>6</sup>

[Historicidade do conceito de contrato: voluntarismo e acordo de vontades]

Dessa forma, deve-se reconhecer que, ao lado da propriedade e do direito subjetivo, o conceito que recebemos de contrato foi forjado por específico contexto histórico e econômico, no qual se constitui em um dos pilares da concepção clássica do direito civil, fundada na autonomia privada. Por conta disso, as definições de contrato frequentemente se associam ao individualismo próprio do período de formação do substrato voluntarista que traduz a cultura jurídica dominante na Europa dos séculos XVIII e XIX. Nessa perspectiva, compreende-se a identificação do contrato como *acordo de vontades*, a sobressair a hegemonia da *vontade* como definição e fonte do principal mecanismo de regulação dos interesses privados.

Na experiência brasileira, ao contrário de outros ordenamentos, as codificações não definiram o contrato, o que, em certa medida, favorece a evolução conceitual a partir de constante releitura e

reinterpretação histórica do conceito pela doutrina, adaptando-o aos valores fundantes do ordenamento. Nesse processo evolutivo, fala-se da passagem da visão subjetiva do contrato, concebido como acordo de vontades, para a visão objetiva, tomando-se o contrato como norma de comportamento. Nessa direção, a atividade contratual afasta-se gradualmente do apego à manifestação livre de vontade. Já que esta, ainda quando presente, não preserva a mesma relevância do passado para a definição das normas que lhe são aplicáveis. Na percepção de Orlando Gomes, “passa-se a dissociar a *relação contratual do acordo de vontades*”.<sup>7</sup>

[Contrato como instrumento de autorregulação de interesses]

Com as transformações pelas quais passou o direito civil ao longo do século XX, buscando conciliar a tutela individual da liberdade com o atendimento aos imperativos sociais de solidariedade, atenuaram a ênfase no papel da vontade na construção do conceito de contrato. Ao dar prioridade à perspectiva funcional do contrato (“para que serve”) sobre sua análise estrutural (“como é”), sobressai na concepção desse instituto sua função preceptiva ou normativa: o contrato como instrumento de autorregulação de interesses. Assim, ainda que o contrato incorpore o acordo de vontades em sua estrutura, como seu fato gerador, é a função de autorregulação de interesses que se torna objeto de atenção prioritária do intérprete. Por outro lado, o contrato não é o único instrumento de autonomia negocial disponível no ordenamento, razão pela qual se torna necessário individuar seus caracteres distintivos, extremando-o de outras figuras.

[Função normativa das categorias jurídicas]

A definição de contrato, tal como outras categorias jurídicas (próprias do contato social, como os negócios unilaterais e os atos jurídicos *stricto sensu*), destina-se à função normativa: determinar a quais suportes fáticos se aplica a disciplina legal prevista para a relação contratual, assim como excluir de seu âmbito de incidência

os demais fenômenos, aos quais as normas em questão somente poderiam ser aplicáveis por interpretação analógica ou extensiva, devidamente fundamentada. Busca-se delimitar o que é contrato para identificar sobre quais situações devem incidir as normas de direito contratual. Igualmente, a definição de contrato também serve, *a contrario sensu*, para determinar o que não pode ser compreendido como contrato e, dessa forma, indicar as situações que restam excluídas, a princípio, da incidência dessas normas. Por conseguinte, a elaboração da noção de contrato não se destina à construção de categoria pura ou de conceito imutável, para fins de aperfeiçoamento da ciência do direito, mas sim à finalidade prático-social. Busca-se a definição que sirva para identificar a quais fenômenos se reputa adequada, *a priori*, a aplicação das normas de direito contratual.

## 2. A NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO E OS NEGÓCIOS UNILATERAIS

[O contrato como espécie do gênero negócio jurídico]

A inserção da categoria dos contratos na sistemática mais ampla da teoria geral do direito civil normalmente se dá por meio da figura dos negócios jurídicos, como manifestação da autonomia – etimologicamente, *auto* (de si mesmo) *nomos* (lei), derivada do grego, significa o estabelecimento das próprias leis. O contrato é tido como espécie do gênero negócio jurídico, reunido já não tanto pela sua estruturação na manifestação de vontade, mas por sua função de autorregulação de interesses. Considera-se, nessa perspectiva, o contrato como o negócio jurídico, bilateral em sua formação e patrimonial no seu objeto, destinado a autorregulamentar interesses.

[Bilateralidade das manifestações de vontades]

O primeiro traço distintivo do contrato perante os demais negócios jurídicos é, portanto, a bilateralidade. Vale esclarecer,

todavia, com que significado se apreende essa bilateralidade, já que ela pode se colocar em diversos sentidos no plano dos contratos: referindo-se às manifestações de vontade, às obrigações e às prestações.<sup>8</sup> Afirma-se, aqui, que todo contrato é negócio jurídico bilateral no sentido de que se forma por mais de uma manifestação de vontade, complementares entre si. Consequentemente, trata-se de negócio jurídico bilateral quanto à sua formação. Daí considerar-se o *consentimento* como elemento característico do contrato, referente ao encontro de vontades complementares: “a bilateralidade, quando se fala de negócios jurídicos bilaterais, concerne às manifestações de vontade, que ficam, uma diante da outra, com a cola – digamos assim – da concordância”.<sup>9</sup>

[Negócios unilaterais]

Nesse ponto, distingue-se o contrato dos negócios unilaterais, nos quais o ordenamento permite, em hipóteses específicas, a criação, modificação ou extinção da relação jurídica a partir de uma única fonte. A ampla e heterogênea categoria dos negócios unilaterais, que abrange desde o testamento ao reconhecimento de filhos, se caracteriza estruturalmente pela existência de um único centro de imputação subjetivo, do qual decorre o regulamento de interesses.<sup>10</sup> A partir desse centro de interesses podem até se originar mais de uma manifestação de vontade, mas todas produzidas de forma homogênea pelo mesmo polo, faltando-lhes a complementariedade das vontades que marca a bilateralidade do contrato.

[Negócios plurilaterais]

Nos contratos, ao contrário, a gênese do regulamento de interesses necessariamente se estabelece por meio do envolvimento de dois ou mais centros de interesses, cujas manifestações complementam-se para a individuação dos efeitos jurídicos a serem perseguidos. Sob essa acepção ampla de bilateralidade se encontram abrangidos também os negócios que se convencionou

chamar de plurilaterais, eis que também abrangidos na seara dos contratos, em clara distinção frente à estrutura dos negócios unilaterais. Trata-se de categoria construída doutrinariamente para ressaltar a peculiaridade de contratos que envolvem diversos centros de interesse reunidos na persecução de um objetivo comum, como nos contratos de sociedade.<sup>11</sup> Tais contratos possuem função instrumental, no sentido de organizar os interesses das várias partes para o desenvolvimento de atividade ulterior. Assim, no tocante à sua formação, isso geraria traços normativos próprios, como a abertura ao ingresso de outras partes no curso de sua execução, em um processo de conclusão prolongado, bem como o fato de os vícios da declaração de vontade de uma das partes não afetarem o contrato como um todo.<sup>12</sup>

Isso também acarreta distinções quanto aos efeitos jurídicos durante sua execução, e quanto às regras relativas ao sinalagma e à resolução, as quais serão objeto de exame oportuno no [capítulo XI](#). Por ora, basta observar que a peculiaridade dos chamados negócios plurilaterais não é suficiente para retirá-los da categoria dos contratos, já que apresentam também a alteridade de centros de interesse originadores do instrumento de autorregulação de interesses.

### **3. A PATRIMONIALIDADE DO OBJETO DO CONTRATO E OS NEGÓCIOS NÃO PATRIMONIAIS**

[Preeminência das situações existenciais sobre as patrimoniais]

O segundo traço distintivo comumente utilizado para a caracterização dos contratos é a sua patrimonialidade.<sup>13</sup> Apesar do silêncio do legislador, a necessária distinção entre as situações jurídicas patrimoniais e as situações jurídicas existenciais parece demandar a patrimonialidade para a identificação do contrato no direito brasileiro. A preeminência das situações existenciais sobre as patrimoniais constitui-se em uma das premissas metodológicas da constitucionalização do direito civil, de maneira a tornar eficaz a

opção do constituinte, ao eleger a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (C.R., art. 1º, III), de priorizar o “ser” sobre o “ter”. Por conseguinte, as situações jurídicas patrimoniais se revelam instrumentais à satisfação de interesses existenciais, devendo ser funcionalizadas à tutela daqueles bens jurídicos diretamente ligados à dignidade da pessoa humana. Essa premissa impõe tratamento normativo diferenciado entre as situações jurídicas existenciais e as patrimoniais, não apenas em termos quantitativos, mas em termos qualitativos. Neste sentido, leciona Pietro Perlingieri: “é necessário reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa”.<sup>14</sup>

[Tratamento normativo qualitativamente diferenciado entre as situações jurídicas existenciais e as patrimoniais]

Para a diferenciação do tratamento normativo das situações existenciais, deve-se identificar categorias próprias, compatíveis com os interesses em jogo. Não se deve buscar estender as clássicas categorias patrimoniais às situações existenciais, o que acaba por mercantilizar aqueles bens que o constituinte indicou não terem preço. Trata-se do mesmo argumento invocado para identificar a patrimonialidade das relações obrigacionais: permitir que negócios de cunho não patrimonial sejam reconduzidos ao mesmo tratamento normativo dos negócios patrimoniais acaba por desvirtuar a sua função, reduzindo-os à lógica mercantil das relações patrimoniais.<sup>15</sup> Cumpre reconhecer o alcance da autonomia negocial também sobre as situações existenciais, mas como forma de exercício direto do livre desenvolvimento da personalidade, submetendo-se, portanto, a princípios diversos da autonomia negocial patrimonial.<sup>16</sup> Assim, negócios como a gestação substituta (também chamada “cessão de útero”) e os acordos de convivência que dispõem somente sobre aspectos existenciais da relação do casal não devem ser reputados contratos, pois a aplicação *sic et simpliciter* da normativa de direito contratual é incompatível com os valores neles envolvidos.



[Situações dúplices]

[Individuação da normativa com base nos interesses relevantes]

A tarefa torna-se mais árdua ao se constatar a existência de inúmeros negócios patrimoniais que envolvem interesses existenciais, bem como negócios verdadeiramente dúplices, situados em uma zona nebulosa entre a patrimonialidade e a extrapatrimonialidade, como ocorre na cessão onerosa de uso da imagem, de material biológico e nos pactos antenupciais que tratam também dos deveres conjugais.<sup>17</sup> Esses casos, todavia, servem apenas a destacar a importância de o intérprete não se deixar levar pelo ilusório e perigoso dogma da subsunção: a qualificação jurídica não se pauta por um processo mecânico, guiado pela lógica formal, de silogismo. A individuação da normativa aplicável impõe que se leve em conta todas as peculiaridades relevantes do caso concreto, em processo hermenêutico que é sempre analógico, teleológico e axiológico. Todo procedimento de interpretação e aplicação do direito é construído com base em uma série de hipóteses similares entre si; dois fatos totalmente iguais são impossíveis, então, ao avaliar se se trata ou não de um contrato e quais normas de direito contratual devem ser aplicadas, é necessário ter em mente os valores e fins que guiam a incidência dessas normas.<sup>18</sup> Assim, o intérprete deve estar atento para reconhecer que a presença de interesses existenciais em negócios jurídicos pode afastar a presunção de aplicabilidade das normas contratuais, criadas para o atendimento de interesses exclusivamente patrimoniais.

#### **4. A OBRIGATORIEDADE DO CONTRATO E AS RELAÇÕES DE CORTESIA E PACTOS DE HONRA (*GENTLEMEN'S AGREEMENT*)**

[Objetivo de produzir efeitos vinculantes]

[Contrato como atividade teleologicamente orientada]

Como todo negócio jurídico, o contrato estabelece regulamento obrigatório. Ao lado do contrato, negócio jurídico dotado de bilateralidade e de patrimonialidade, há outros acordos de vontade que, embora relevantes juridicamente, não são dotados de obrigatoriedade e, em consequência, não configuram negócios jurídicos propriamente ditos. Existem, com efeito, acordos bilaterais e patrimoniais que não podem ser enquadrados como contratos por lhes faltar a obrigatoriedade. O contrato, por definição, insere-se em relação jurídica intersubjetiva regulamentada por norma jurídica. Não há que se falar em contrato se o acordo firmado entre as partes não se mostra hábil a produzir efeitos vinculantes. Como atividade teleologicamente orientada, a celebração do contrato dirige-se a um fim no plano do direito, criando, modificando ou extinguindo relação que se desenvolve sob determinada hipótese normativa. Isso não significa que as partes conheçam a totalidade dos efeitos jurídicos que se produzirão, mas que tenham perseguido o vínculo efetivamente normativo, dotado da coercitividade própria das normas jurídicas.<sup>19</sup> Os contratantes partilham o “sentimento de uma obrigação incondicionada”, cuja violação implica a cominação de sanção externa e institucionalizada, própria da incidência das normas jurídicas.<sup>20</sup>

Da mesma forma, a obrigatoriedade aqui referida não se confunde com a exigência de que, para se tratar de contrato, haja a criação de novas relações obrigacionais, o que afastaria negócios como a remissão, a dação e os negócios de acerto dessa categoria, tampouco de restringir a categoria dos contratos, *a priori*, a certos domínios do direito, afastando de sua abrangência negócios bilaterais e patrimoniais existentes no direito de família, das coisas e das sucessões. A obrigatoriedade se refere ao fato do acordo firmado para as partes vincular juridicamente as partes ao seu cumprimento, que o torna exigível por meio dos instrumentos existentes no ordenamento. Assim, a definição de contrato abrange todos aqueles acordos de conteúdo patrimonial que são dotados de força obrigatória.

Tradicionalmente, a obrigatoriedade do contrato esteve associada à sua onerosidade, isto é, ao objetivo de criar vantagens e sacrifícios econômicos recíprocos para os contratantes. Os contratos gratuitos eram tutelados excepcionalmente, somente se presentes certos requisitos formais ou materiais (como a entrega de um bem), em virtude da desconfiança existente frente aos atos gratuitos, que se faz sentir até hoje na maior parte da doutrina.<sup>21</sup> Assim, sob uma perspectiva puramente estrutural, um contrato de transporte gratuito, por exemplo, era visto como uma mera relação de cortesia, que somente geraria algum tipo de responsabilidade se houvesse dolo do transportador.

[Negócios “interessados” e relações de cortesia]

Hoje, no entanto, observa-se que esse critério não é suficiente para avaliar a obrigatoriedade do acordo. Persistindo no exemplo, o transporte aparentemente gratuito pode vincular-se a outra relação, presente ou futura, em que esteja presente a onerosidade, quando se fala em “transporte interessado”. A aparente gratuidade se dissolve quando examinado o complexo arranjo de interesses, hipótese especialmente comum no âmbito das relações de consumo.<sup>22</sup> Ademais, mesmo negócios genuinamente gratuitos podem tornar-se vinculantes pelo mero consenso, uma vez presentes valores que se revelem merecedores de tutela pelo ordenamento jurídico, como a confiança e a solidariedade. Tome-se como exemplo o contrato de advocacia *pro bono*, em que a obrigatoriedade de diligência na execução do mandato pelo advogado não é mitigada pela mera ausência de perspectiva de ganho de honorários. Igualmente, a gratuidade do empréstimo de um bem infungível (comodato) não autoriza que se descumpra o acordo e exija o bem de volta antes do término do prazo avençado, salvo necessidade imprevista e urgente. Apesar de a patrimonialidade ser marca distintiva dos contratos, deve-se ter em mente que ela não é o fundamento de sua juridicidade, que deita raízes na principiologia constitucional. Assim, sempre é necessário priorizar a perspectiva funcional, identificando os interesses em jogo e avaliando se, no

acordo firmado, não obstante sua gratuidade, havia a finalidade de se empenhar reciprocamente na relação jurídica, e verificar se estavam presentes interesses jurídicos merecedores de tutela.

[“Pactos de honra” ou “acordos de cavalheiros”]

Essa investigação pode identificar também a hipótese inversa: as partes, no exercício de sua autonomia, embora celebrem acordo que poderia preencher os requisitos para caracterizar o contrato, buscaram afastar a criação de vínculos jurídicos, mantendo os efeitos do pacto em esfera extrajurídica. Nesse caso, a doutrina referia-se usualmente a “pactos de honra” ou “acordos de cavalheiros”, que teriam como característico o objetivo de, inversamente, não criar vínculos jurídicos entre as partes.<sup>23</sup> Assim, por exemplo, dois candidatos a cargos políticos podem fazer um acordo no sentido de não se atacarem durante o primeiro turno das eleições, com a perspectiva de se aliarem caso apenas um deles alcance o segundo turno, mas sem o objetivo de que tal acordo crie vínculos juridicamente exigíveis, direitos e obrigações específicos. De todo modo, embora os particulares não tenham o poder de afastar a incidência das normas jurídicas de qualquer relação que estabeleçam, já que não existem “espaços de não direito”, o recurso aos “acordos de cavalheiros” sem fins ilícitos ou abusivos, não geram, por si só, quaisquer efeitos jurídicos.

A manifestação das partes no sentido de que não desejam criar, pelo exercício da sua autonomia negocial, novos direitos e deveres recíprocos, não pode prejudicar, naturalmente, a incidência daquelas normas impostas de forma heterônoma pelo ordenamento, como aquelas que tutelam a confiança, a solidariedade e a liberdade nas relações privadas. Desse modo, ainda que despidas do objetivo de estabelecer regulamento contratual vinculante, essas manifestações de vontade devem ser objeto de avaliação pelo ordenamento jurídico, e poderão eventualmente produzir efeitos jurídicos próprios, relevantes para a disciplina da relação estabelecida entre os particulares. No exemplo citado, a despeito de se tratar de declaração não contratual, a conduta violadora do acordo entre os

candidatos poderia caracterizar-se como ato ilícito ou abuso do direito, em violação ao princípio da boa-fé.

Tome-se como exemplo, ainda, as chamadas cartas de conforto (*comfort letters*) fracas, que se limitam a prover informações acerca do devedor garantido, manifestações comuns durante a negociação pré-contratual que podem implicar a construção de expectativas legítimas, protegidas pela incidência do princípio da boa-fé, como se examinará no [capítulo VI](#). Tal fenômeno adquire enorme repercussão prática no âmbito da responsabilidade civil e da interpretação contratual, atraindo por vezes, mercê do princípio da boa-fé objetiva, a incidência da disciplina jurídica dos contratos. Alude-se, ao propósito, à formação progressiva dos contratos, objeto, igualmente, do [capítulo VI](#), *infra*.

[Acordos e convenções]

A conjugação dos requisitos da bilateralidade, da patrimonialidade e da obrigatoriedade contribui para a construção do conceito de contrato, mas certamente não pode resolver em abstrato todas as questões relativas ao âmbito de incidência das normas contratuais. De fato, desde a superação, pelo direito romano, da distinção entre contratos e pactos, a classificação em abstrato de categorias, referidas por vezes como acordos ou convenções, que orbitam a figura do contrato tem sido controversa e obscura. Parece mais prudente reconhecer que a tais figuras, ainda que desprovidas das características apontadas como distintivas dos contratos, seria possível conceber a aplicação das normas de direito contratual se, tendo em vista o fim almejado, se aproximem suficientemente da figura do contrato, em termos funcionais, reconhecendo-se a identidade de *ratio* que justifica a interpretação analógica.

As características estruturantes da bilateralidade, da patrimonialidade e da obrigatoriedade podem constituir eficaz ponto de partida para o intérprete. Certamente não configurarão, todavia, o ponto de chegada. A aplicabilidade da normativa contratual, como destacado, não se constrói a partir de mero silogismo, cabendo ao intérprete priorizar a análise do perfil funcional, verificando a

compatibilidade dos interesses em exame com a *ratio* das normas aplicáveis, de maneira a proceder à construção de verdadeiro ordenamento do caso concreto.

Assim, é possível que a esses fenômenos também se apliquem as normas de direito contratual, em virtude de certa “força expansiva” que se lhe pode atribuir, mas somente se e na medida em que compatíveis com a natureza das relações jurídicas sobre as quais estão destinadas a incidir.<sup>24</sup> A definição não exime o intérprete de proceder à verificação da compatibilidade de cada norma com os interesses tutelados na relação em exame.

## PROBLEMA PRÁTICO

É contrato o acordo de vontade entre dois casais, pelo qual a mulher do primeiro se oferece gratuitamente para gerar a criança cuja filiação será atribuída ao segundo, obrigando o primeiro casal a zelar por uma gravidez saudável e entregar a criança ao segundo casal imediatamente após o parto?



Acesse o QR Code e assista à aula explicativa sobre este assunto.

> <https://uqr.to/ntix>

### • Vide Casoteca

- 
- 1 Pietro Perlingieri, Normas constitucionais nas relações privadas, *Revista da faculdade de direito da UERJ*, n. 6 e 7, 1998/1999, pp. 63-64
  - 2 Marc Bloch refere-se ao “ídolo das origens” ou à “obsessão embriogênica” (*Apologia da história ou o ofício do historiador*, Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 56 e ss.).
  - 3 Constantinesco alerta que, antes de comparar institutos jurídicos, é necessário conhecer o instituto em sua singularidade, conforme as fontes, os instrumentos e a perspectiva de seu ordenamento de origem, bem como compreender como o instituto é construído, apresentado e justificado no seu ordenamento de origem, reintegrando-o nas relações que mantêm com os outros elementos, jurídicos e extrajurídicos daquele sistema (Leontin-Jean Constantinesco, *II método comparativo*, Torino: Giappichelli, 2000, 2ª ed., *passim*).
  - 4 António Manuel Hespanha, *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*, Florianópolis: Boiteux, 2005, pp. 26-27
  - 5 Pietro Perlingieri, destacando a importância de o civilista ter atenção ao problema, exemplifica com permanência do mesmo Código Civil nos dois lados do muro de Berlim: “Em dois regimes politicamente heterogêneos foi mantido um Código inspirado em um regime diverso de ambos. O que leva a compreender que as técnicas adotadas nos códigos podem ser funcionalizadas, sob alguns aspectos, a objetivos diversos. As escolhas ideológicas de fundo eram diversas, e diversas eram as funções que os dois distintos ordenamentos atribuíam àquelas técnicas” (Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 141).
  - 6 Ricardo Marcelo Fonseca, *Introdução teórica à história do direito*, Curitiba: Juruá, 2012, p. 23.
  - 7 Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009 (1959), 26ª ed., p. 9, grifos no original.
  - 8 Maria Celina Bodin de Moraes, A causa dos contratos, *Revista trimestral de direito civil*, n. 21, 2005, p. 111.
  - 9 Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 61.

- 10 Pietro Perlingieri, *Manuale de diritto civile*, Napoli: ESI, 2005, 4ª ed., p. 354.
- 11 Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 65.
- 12 Cf. Tullio Ascarelli, O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, São Paulo: Saraiva, 1945, pp. 255-312.
- 13 Contra: J. M. de Carvalho Santos, *Código civil brasileiro interpretado*, vol. XV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975, 8ª ed., p. 6.
- 14 Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 122.
- 15 Carlos Nelson Konder e Pablo Rentería, A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação, In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord.), *Diálogos de direito civil*, t. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 291.
- 16 Rose Melo Vencelau Meireles, *Autonomia privada e dignidade humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, *passim*.
- 17 Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder, Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord.), *Diálogos sobre direito civil*, t. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, pp. 3-24.
- 18 Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 623.
- 19 Vincenzo Roppo, *Il contratto*, Milano: Giuffré, 2001, p. 11.
- 20 Norberto Bobbio, *Teoria da norma jurídica*, Bauru: Edipro, 2003, 2ª ed, pp. 151-161.
- 21 A controvérsia, centrada na promessa de doação, se coloca entre a proteção da confiança criada no beneficiário do contrato (nesse sentido, v. Maria Celina Bodin de Moraes, Notas sobre a promessa de doação, In: *Civilistica.com*, a. 2, n. 3, Rio de Janeiro: jul.-set./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/notas-sobre-a-promessa-de-doacao/>, acesso em 03 abr. 2018) e, por outro lado, a observância da escolha do legislador no sentido de que certas promessas não sejam vinculativas, de modo que a realidade exigida para o contrato separa a cordialidade



da juridicidade (Agostinho Alvim, *Da doação*, São Paulo: Saraiva, 1972, 2ª ed., (1ª ed., 1963), pp. 42-43).

- 22 Esse entendimento se consolidou a partir do enunciado de súmula n. 130 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento”. Ainda que o estacionamento fosse ofertado gratuitamente aos clientes, entendeu-se que funcionava como um chamariz para a clientela, aumentando seus lucros e refletindo, portanto, o fim de obtenção de benefício econômico.
- 23 Sobre o tema, v. Vincenzo Roppo, *Il contratto*, Milano: Giuffré, 2001, p. 16.
- 24 Pietro Perlingieri, *Manuale de diritto civile*, Napoli: ESI, 2005, 4ª ed., p. 354.



## **AUTONOMIA CONTRATUAL**

SUMÁRIO: 1. Da autonomia da vontade à autonomia negocial – 2. Dirigismo contratual e intervenção do Estado – 3. A legislação especial e o impacto do Código de Defesa do Consumidor – 4. Declaração, responsabilidade e confiança – 5. Comportamento concludente e contratos sem negócio jurídico fundante. As chamadas relações contratuais de fato – 6. Funcionalização da autonomia contratual – 7. Interpretação e qualificação dos contratos – Problema prático.

### **1. DA AUTONOMIA DA VONTADE À AUTONOMIA NEGOCIAL**

[Liberdade como noção pré-jurídica]

O desenvolvimento do contrato como instituto do direito civil se deu marcadamente durante os séculos XVII e XVIII, período de apogeu do liberalismo econômico. Nesse contexto, a liberdade individual era reputada uma noção pré-jurídica, apenas reconhecida pelos ordenamentos nacionais. A ascensão da burguesia ao poder e o consequente processo de codificação do direito resultaram na primazia da autonomia normativa dos Códigos, verdadeiros monumentos legislativos que passaram a funcionar como repositório do direito natural, no âmbito do qual o predomínio da vontade nos

contratos se revelava como a expressão genuína da liberdade nas relações privadas.

[Papel da vontade na construção do contrato]

Por conseguinte, a vontade assumiu importância formidável na construção do significado e fundamento do contrato. A escolha das partes por contratar desponta, nesse contexto, não apenas como origem do contrato, mas também como seu fundamento de legitimidade, como razão pela qual suas regras são obrigatórias. Compreendido como “acordo de vontades”, o contrato emerge no esplendor do voluntarismo jurídico, onde o postulado fundante de toda a teoria contratual era a autonomia da vontade: “toda obrigação para ser sancionada pelo direito, deve ser livremente consentida; mas, ao revés, toda obrigação, a partir do momento em que for livremente assumida, deve ser sancionada pelo direito”.<sup>1</sup>

[Transformações do Século XX]

As drásticas transformações sociais e econômicas vividas a partir da segunda metade do Século XIX e ao longo do Século XX, agravadas pelas duas grandes guerras, colocaram em xeque o modelo liberal em que o Estado e, conseqüentemente, o Direito assistiam inertes ao funcionamento do livre jogo de vontades. As desigualdades entre os contratantes revelavam que a manifestação de concordância ao contrato não era, na realidade, verdadeiramente livre, por encontrar-se o sujeito mais fraco premido por necessidades econômicas. A igualdade formal que guarnecia os contratantes servia apenas a consolidar e legitimar a desigualdade substancial que os separava. Na expressão irônica de Anatole France, “a majestosa igualdade das leis, que proíbe tanto o rico como o pobre de dormir sob as pontes, de mendigar nas ruas e de roubar pão”.<sup>2</sup>

[A Lei como fundamento de obrigatoriedade do contrato]

Nesse novo contexto, o nascimento do contrato não poderia mais basear-se apenas no exercício formal da liberdade, nem seu

fundamento de obrigatoriedade ter por única raiz a vontade individual. A lei, ou mais precisamente o Direito, torna-se gradualmente o fundamento da obrigatoriedade do contrato, selecionando os interesses que são merecedores da tutela jurídica. Na conhecida expressão de Lacordaire, “entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e servo é a liberdade que oprime e a lei que liberta”.<sup>3</sup>

[Da autonomia da vontade à autonomia privada]

Em lugar da perspectiva subjetivista e voluntarista, passa-se à perspectiva normativista da autonomia privada, entendida em geral como “o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar ‘vicissitudes jurídicas’ como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente adotados”.<sup>4</sup>

[Autonomia privada como expressão de liberdades fundamentais]

A ideia de autonomia privada já não se funda na perspectiva voluntarista do direito civil clássico, mas é tida como expressão das liberdades fundamentais, asseguradas pela ordem constitucional, no âmbito das relações privadas. Tal poder, cujo conteúdo se comprime e se expande de acordo com opções legislativas, constitui-se em princípio fundamental do direito civil, com particular inserção tanto no plano das relações patrimoniais – na teoria contratual, por legitimar a regulamentação da iniciativa econômica pelos próprios interessados –, quanto no campo das relações existenciais – por coroar a livre afirmação dos valores da personalidade inerentes à pessoa humana.

O princípio da autonomia privada, desse modo, insere-se no tecido axiológico do ordenamento, no âmbito do qual se pode extrair seu verdadeiro significado. Encontra-se informado pelo valor social da livre-iniciativa, que se constitui em fundamento da República (art. 1º, IV, C.R.), corroborado por numerosas garantias fundamentais às liberdades, que têm sede constitucional em diversos preceitos, com

conteúdo negativo (princípio da legalidade, *ex vi* do arts. 5º, II, 170, parágrafo único, C.R.) e positivo (arts. 1º, III, 3º, I e III, C.R.).

Segundo o Texto Constitucional, a liberdade de agir, objeto das garantias fundamentais insculpidas no art. 5º, associa-se intimamente aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da solidariedade social (art. 3º, I) e da igualdade substancial (art. 3º, III), objetivos fundamentais da República. Significa dizer que a livre-iniciativa, além dos limites fixados por lei, para reprimir atuação ilícita, deve perseguir a justiça social, com a diminuição das desigualdades sociais e regionais e com a promoção da dignidade humana. A autonomia privada não se constitui, portanto, em princípio absoluto, e adquire conteúdo positivo, impondo deveres à autorregulamentação dos interesses individuais, de tal modo a vincular, já em sua definição conceitual, liberdade à responsabilidade.

[Desmistificação da vontade]

[Autonomia negocial]

Não se trata de exasperar ou demonizar a vontade, em processo de ideologização que acaba por prejudicar a dogmática do direito civil, reduzindo, de maneira inquietante, o debate jurisprudencial (relacionado ao controle da atividade econômica privada, à execução específica das obrigações e à responsabilidade civil) à posição política do magistrado em relação ao consumidor, ao fornecedor, à Fazenda Pública, ao empresário, ao empregado e assim por diante. O caminho parece ser, em contrapartida, o respeito à autonomia privada sem mistificá-la, controlando-se evidentemente as forças de produção e o mercado, para que não venham estes a moldar a doutrina contratual e a teoria da interpretação. Nessa esteira, observou-se que a noção de autonomia abrange tanto entes privados como públicos, aludindo-se por isso mesmo à autonomia contratual ou, mais amplamente, autonomia negocial: “o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios”.<sup>5</sup>

Essa reformulação de perspectiva impõe a releitura da normatividade do contrato. A autonomia não pode ser analisada de modo abstrato, pois o controle do seu exercício vai levar em conta a diversidade de funções que os contratos visam a desempenhar. A partir do controle (positivo e negativo) da autonomia privada nas relações concretas, fragmenta-se o tratamento abstrato que reduz a atividade contratual a *standards* estáticos, incapazes de qualificar funcionalmente a autonomia de acordo com os interesses em jogo. O tratamento normativo da autonomia exercida no âmbito de relação interempresarial, por exemplo, deve ser distinto daquele aplicado às relações de consumo, a autonomia das assembleias de sociedades anônimas responde a imperativos diversos daquelas de condomínios residenciais, o regime da autonomia para escolher o regime de bens para o casamento deve diferir daquele voltado a planejar a própria sucessão. Enfim, o regime jurídico da autonomia negocial deve ser sensível ao fim a que seu exercício está voltado, bem como aos valores que pretende realizar.

[Distinção entre autonomia patrimonial e existencial]

Em seguida, e em consequência, autonomia patrimonial e existencial não de ser apartadas, sendo incompatível com o sistema a utilização da técnica patrimonial para a tutela da personalidade. Como observado no capítulo I, a distinção entre as situações jurídicas existenciais e patrimoniais é resposta à preeminência daquelas sobre estas, exigindo-se tratamento qualitativamente diverso, já que, sob a influência da principiologia constitucional, a tutela do “ter” é instrumental à tutela do “ser”. Nesse sentido, o regime jurídico da liberdade para contratar e testar deve ser qualitativamente diverso daquele imposto à autonomia da pessoa para escolher sua estrutura familiar, definir sua identidade pessoal, dispor do próprio corpo e delimitar o alcance das informações pessoais que reputa privadas. O ordenamento não pode tratar da mesma forma, por exemplo, a venda de mercadorias e o consentimento para transplante de órgãos, pois à distinção entre a autonomia para perseguir o maior lucro possível e para um ato

vinculado diretamente à dignidade da pessoa corresponde “uma diversidade de avaliações no interno da hierarquia dos valores colocados pela Constituição”.<sup>6</sup>

[Autonomia deixa de ser um valor em si mesma]

Na mesma vertente, a autonomia deixa de ser um valor em si mesma. Seu exercício somente será protegido se buscar realizar interesses reputados merecedores de tutela, de acordo com a legalidade constitucional. Em última análise, o contrato será protegido não por ser produzido por vontades livremente manifestadas, mas por realizar função compatível com os valores primordiais do ordenamento.

## **2. DIRIGISMO CONTRATUAL E INTERVENÇÃO DO ESTADO**

[Interferência do Estado nas relações privadas]

A despeito da prevalência, até os dias de hoje, da dogmática voluntarista, a evolução política e econômica da sociedade, desde o final do século XIX, exigiu a interferência do Estado nas relações privadas, mitigando-se a força vinculante da vontade negocial. Diante das graves crises econômicas e seus nocivos efeitos sociais, que conduziam os potenciais contratantes à miséria e intensificavam as desigualdades, arrefeceu-se a tutela concedida ao interesse individual em favor de outros interesses jurídicos socialmente protegidos.

[Legislação extravagante]

[Dirigismo contratual]

Sucederam-se desde então diversos movimentos sociais, demandando a intervenção do Estado nas relações econômicas para proteger as partes mais fracas e reduzir os desequilíbrios nas



contratações privadas. A abrangência totalizante do Código Civil deu lugar à atuação incessante do legislador, que, por meio de normas que se imaginavam temporárias e contingentes, e por isso mesmo chamadas de “leis extravagantes”, intervinha nas diversas searas sensíveis da economia, criando regras específicas para o atendimento de certos interesses sociais. Chamou-se a esse movimento de evolução qualitativa do direito contratual de “dirigismo contratual”, pelo qual a liberdade de contratar sofre cada vez maior controle dos poderes públicos, que impõem requisitos, vedam cláusulas, restringem efeitos, cominam interpretações e determinam causas de dissolução, transformando o contrato, outrora fenômeno privado e individual, em cada vez mais fenômeno social: “a liberdade individual e a *autonomia da vontade dos particulares* recua diante do *intervencionismo* dos poderes públicos, e o contrato livre tende a tornar-se um contrato *dirigido*”.<sup>7</sup> Generaliza-se a intervenção heterônoma no contrato, que, deixando de ser regido exclusivamente pela vontade das partes, assegurada pelo Código Civil, passa a sujeitar-se à intervenção de fontes legislativas com metas sociais específicas, alheias à vontade individual, que se torna assim induzida ou dirigida ao alcance de tais propósitos legislativos.

[O exemplo do direito do trabalho]

No Brasil e alhures, essa intervenção nas atividades contratuais incidiu primeiramente nas relações laborais, por conta da desigualdade intensa verificada no contrato de trabalho, a suscitar a proteção social do empregado, mediante uma série de mecanismos que desafiava a igualdade formal do voluntarismo e se mostrava hostil ao direito civil clássico. Daqui a construção da autonomia do direito do trabalho, afastando-se do direito civil tudo o que se destinava a reduzir o papel da vontade como fonte soberana de vínculos obrigacionais. Paulatinamente, esse processo de intervenção legislativa, que muitos julgavam contingências momentâneas de crises econômicas, mostrou-se inevitável e irreversível, acirrando-se na primeira metade do Século XX como

mecanismo de equilíbrio do mercado e do próprio regime capitalista de produção.

### **3. A LEGISLAÇÃO ESPECIAL E O IMPACTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

A necessidade de o Estado contemporizar os conflitos sociais emergentes e a veloz transformação da realidade econômica alteraram pouco a pouco o quadro liberal de estabilidade e segurança no qual o Código Civil figurava como a “constituição do direito privado” e pilar da tutela da autonomia privada. Contabiliza-se, a partir dos anos 30 do século passado, robusto contingente de leis extravagantes que, por serem destinadas a regular novos institutos, surgidos com a evolução econômica, apresentava características de especialização. Por meio de tais normas, o legislador brasileiro levou a cabo longa intervenção assistencialista, expressão da política legislativa brasileira do *Welfare State*, que se corporifica a partir dos anos 30, tem assento constitucional em 1934 e cuja expressão, na teoria das obrigações, se constituiu no fenômeno do dirigismo contratual.

[O exemplo das locações e da economia popular]

Nessa esteira, o mercado de locação imobiliária também foi objeto de forte intervenção legislativa, com o intuito de gerir a escassez de imóveis e as crescentes demandas locatícias. Ao longo do tempo, tem-se tutelado de modo imperativo tanto o direito à moradia quanto o fundo de comércio, assegurando-se desde os anos 30 do século passado a renovação do contrato de locação para fins comerciais (Decreto 24.150, de 20 de abril de 1934). O legislador interveio também intensamente na economia popular, combatendo os juros extorsivos, o curso de moeda estrangeira e assim por diante (cfr. Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933; Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951). Esse longo processo de intervenção legislativa, que se acirrou na Europa a partir da Segunda Grande Guerra,

destinado à tutela de direitos fundamentais alcançados pela atividade econômica e que, no Brasil, culminaria com a Constituição da República de 1988, acaba por colocar em crise a noção de autonomia privada e a teoria do negócio jurídico, incapazes de abranger a variedade de modelos e interesses mediante os quais a iniciativa privada se estabelece e é socialmente reconhecida.

Dito diversamente, a Constituição de 1988 retrata opção legislativa concordatária, em favor de um Estado Social destinado a incidir, no que concerne às relações jurídicas privadas, sobre um direito civil repleto de leis especiais, chamadas de estatutos, que disciplinam exaustivamente inteiras matérias extraídas da incidência do Código Civil. O Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei das Locações, o Estatuto do Idoso, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, na mesma esteira de outras leis anteriores à Constituição, como o Estatuto da Terra, todos esses universos legislativos apresentam-se radicalmente diversos das legislações excepcional e especial de outrora.<sup>8</sup>

Tais diplomas não se circunscrevem a tratar do direito civil, operando cortes transversais nas tradicionais classificações dos ramos do direito. Adotam técnica legislativa que se vale de cláusulas gerais, com a definição de diretrizes e objetivos. São leis que passam a ter linguagem menos jurídica e mais setorial, de modo a atender a exigências específicas das novas operações contratuais ou a transformações tecnológicas. No tocante aos objetivos, para além de coibir comportamentos indesejados – os atos ilícitos –, em atuação repressiva, agem como leis de incentivo, propondo vantagens ao destinatário da norma jurídica. Além disso, o legislador não mais se limita à disciplina das relações patrimoniais, prevendo deveres existenciais voltados para a tutela da dignidade da pessoa humana e para o livre desenvolvimento da personalidade. A nova técnica legislativa dá lugar ao “legislador-negociador”, de modo a atender aos interesses dos grupos alcançados nos setores da sociedade objeto de regulação.

Tais leis não devem, contudo, ser concebidas como microssistemas autônomos, doutrina que representaria grave fragmentação da unidade do ordenamento jurídico. Tal cenário, além de politicamente indesejável, não parece possa ser admitido diante da realidade constitucional. De modo que, reconhecendo embora a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil.

[Impacto do CDC]

Nessa perspectiva, os preceitos do Código de Defesa do Consumidor dão expressão, corpo e vida ao ditado constitucional, em favor de valores extrapatrimoniais que devem proteger o contratante em situação de inferioridade. O respeito à dignidade, à saúde, à segurança; a proteção de interesses existenciais; a qualidade de vida e também os interesses patrimoniais, a atividade econômica livre e concorrencial, são alguns dos aspectos que devem guiar o magistrado para dirimir os conflitos no âmbito das relações de consumo.

#### **4. DECLARAÇÃO, RESPONSABILIDADE E CONFIANÇA**

[A chamada teoria da vontade]

A desmistificação do papel da vontade sobre a validade e obrigatoriedade do contrato projeta-se também sobre seu significado e alcance. O embate histórico entre as diversas teorias sobre a interpretação do negócio jurídico, abordado no volume I, abarca igualmente a compreensão do papel da vontade no âmbito dos contratos. A compreensão clássica de que o conteúdo do contrato era determinado exclusivamente pela perquirição da vontade interna do agente – a chamada “teoria da vontade” – viria a ser superada por outros procedimentos hermenêuticos.

Concebeu-se, nessa linha crítica, doutrina conhecida como “teoria da declaração”, que, em contraponto, destacava que a vontade real tem caráter interno e subjetivo, devendo a atenção do intérprete, portanto, centrar-se sobre a vontade declarada, já que é a declaração tal qual manifestada, e não a intenção subjetiva, a gerar vínculo e produzir o negócio jurídico. Privilegia-se, assim, a manifestação externa e objetiva da vontade, em detrimento da intenção do agente, cuja importância foi exasperada pelo voluntarismo do Século XIX, no âmbito do qual se forjou a teoria da vontade. Para esta teoria, a vontade, em si, não era relevante, mas tão somente a declaração.

Para contornar o excessivo formalismo representado pela atenção exclusiva à declaração, com supressão do papel da vontade, diversos esforços interpretativos foram envidados. Sem prescindir da vontade declarada, passou-se a considerar também fatores externos à declaração que, em certa medida, permitissem compreendê-la juntamente com a interpretação da vontade do agente. Desenvolveram-se nessa direção teorias cujo refinamento dogmático permitiu resgatar valor objetivo para a vontade, ainda que não expressamente declarada, na interpretação dos negócios jurídicos.

Neste contexto, destaca-se a denominada teoria da confiança, que procurou prestigiar a declaração como tutela da legítima expectativa despertada pela relação contratual, valorizando-se, para tanto, a declaração de vontade juntamente com o comportamento das partes no negócio concretamente considerado. Com a teoria da confiança, reconduz-se a compreensão do significado do contrato à efetivação dos valores tutelados pelo ordenamento: a vontade declarada deve prevalecer não por apego formal à declaração, mas pela confiança que incute na outra parte quanto ao comportamento esperado. Impõe-se ao declarante o ônus de arcar com as

expectativas legítimas que gera no declaratório, de maneira a assegurar a proteção da boa-fé nas relações contratuais.

Extraída da conjugação dos arts. 112 e 113, do Código Civil, a teoria da confiança, na experiência brasileira, informada pelo princípio da boa-fé objetiva, considera vinculantes as manifestações que suscitam nas partes a compreensão comum quanto ao conteúdo da declaração, inculcando, assim, confiança, de modo a gerar, por isso mesmo, legítimas expectativas.

Situa-se esta linha interpretativa no contexto de remodelação do conceito de autonomia privada, funcionalizada a valores constitucionalmente tutelados, em que convergem na formação do conteúdo do negócio jurídico fontes heterônomas, na medida em que, ao autorregulamento avençado, agregam-se normas de ordem pública, atos de regulação econômica e a própria intervenção do Judiciário, no sentido de protegerem valores sociais relevantes (v.g, a livre-concorrência, o meio ambiente) e partes especialmente vulneráveis (v.g, o consumidor, o trabalhador) À declaração de vontade, portanto, agregam-se elementos externos, advindos da intervenção estatal em favor de interesses alcançados pela relação contratual. O negócio, todavia, não resulta da mera justaposição das normas oriundas da vontade das partes àquelas que resultam de imposição do ordenamento, como mero limite externo e excepcional ao poder da vontade, mas de verdadeira filtragem da manifestação das partes pelos valores da tábua axiológica constitucional, para a extração do conteúdo normativo efetivamente merecedor de tutela.

## **5. COMPORTAMENTO CONCLUDENTE E CONTRATOS SEM NEGÓCIO JURÍDICO FUNDANTE. AS CHAMADAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE FATO**

[A teoria das chamadas relações contratuais de fato]

Em meio às transformações da teoria contratual ao longo do Século XX, desenvolveu-se a teoria das relações contratuais de fato,

as quais, desprovidas de negócio jurídico que lhes dê origem, produzem efeitos jurídicos. Sua designação associa-se justamente à ausência de vínculo jurídico formalmente assumido pelas partes, cujo comportamento, no entanto, é apreendido e reconhecido pelo direito.

Ao confrontar a realidade jurídica à realidade fática, essa teoria teve o mérito de alargar a admissibilidade de relações admitidas socialmente embora sem a proteção conferida pelo Direito ao negócio. De maneira geral, os países da família romano-germânica que adotam, de forma direta ou indireta, a doutrina do negócio jurídico, encontram dificuldade semelhante: o excessivo controle de validade do negócio acaba por excluir de seu espectro de incidência certas atividades que, em sua substância, despidas do aparato negocial, são admitidas e consideradas legítimas pelo corpo social.

[O acolhimento doutrinário e jurisprudencial da teoria]

Diante do contraste entre a legitimidade da atividade desenvolvida e a invalidação do ato negocial que a constitui, autores de renome sustentaram a preservação dos efeitos de tais atos a despeito de sua invalidade. No início do Século XX, Haupt construiu teoria pioneira nesta direção.<sup>9</sup> Com resultados semelhantes, Larenz produziu trabalho importantíssimo no qual concebeu a categoria dos comportamentos socialmente típicos.<sup>10</sup> De outra parte, na doutrina italiana, Ascarelli<sup>11</sup> e inúmeros outros conceituados autores desenvolveram, em diversos campos da autonomia privada, o que seria a teoria das relações jurídicas de fato, a qual atingiu o seu apogeu nos anos 60 e 70, com o seu reconhecimento pela Corte Suprema Alemã – BGH (*Bundesgerichtshof*). Verificou-se hipótese em que uma criança se acidentou no supermercado enquanto a mãe comprava e estava pagando no caixa. Discutiu-se se haveria responsabilidade extracontratual, contratual ou pré-contratual, já que a autora, sendo criança, não poderia efetuar compra e venda alguma, ou seja, não teria capacidade para o negócio, o que a impediria de propor ação contra o supermercado. A decisão invocou a boa-fé objetiva como fundamento para o acolhimento da

responsabilidade civil decorrente do dever de proteção em face de terceiros.<sup>12</sup>

[Declínio da teoria nos anos 1970]

Curiosamente, contudo, a partir dos anos 1970, assistiu-se, tanto na Alemanha quanto na Itália e em Portugal, à progressiva substituição dessa construção por uma ampliação da categoria do negócio jurídico, cuja abrangência o tornaria apto a compreender, segundo fontes doutrinárias de renome, inúmeras atividades socialmente típicas, ora mediante a invocação de vontade presumida dos seus agentes, ora por meio da ratificação de atos inválidos, ora mediante a mera admissão de efeitos patrimoniais ressarcitórios decorrentes de negócios inválidos – cuja fonte, portanto, seria o ato ilícito, não já o contrato.

Não é fácil entender, do ponto de vista dogmático, o arrefecimento da chamada doutrina das relações jurídicas de fato, já que, independentemente de sua nomenclatura, algo controvertido, mostra-se extremamente eficiente para solucionar inúmeros problemas e situações em que seria difícil, senão de modo artificial, justificar a produção de efeitos obrigacionais com base na técnica da vontade presumida ou, por outro lado, como mera liquidação de danos. Basta lembrar a hipótese do incapaz que compra e vende artigos de suas necessidades pessoais, se faz transportar e assim por diante. Não seria razoável admitir como válidos tais negócios, com fundamento em suposta vontade presumida de seus responsáveis já que, por vezes, as atividades desenvolvidas são levadas a cabo contra a vontade expressa de quem deveria autorizar. Também em outras hipóteses de atividade desenvolvidas por pessoas capazes, mostra-se insustentável cogitar-se de vontade presumida pelo simples fato de que o agente se recusa a celebrar o negócio. E tampouco se sustentaria a explicação circunscrita à liquidação de danos quando se pensa na execução específica de certos contratos fundados em negócio nulo, na esteira de tendência progressiva do direito obrigacional.



Se assim é, mostra-se plausível imaginar que a rejeição à doutrina das relações jurídicas de fato se associe mais ao contexto histórico e ideológico em que se insere do que aos seus fundamentos teóricos. Por ter sido germinada como contraponto à teoria do negócio jurídico, aquela doutrina acabou sendo desenvolvida como construção crítica ao papel da vontade na teoria contratual, associando-se a orientações que, por diversos matizes, enaltecem, ao longo do Século XX, o papel do Estado intervencionista, seja em regimes autoritários de diversos países, seja no dirigismo contratual aliado ao *Welfare State*.

Com o fracasso dos regimes autoritários e do assistencialismo, as duas últimas décadas do século passado coincidem, em diversos países europeus e da América Latina, com o neoliberalismo e, especificamente na esfera jurídica, uma retomada entusiasmada da autonomia privada como expressão da liberdade individual, reduzindo-se, em diversos setores – v.g., mercado de locação, relações de trabalho – o grau de intervenção do Estado, que adquire feição regulamentar, com suas agências e instrumentos que enaltecem o papel da livre contratação.

A Europa, neste particular, diferencia-se da América Latina, onde, talvez pelas contradições sociais ainda muito evidentes, e por não ter alcançado níveis médios satisfatórios na promoção dos direitos sociais, é compreensível que se propugne por um grau de intervenção e de promoção de políticas públicas maior, capaz de favorecer a distribuição de rendas e diminuir a desigualdade social. Tal diferença, superficialmente percebida, explica, em certa medida, a persistência do debate, no direito brasileiro, acerca da aplicação direta das normas constitucionais nas relações privadas e, em contrapartida, a intensificação mais visível, na doutrina europeia, do papel da vontade nas atividades privadas.

Tal preocupação com a preservação da vontade negocial, associada a uma aparente conexão entre a crítica anterior ao papel da vontade e doutrinas estatizantes, parece relevante para a compreensão do alargamento das doutrinas do negócio jurídico e da rejeição, por muitos autores, das chamadas relações contratuais de fato.

Entretanto, tais ponderações, embora facilmente compreensíveis, nem sempre são justas, já que a análise das chamadas relações de fato, especialmente na perspectiva ascarelliana de atividade contratual sem negócio, não relega o papel da vontade, limitando-se a considerar secundário, para determinadas atividades socialmente típicas, a vontade negocial, ou seja, a existência de um negócio jurídico que inaugure a atividade já existente de fato e para a qual, indiscutivelmente, o papel da vontade pode ser imprescindível.

Se verdadeiras tais observações, como parecem, e considerando-se a insuficiência do negócio jurídico – e da vontade presumida – para justificar a presença de inúmeras atividades admitidas pelo grupo social ainda que desprovidas de negócio fundante, mas que produzem efeitos jurídicos carecedores de qualificação e interpretação, torna-se oportuno revisitar a teoria das chamadas relações jurídicas de fato.

[Crítica à técnica da vontade presumida]

A vontade presumida mostra-se definitivamente inapta a fundamentar diversas hipóteses. Bastaria invocar o atualizador do livro de Larenz, Manfred Wolf, para quem a vontade presumida “falha quando falta uma clara vontade de aceitação ou quando a conclusão do contrato é expressamente recusada, apesar da utilização do serviço”.<sup>13</sup>

De todo modo, corrobora-se a impressão de que o papel da vontade e da autonomia privada parecia amesquinhado com a doutrina do comportamento social típico e que, sob outro ângulo, tal construção possa ser ainda profícua, desde que se consiga separar a vontade negocial da vontade contratual, esta presente nas atividades sem negócio.

A teoria do comportamento social típico, em última análise, mostra-se atual e insuperável, por lograr explicar hipóteses em que não há vontade presumida, ou em que não se trata de simplesmente estabelecer um *quantum* ressarcitório, cuidando-se, ao revés, de disciplinar o funcionamento de atividades típicas sem a presença do negócio que lhe servisse de título. Esta teoria, nos dias atuais, deve ser contextualizada, sendo indispensável examiná-la sem excluir, para sua admissão, o papel da vontade dos contratantes. Ao contrário, é de se examinar as atividades sem negócio em face das diversas formas de expressão e de valoração da vontade contratual. Desse modo, será possível avaliar o papel da vontade na presença e na ausência de negócio jurídico que celebre a atividade contratual.

Na jurisprudência brasileira dos anos 90, destaca-se significativo voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 47.901-3-SP,<sup>14</sup> que admite a produção de efeitos da atividade do empresário que oferece o serviço de guarda de veículos ainda que inexistindo os requisitos formais indispensáveis para a caracterização do contrato de depósito.<sup>15</sup> Aludido voto merece atenção porque não se poderia admitir a produção de efeitos jurídicos com base em vontade presumida na ausência de solenidade essencial à validade do negócio. Para o relator, “a utilização de bens ou serviços massificados ocasiona algumas vezes comportamentos que, pelo seu significado social típico, produzem as consequências ‘dela se distinguem’”. Tal instigante afirmação não restou ainda suficientemente explorada pela doutrina brasileira, embora suscite inúmeras reflexões e possíveis desdobramentos. Dentre as modalidades atuais de aplicação da problemática em apreço, identifica-se nas tratativas e negociações preliminares um campo fértil de atividades (contratuais, mas não negociais) que hão de ser examinadas sob tal perspectiva, objeto de estudo no [capítulo VI](#).

[Qualificação da concreta relação jurídica a partir da sucessão de atos funcionalmente interligados]

Considerando-se, de todo modo, a insuficiência da categoria do negócio jurídico – e da vontade presumida – para justificar a presença de atividades admitidas pelo grupo social, que produzem efeitos jurídicos carecedores de qualificação, ainda que desprovidas de negócio fundante, torna-se oportuno revisitar a doutrina dos comportamentos socialmente típicos. Do ponto de vista metodológico, a atividade contratual sem negócio exige qualificação a partir da atividade efetivamente desenvolvida, em que o motor volitivo não é declarado, mas apreendido pela sucessão de atos funcionalmente interligados sem prévia tipificação. Confirma-se nessas hipóteses a insuficiência do método subsuntivo – como técnica hermenêutica a reclamar premissa legal abstrata, correspondente a suporte negocial determinado – em favor da verificação da disciplina aplicável ao conjunto de atos de natureza diversa que se manifestam em concreto. Amplia-se, dessa forma, o controle da atividade privada, permitindo-se proteger efeitos socialmente relevantes decorrentes de negócios nulos ou inexistentes, sem que a presença de negócio válido seja pressuposto para a tutela jurídica.

[Valoração positiva de atividades socialmente típicas]

O negócio jurídico, uma vez celebrado, mantém-se vinculado à disciplina estabelecida pelo Código Civil. Ao seu lado, contudo, uma série de atividades socialmente típicas, decorrentes de atos não negociais, é valorada positivamente e a ordem jurídica reconhece, como jurígenos, seus efeitos. Enquanto no negócio jurídico a declaração de vontade hígida é um *prius* para a sua validade (elemento essencial), nas atividades socialmente típicas a vontade suscita verificação *in posterius*, a partir dos efeitos por elas produzidos, independentemente de declaração destinada à instauração do vínculo, conferindo-se juridicidade a situações jurídicas que, de outra maneira, não poderiam ser admitidas.

[Admissão da relação contratual sem negócio]

[Sugerimos alterar para: “servidor”, por ser termo mais moderno da doutrina administrativista.]

A admissão da relação contratual sem negócio permite atribuir tutela jurídica a efeitos socialmente reconhecidos, a partir de qualificação *a posteriori* da função da atividade realizada, estabelecendo-se, desse modo, controle de merecimento de tutela, à luz da legalidade constitucional, acerca de atos praticados sem negócio jurídico de instauração (mas que, nem por isso, podem ser considerados fora da lei), cuja eficácia, de ordinário, é mais restrita do que a gama de efeitos almejados pelo negócio. Basta lembrar as hipóteses do funcionário público cujo acesso à carreira não se deu por concurso público;<sup>16</sup> ou do vínculo empregatício do apontador de jogo do bicho;<sup>17</sup> ou do policial militar em empresa de segurança privada, a despeito de vedação legal expressa;<sup>18</sup> ou do menor que adquire, por si mesmo, produtos ou serviços; ou ainda o exemplo dos sócios de sociedade irregular ou da pessoa que integra modalidade de família inadmitida pelo direito.<sup>19</sup> Em todos esses casos, a invalidade dos negócios não exclui a admissibilidade, para certos fins, de eficácia jurídica à atividade desenvolvida.

[O exemplo da Justiça do Trabalho e da “primazia da realidade”]

Portentosa afigura-se a jurisprudência a reconhecer, intuitivamente, efeitos de atividades decorrentes de relações jurídicas estabelecidas a partir de negócios nulos por ausência de capacidade das partes, de forma exigida por lei ou de objeto lícito, sendo significativa a solução preconizada na Justiça do Trabalho – que cogita, em tais hipóteses, para o reconhecimento da eficácia da relação laboral, do “princípio da primazia da realidade”. Embora louvável pelos resultados positivos produzidos em favor do trabalhador, tal solução acaba por admitir, usando a expressão de Gaston Morin<sup>20</sup>, a *vitória dos fatos contra o direito*, como se este não desse conta de promover a pessoa humana, e como se, por outro lado, o elemento formal se circunscrevesse à tutela patrimonial,

podendo ser afastado, pura e simplesmente, como mero “formalismo”, quando defasado do fato social, embora a forma essencial configure matéria de ordem pública.

[Possibilidade de exame de licitude e de merecimento de tutela dos atos extranegociais]

Para que se possam suplantar tais dificuldades teóricas, há de se abandonar o negócio como único instrumento de aferição do papel da vontade. Supera-se, nessa linha de raciocínio, a perspectiva que circunscreve a atuação da vontade à seara do negócio jurídico e à ausência de fontes heteronômicas de integração. Se a liberdade há de ser exercida à luz da legalidade constitucional, em respeito e em harmonia com a solidariedade social, o exame de licitude e de merecimento de tutela dos atos se projeta tanto nos negócios como em atividades realizadas mediante a prática de atos *extra* negociais.

## **6. FUNCIONALIZAÇÃO DA AUTONOMIA CONTRATUAL**

[Funcionalização da autonomia contratual]

A superação da exasperação do papel da vontade, a intervenção do Estado na regulamentação dos contratos, a prioridade da confiança na leitura do significado da vontade declarada, a valorização da atividade contratual independentemente de negócio jurídico formal, todos os aspectos desse processo histórico associam-se ao que se considera o movimento de funcionalização da autonomia contratual.

[Estrutura e função das situações jurídicas subjetivas]

O reconhecimento da unidade do ordenamento jurídico em sua complexidade, sob a superioridade normativa do texto constitucional, impõe a leitura de todos os institutos de direito civil como instrumentos à realização do projeto constitucional. Dessa forma, a

liberdade contratual é funcionalizada aos princípios positivados na Constituição, devendo ser exercida com fim consentâneo à satisfação daqueles valores. Como leciona Pietro Perlingieri, as situações jurídicas subjetivas apresentam dois aspectos distintos – o estrutural e o funcional. O primeiro identifica a estruturação de poderes conferida ao titular da situação jurídica subjetiva, enquanto o segundo explicita a finalidade prático-social a que se destina.<sup>21</sup> O aspecto funcional condiciona o estrutural, determinando a disciplina jurídica aplicável às situações jurídicas subjetivas.<sup>22</sup>

[Função do contrato]

A função do instituto, na acepção Pugliattiana, deve ser entendida como a síntese dos seus efeitos essenciais.<sup>23</sup> Assim, por exemplo, no contrato de compra e venda, seria a transferência da coisa contra o pagamento do preço, e no mandato, seria a obrigação do mandatário de cumprir um ou mais atos jurídicos por conta e no interesse do mandante, pois sem isto, não pode haver compra e venda ou mandato. Entretanto, Perlingieri destaca que a determinação de quais efeitos devem ser reputados essenciais pressupõe avaliação que somente pode dar-se em vista dos interesses concretos envolvidos.<sup>24</sup> Por exemplo, uma condição, que normalmente é reputada um elemento acessório ao contrato, pode revelar-se efeito essencial para dado contrato em vista dos interesses nele envolvidos. Por conseguinte, o exame da função não deve se limitar à avaliação do esquema regulamentar abstrato ou do modelo típico adotado, pois cumpre superar a perspectiva da subsunção, com o objetivo de valorizar a identificação dos interesses e das peculiaridades que distinguem o negócio concreto.

[Função da situação jurídica define os poderes atribuídos ao seu titular]

Desse modo, de acordo com a função que a situação jurídica desempenha, serão definidos os poderes atribuídos ao titular do direito subjetivo e das situações jurídicas subjetivas. Nessa esteira, diante de toda e qualquer situação jurídica subjetiva, o intérprete

deverá, a partir da finalidade pretendida pelos respectivos titulares e dos interesses a serem perseguidos, definir a disciplina jurídica aplicável. Compatibiliza-se assim a função (efeitos produzidos para certos efeitos práticos pretendidos) à estrutura de poderes e modelos postos à disposição pelo ordenamento.

Nessa direção, para estabelecer o instrumento jurídico a ser utilizado, visando ao alcance de determinado regulamento de interesse, é a função a determinar a estrutura a ser adotada, e não o contrário. Vale dizer, que ao contrário de se ater a determinado instrumento oferecido pelo ordenamento (imaginem-se os modelos disponíveis de direitos reais ou contratuais típicos) para, então, procurar conformá-la à atividade pretendida, deve o intérprete, ao reverso, uma vez definida a (função refletida na) atividade, identificar o instrumento jurídico (estrutura) adequado a realizá-la.

## **7. INTERPRETAÇÃO E QUALIFICAÇÃO DOS CONTRATOS**

As transformações operadas sobre a realidade social regida pelo direito contratual – e, conseqüentemente, sobre os valores que o inspiram – atingem igualmente a forma de interpretá-lo. A historicidade e a relatividade da teoria da interpretação decorrem especialmente do fato desta vincular-se a uma multiplicidade de fatores sobre os quais frequentemente não se reflete: daí a importância da coerência com o método adotado e da consciência da escolha e dos resultados que a sua concretização comporta, de modo que ciência e metodologia se envolvem reciprocamente.<sup>25</sup>

Nessa esteira, a metodologia da atividade interpretativa, de um lado, deve garantir coerência dogmática sem resvalar para o dogmatismo, que, na linha da chamada Pandectística ou Jurisprudência dos Conceitos, relegava a praxe da reflexão, sacrificando o necessário contato com o dinamismo da realidade social em nome de suposta pureza teórica da ciência.<sup>26</sup> De outro lado, a consciência de que os conceitos trazem implícitas escolhas valorativas não deve permitir ao intérprete voltar-se exclusivamente



para a transformação da realidade concreta, nos moldes de “realismo sociológico” que troca a validade da norma jurídica pela efetividade da norma social, pois a escolha dessas normas sociais pelo intérprete não é menos tendenciosa do que aquelas institucionalizadas formalmente, como conquistas históricas que encontram fundamento na legalidade e na democracia.<sup>27</sup>

Na mesma linha, deve-se rejeitar as abordagens interpretativas puramente consequencialistas, que, exasperando a importância do argumento econômico, são criticáveis por sua unilateralidade e por seu papel individualista e materialista, já que o mercado não é critério autônomo de legitimidade.<sup>28</sup> Os elementos extraídos da realidade social devem ser incorporados à atividade hermenêutica, eis que o sistema do direito não é fechado, ou axiomático, mas sim um sistema aberto, em constante estado de complementação e evolução em razão da provisoriedade do conhecimento científico e, principalmente, da modificabilidade dos próprios valores fundamentais da ordem jurídica.<sup>29</sup> Entretanto, o processo de incorporação de elementos extrajurídicos não pode dar-se de forma arbitrária, devendo viabilizar-se por meio dos próprios mecanismos jurídicos, idôneos a manifestar seus fundamentos éticos, sociais e culturais.

Em referência à fidelidade ao texto, deve-se abrir mão dos últimos resquícios formalistas da chamada Escola de Exegese francesa, própria do contexto histórico pós-revolucionário pautado pelo receio de que a atividade interpretativa pudesse reavivar os valores aristocráticos que ameaçariam a consolidação da ordem burguesa.<sup>30</sup> O aprisionamento do intérprete à literalidade do texto descarta a inevitável textura aberta da linguagem e de sua necessária ligação ao contexto social, do qual extrai significado.<sup>31</sup> Entretanto, tampouco é possível adotar posição pragmatista de que não há qualquer limite à atividade interpretativa, reduzindo todo o fenômeno jurídico ao arbítrio das decisões judiciais. Afinal, como explica Umberto Eco, “dizer que um texto potencialmente não tem fim não significa que todo ato de interpretação possa ter um final feliz”.<sup>32</sup>

A atividade interpretativa, embora não guiada pela lógica formal ou demonstrada por evidência, pauta-se em racionalidade impositiva

de constrições como adequação, razoabilidade, proporcionalidade, coerência e congruência.<sup>33</sup> A lógica informal dessa argumentação, voltada a persuadir seus interlocutores a acordo semântico e axiológico racionalmente motivado, torna central o dever de fundamentação das decisões: se ao intérprete é inevitável fazer escolhas, é sua responsabilidade assumi-las expressamente, não como forma de libertá-lo do direito institucionalizado, mas exatamente para permitir o debate argumentativo acerca da sua adequação ao ordenamento.<sup>34</sup> O princípio da legalidade, dessa forma, assume acepção renovada, não como fidelidade aos preceitos individuais, mas à coordenação entre eles a partir dos princípios fundamentais de relevância constitucional, impondo ao intérprete a construção da normativa adequada a partir do contexto do caso concreto diante da totalidade do sistema, de modo que toda interpretação se torna lógico-sistemática e teleológico-axiológica, isto é, orientada à realização dos valores constitucionais.<sup>35</sup>

Essas reflexões devem espalhar-se igualmente pelo direito contratual, pois a rígida separação entre interpretação da lei e interpretação dos contratos deita raízes na tradicional *summa divisio* entre direito público e direito privado, construção própria do contexto histórico liberal de desconfiança com relação à atividade do intérprete. Constatada a unidade do ordenamento, em que todas as normas encontram seu fundamento de validade na Constituição e têm por objetivo a mais plena realização de seus princípios fundamentais, o direito contratual deixa de ser o espaço em que reina isolado somente o império da vontade para também obedecer à tábua principiológica estabelecida pela legalidade constitucional.

A releitura da autonomia negocial, à luz da tutela da confiança e funcionalizada à realização de interesses merecedores de tutela, reconhece, na interpretação do contrato, o papel da normativa heterônoma, como aquela decorrente do princípio da boa-fé, da proteção da parte vulnerável e do equilíbrio contratual. O papel da vontade, embora permaneça determinante na gênese do contrato, não se mantém com a mesma relevância de outrora no processo de interpretação, uma vez que não é objeto da atenção do intérprete nem diretamente – já que somente será relevante a vontade de cada

parte na medida em que contribuir para a construção objetiva da função concreta perseguida pelo contrato – nem exclusivamente – já que cabe ao intérprete assegurar adições e supressões de direitos e deveres à relação que se constitui de forma a atender aos imperativos colocados pelo ordenamento sob a forma de princípios constitucionais.<sup>36</sup> Não se trata de negar o papel da vontade na determinação do conteúdo normativo do contrato – fundamental, ainda que não suficiente, para identificar a função concreta do contrato – nem de relegar as normas do ordenamento que a reconhecem e tutelam, mas conciliá-las com as demais normas, de forma a reconhecer e garantir a unidade que caracteriza o sistema que tem por fundamento único de validade o texto constitucional e nele encontra seus objetivos primordiais.

Nessa perspectiva, cumpre igualmente questionar a separação entre a interpretação do contrato, entendida como a descoberta do seu significado, e a sua qualificação, referente ao seu enquadramento na *fattispecie* normativa. Superado o modelo formalista da subsunção, em que o caso concreto é reconduzido à hipótese normativa a partir de simples silogismo, reconhece-se que a realidade é construída e reconstruída pelo intérprete, na mesma medida em que a norma é produzida a partir do cotejo entre o enunciado normativo e a totalidade do ordenamento, especialmente seus princípios fundamentais, e, continuamente, o diálogo entre o fato e a norma.<sup>37</sup> A própria legislação revela como não se pode conceber a qualificação como etapa posterior e distinta quando fornece exemplos de dispositivos regulatórios da interpretação cuja aplicação varia de acordo com a qualificação do contrato. Basta pensar, por exemplo, no art. 114 do Código Civil, que impõe interpretação restritiva aos negócios jurídicos benéficos: a qualificação do contrato como benéfico condicionará a sua interpretação, a qual não pode, conseqüentemente, constituir-se em antecedente lógico do processo qualificatório.

Nessa mesma linha, costuma-se transpor para a interpretação contratual os tradicionais elementos da interpretação da lei: o elemento literal quanto ao significado das palavras utilizadas no instrumento; o elemento lógico para buscar coerência em cada

cláusula; o elemento histórico baseando-se nas tratativas que antecederam a celebração do negócio; o elemento teleológico para considerar o fim almejado pelas partes; e o elemento sistemático para interpretar cada cláusula em sintonia com as demais e com outros contratos que tenha sido celebrados de forma coligada. Entretanto, deve-se ter em mente que tais elementos não são fases distintas, mas critérios e aspectos do processo contínuo e unitário de interpretação. Do mesmo modo que interpretação e integração se inserem em um mesmo movimento por parte do intérprete, interpretação e qualificação configuram igualmente aspectos do mesmo processo cognitivo.<sup>38</sup> Sob esta perspectiva a integração não se dirige a adivinhar o que as partes desejariam ter disciplinado quanto àquela hipótese lacunosa, mas sim a determinar os efeitos que se atribuem ao contrato como fato, isto é, o impacto da relação jurídica que se constrói, sob a perspectiva funcional, como disciplina, regulamento de interesses.<sup>39</sup>

O processo de interpretação/qualificação dos contratos, portanto, não pode ser visto de modo linear, sequenciado em etapas preclusivas, uma vez que tais etapas – *rectius*, aspectos – imiscuem-se uns nos outros. Em oposição à visão clássica do trajeto único, subsuntivo, do fato à norma, a atitude do intérprete constrói-se em um constante ir e vir entre a reconstrução da realidade e seu diálogo com os enunciados normativos.

## PROBLEMA PRÁTICO

O contrato pelo qual um adolescente adquire jogo de computador pela internet é válido?

### • Vide Casoteca

- 
- 1 Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, vol. 3, Fontes das obrigações: Contratos, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, 3ª ed. p. 19. Explica o autor: “Na teoria clássica, todo o edifício do contrato assenta na vontade individual, que é a razão de ser de uma força obrigatória. As partes não se vinculam senão porque assim o quiseram e o papel da lei resume-se em consagrar esse entendimento. Nada pode o juiz ante essa vontade soberana; a sua função limita-se a assegurar-lhe o respeito, na proporção da inexistência de qualquer vício do consentimento ou de qualquer vulneração às regras de ordem pública” (*ibid.*).
  - 2 Tradução livre de Anatole France, *Le Lys rouge*, Calmann-Lévy, 1894, 14ème ed, p. 117. No original, “*Ils y doivent travailler devant la majestueuse égalité des lois, qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain*”.
  - 3 Tradução livre de Henri Dominique Lacordaire, *Conférences de Notre-Dame de Paris*, Tome 3ème, Paris: Librairie Poussielgue Frères, 1846-1848, p. 494. No original, “*Sachent donc ceux qui l’ignorent, sachent les ennemis de Dieu et du genre humain, quelque nom qu’ils prennent, qu’entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c’est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit.*”
  - 4 Pietro Perlingieri. *O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 335.
  - 5 Pietro Perlingieri. *O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 338.
  - 6 Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 276.
  - 7 Tradução livre de Louis Josserand, *Cours de droit civil positif français*, II, Paris: Recueil Sirey, 1939, 3ème ed., p. 11. No original: “*L’évolution qui s’est manifestée dans le domaine contractuel n’est par purement quantitative; elle présente aussi un aspect qualitative. Non seulement les contrats se sont accrus en nombre et en catégories, mais ils tendent visiblement à changer de nature ; autrefois construits et aménagés par les intéressés en toute liberté, ils subissent de plus en plus le contrôle, l’emprise des pouvoirs publics que s’inquiètent des conditions dans lesquelles ils sont conclus, des clauses qu’ils renferment, des effets qu’ils produisent, de l’interprétation qu’ils comportent, des événements*

*qui en entraîneront la dissolution; tantôt le législateur et plus souvent le juge interviennent et imposent leurs vues aux parties, depuis l'élaboration de la convention jusqu'à la fin de la carrière qu'elle doit fournir; autrefois phénomène privé et individuel, le contrat est de plus en plus volontiers traité comme un phénomène social; la liberté individuelle et l'autonomie des volontés privées reculent devant l'interventionnisme des pouvoirs publics, et le contrat libre tend à devenir un contrat dirigé".*

- 8 Gustavo Tepedino, Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil, *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 4ª ed., p. 13.
- 9 Günther Haupt, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, 1941.
- 10 Karl Larenz, O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956), *Revista Direito GV*, vol. 2, n. 1, jan-jun/2006.
- 11 Ao propósito, a obra de Tullio Ascarelli mostra-se particularmente importante. Cfr. *Lezioni di diritto commerciale – Introduzione*, 1955, Milano, Giuffrè, pp. 102 a 108, onde se lê: “L’attività dovrà essere valutata in via autonomia, indipendentemente cioè dalla valutazione dei singoli atti, singolarmente considerati. Indipendentemente dalla disciplina dei singoli atti può essere illecito (o sottoposto a norme particolari) l’esercizio dell’attività” (p. 103). Sobre o tema, v. também o verbete fundamental de Giuseppe Auletta (*Attività (dir. priv.)*), in *Enciclopedia del diritto*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 982), que define attività “quale insieme di atti di diritto privato coordinati o unificati sul piano funzionale dalla unicità dello scopo”.
- 12 Carlo Angelici, Responsabilità precontrattuale e protezione dei terzi in uma recente sentença del Bundesgerichtshof, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, I, ano LXXV, 1977, pp. 23-30.
- 13 Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Beck Juristischer, 2004, p. 579 (tradução livre gentilmente efetuada por Karina Nunes Fritz).
- 14 Analisado na obra de Juliana Pedreira da Silva, *Contratos sem negócio: crítica das relações contratuais de fato*, São Paulo: Atlas, 2011.
- 15 Eis a ementa do referido julgado: “Responsabilidade civil. Estacionamento. Relação contratual de fato. Dever de proteção

derivado da boa-fé. Furto de veículo. O estabelecimento bancário que põe a disposição dos seus clientes uma área para estacionamento dos veículos assume o dever, derivado do princípio da boa-fé objetiva, de proteger os bens e a pessoa do usuário. O vínculo tem sua fonte na relação contratual de fato assim estabelecida, que serve de fundamento a responsabilidade civil pelo dano decorrente do descumprimento do dever. Agravo improvido” (STJ, 4ª T., AgRg no Ag 47.901-3, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 12.9.1994).

- 16 A respeito, v. o Enunciado nº 363 da Súmula do TST: “Contrato nulo. Efeitos (nova redação) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário-mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS”.
- 17 A respeito, v. a O.J. nº 199 da SDI-1: “Jogo do bicho. Contrato de trabalho. Nulidade. Objeto ilícito (título alterado e inserido dispositivo) – DEJT divulgado em 16, 17 e 18.11.2010. É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, ante a ilicitude de seu objeto, o que subtrai o requisito de validade para a formação do ato jurídico”.
- 18 A hipótese é disciplinada pelo art. 22 do Decreto-lei n.º 667/1969: “Art. 22. Ao pessoal das Polícias Militares, em serviço ativo, é vedado fazer parte de firmas comerciais de empresas industriais de qualquer natureza ou nelas exercer função ou emprego remunerados”.
- 19 Em interessante precedente, o Superior Tribunal de Justiça, baseado no princípio da monogamia (compreendido pela Corte como essencial ao regime das famílias no ordenamento brasileiro), decidiu, ao analisar pretensões sucessórias das partes, pela impossibilidade de reconhecimento de duas uniões estáveis simultâneas do *de cuius* – que, após se divorciar, manteve união estável com a própria ex-esposa, bem como com segunda mulher. *In casu*, foi privilegiada a união estável com a companheira com a qual não foi casado, em detrimento da união com a ex-esposa (iniciada após o divórcio), reputada concubinato diante da preexistência da outra união (STJ, 3ª T., REsp. 1.157.273, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 18.5.2010).

- 20 Gaston Morin, *La révolte du droit contre le code: la révision nécessaire des concepts juridiques: contrat, responsabilité, propriété*, Paris: Sirey, 1945.
- 21 Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli: ESI, 1997, p. 60 e ss.
- 22 Pietro Perlingieri, *Perfis de direito civil: Introdução ao direito civil constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 106-107, para o qual o aspecto funcional das situações subjetivas “é particularmente importante para a individuação da relevância, para a qualificação da situação, isto é, para a determinação da sua função no âmbito das relações sociojurídicas. (...) No ordenamento, o interesse é tutelado enquanto atende não somente ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade” (*Manuale di diritto civile*, cit., p. 429).
- 23 Salvatore Pugliatti, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico, Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*, Milano: Giuffrè, 1951, pp. 110-111.
- 24 Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli: ESI, 2005, 5ª ed., p. 370.
- 25 Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 128.
- 26 Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 94.
- 27 Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 100.
- 28 Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 106.
- 29 Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 104.
- 30 Raoul Charles Van Caenegem, *Uma introdução histórica ao direito privado*, São Paulo: Martins Fontes, 2000, 2ª ed., p. 198.
- 31 Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 93.
- 32 Umberto Eco, *Interpretação e superinterpretação*, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 28.



- 33 Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 604-605.
- 34 Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 96.
- 35 Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 618.
- 36 Carlos Nelson Konder, Interpretação dos contratos, interpretação da lei e qualificação: superando fronteiras. In: *Scientia Iuris*, vol. 19, 2015, pp. 47-63.
- 37 Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 652.
- 38 Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, 4ª ed., p. 294.
- 39 Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 655.



## **PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL**

SUMÁRIO: 1. Principiologia contratual e fundamento constitucional – 2. Liberdade de contratar e suas restrições – 3. Relatividade dos efeitos do contrato – 4. Consensualismo, força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato – 5. Boa-fé – 6. Função social do contrato – 7. Equilíbrio contratual e proteção dos vulneráveis – Problema prático.

### **1. PRINCIPIOLOGIA CONTRATUAL E FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL**

[Constitucionalização do direito contratual]

O processo de constitucionalização do direito civil reflete-se, no âmbito do direito contratual, não somente na compreensão do conceito e da função do contrato, mas principalmente na normativa geral que disciplina o exercício da liberdade de contratar. Os princípios gerais do direito contratual passam a revelar, como não podia deixar de ser, o impacto da tábua axiológica estabelecida pelo texto constitucional.

De maneira geral, nas últimas décadas, o direito civil assistiu ao deslocamento de seus princípios fundamentais do Código Civil para a Constituição, em difusa experiência contemporânea, da Europa

Continental à América Latina. Tal realidade, vista por muitos com certa desconfiança, na tentativa de reduzi-la a fenômeno de técnica legislativa – ou mesmo à mera atecnia –, revela processo de profunda transformação axiológica, em que a autonomia privada passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na noção de ordem pública constitucional.

[Sopesamento dos princípios colidentes]

Nesse contexto, a promulgação da Constituição brasileira de 1988 veio a exigir que os institutos do direito civil, como os contratos, fossem funcionalizados à plena realização da dignidade da pessoa humana – princípio alçado pelo constituinte à categoria de fundamento da República (art. 1º, III) – em prol da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo central da nova ordem constitucional (art. 3º, I).<sup>1</sup>

A dignidade da pessoa humana constitui cláusula geral, remodeladora da dogmática do direito civil brasileiro, e principal elemento normativo para a promoção dos valores existenciais. Opera-se, segundo a axiologia constitucional, a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, ou seja, a atividade econômica privada é protegida não como fim em si mesma, mas como instrumento que visa à realização plena da pessoa humana, a promover, assim, processo de inclusão social, com a ascensão à realidade normativa de interesses coletivos e de renovadas situações jurídicas existenciais desprovidas de titularidades patrimoniais, tuteladas independentemente (ou mesmo em detrimento) destas.

[Imperativos constitucionais no direito contratual]

Imperativos constitucionais como a livre-iniciativa, a livre-concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a busca do pleno emprego e a redução das desigualdades sociais (art. 170) passam a guiar a interpretação e aplicação do direito contratual, em atendimento à supremacia da Constituição. Diante da unidade do ordenamento, o direito contratual deixa de ser considerado um

microcosmo imune à incidência do dever de promoção existencial e do pleno desenvolvimento da personalidade.<sup>2</sup>

Na experiência brasileira, a passagem do modelo clássico para o contemporâneo da teoria contratual, com o conseqüente surgimento de novos princípios, tem por referência normativa fundamental a Constituição da República de 1988, que consagrou os valores da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR), da solidariedade social (art. 3º, I) e da isonomia substancial (art. 3º, III). Na esteira da nova ordem jurídica assim delineada, nitidamente solidarista, promulgou-se a Lei. 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que transporta para a disciplina legal dos contratos a nova tábua de valores. Tais normas mitigam, nas relações paritárias, os contornos dos princípios contratuais tradicionais, alterando-os qualitativamente, de modo a delinear a nova dogmática dos contratos.

Remodelam-se, assim, as relações de consumo, os contratos de massa, a atividade empresarial e o exercício da liberdade de contratar, que se solidarizam, sempre no sentido de conferir efetiva promoção da dignidade da pessoa humana, em conformidade com o mandamento constitucional. O texto constitucional não deixa de proteger o exercício legítimo das liberdades, os espaços de autonomia negocial, a livre-iniciativa: esses valores, contudo, deixam de desfrutar de uma posição de superioridade *prima facie* e passam a dever ser conciliados com as exigências de tutela da dignidade e da solidariedade social.

Em um contexto de uma Constituição compromissória, que assegura o pluralismo de valores junto à sociedade civil, é natural que tais princípios constitucionais – e os princípios contratuais deles decorrentes – venham a oferecer, em abstrato, soluções diversas. Diante desse cenário, que já foi denominado de “hipercomplexidade”<sup>3</sup>, cumpre ao intérprete construir a normativa do caso concreto, sopesando os princípios em jogo à luz da relação jurídica sob exame, de maneira a determinar a solução mais adequada à totalidade do ordenamento, complexo, porém unitário.

Dessa forma, assim como o texto constitucional tutela, de um lado, princípios como a livre-iniciativa, a livre-concorrência e a propriedade privada, e, de outro lado, o valor social da livre-iniciativa,

a defesa dos vulneráveis e a função social da propriedade, também a principiologia contratual busca conciliar a liberdade de contratar, a força obrigatória dos contratos, a relatividade e intangibilidade de seus efeitos com a boa-fé, a função social dos contratos, o equilíbrio contratual e a proteção dos vulneráveis.

A repercussão de tais princípios será aprofundada nos itens subsequentes. De todo modo, pode-se dizer, em síntese estreita, que a boa-fé objetiva atua preponderantemente sobre a liberdade de contratar. O equilíbrio contratual, por sua vez, altera substancialmente a força obrigatória dos pactos, dando ensejo a institutos como a lesão (art. 157, Código Civil), a revisão e a resolução por excessiva onerosidade (arts. 317, 478 e 479, Código Civil). E a função social, a seu turno, subverte o princípio da relatividade, impondo efeitos contratuais que extrapolam a avença negocial. Ou seja, os contratantes devem respeitar os titulares de interesses socialmente relevantes alcançados pela órbita do contrato. Essas ponderações somente se tornam possíveis à luz das circunstâncias do caso concreto, observadas as características gerais de sentido e alcance de cada um desses princípios, a serem projetadas sobre a necessária contextualidade do processo hermenêutico.<sup>4</sup>

## **2. LIBERDADE DE CONTRATAR E SUAS RESTRIÇÕES**

O princípio da autonomia privada constitui-se no principal alicerce do direito civil clássico, tendo por corolários, no âmbito do direito contratual, a força obrigatória dos contratos, a intangibilidade e relatividade dos seus efeitos e, principalmente, a liberdade de contratar. Consoante clássica lição, esta configura a liberdade de escolha no que tange a quando, o quê e com quem contratar, tendo-se à disposição o aparato estatal para fazer valer a avença.<sup>5</sup>

[Liberdade de contratar e liberdade contratual]

Tamanha é a amplitude atribuída a essa liberdade que se costuma subdividi-la em liberdade de contratar, abarcando a escolha sobre contratar ou não, e a liberdade contratual, referente à determinação dos termos do contrato. Nesta se incluiriam a possibilidade de escolher o conteúdo do contrato, o tipo contratual (ou elaborar um contrato atípico), a forma do pacto, a estrutura da contratação (unilateral, bilateral, plurilateral, mais de um contrato em coligação, utilização de contrato com fins indiretos), a eficácia do contrato, a sanção aplicável (cláusula penal, limitação do dever de indenizar), cláusula compromissória de arbitragem em caso de conflito, o direito aplicável ao contrato, entre outras cláusulas possíveis.<sup>6</sup>

[Dirigismo contratual]

No entanto, o processo de intervenção do Estado na economia, projetado nesta seara por meio do chamado *dirigismo contratual*, destacado no capítulo anterior, acabou por restringir significativamente esses espaços tradicionalmente atribuídos à liberdade de contratar. Para além das tradicionais exigências de licitude do objeto e adequação à ordem pública e aos bons costumes, que passam a ser ressignificadas à luz de valores solidaristas, o legislador passa a interferir de forma mais incisiva sobre a liberdade de contratar, eliminando-a por completo em certas situações.

[Proibição de contratar]

[Dever de contratar]

Esse é o caso das hipóteses de proibição de contratar, quando se criam condicionamentos sem os quais o exercício dessa liberdade é vedado aos particulares, como se costuma exemplificar com a alienação de bens indisponíveis, o contrato de trabalho sem carteira assinada e o contrato sem autorização estatal ou de terceiro quando essa for exigida. Ainda mais significativas são as hipóteses de imposição de dever de contratar, quando é afastada a liberdade de

recusar a contratação. Por exemplo, nos casos de existência de contrato preliminar, na concessão de serviços públicos (transporte, comunicação, água, luz), na existência de dever funcional (médico, advogado), no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório (DPVAT)<sup>7</sup> e na oferta de bens de consumo.

[Cláusulas vedadas ou compulsórias]

A proibição ou obrigação de contratar pode dar-se ainda de forma parcial, atingindo não a liberdade de contratar como um todo, mas somente certos aspectos da liberdade contratual. Assim, não é incomum que o legislador imponha a presença de certas cláusulas em contratos de seguro, de transporte e bancários, como a cobertura obrigatória de certos serviços, bem como proíba a previsão de outras cláusulas, como a chamada “venda casada” nas relações de consumo. Aduza-se, ainda, a restrição à liberdade de escolher a vigência do contrato e com quem contratar, nas hipóteses de transmissão ou renovação forçada do contrato, como ocorre nos casos de locação de imóvel urbano.

Para além desses exemplos pontuais de interferência do legislador sobre o alcance da liberdade de contratar, prioritário é ter em vista a ressignificação do próprio espaço da liberdade de contratar no ordenamento. O contexto axiológico no qual se insere o Código Civil, a partir da Constituição da República de 1988, altera, de forma radical, o sentido tradicionalmente atribuído à autonomia privada e à liberdade de contratar, que deixa de desfrutar da posição de prioridade de outrora para figurar ao lado dos demais princípios, submetida ao juízo de ponderação.

[Legitimidade da conquista de posições de vantagem]

Assim, não é possível abordar esse movimento, de maneira simplista e generalizante, somente como uma paulatina supressão dos espaços de liberdade. A liberdade de contratar continua a ser tutelada, de maneira que ainda se permite que as partes, na prática, concorram entre si na aquisição e manutenção de posições



prevalentes e de proteção, o que é da essência das relações negociais. O comprador deseja o menor preço, o vendedor, o maior, e não há como esperar que renunciem a tais interesses, que são da lógica do negócio. O que ocorre é a mitigação da prioridade absoluta de que desfrutava esse princípio, que passa a ser instrumentalizado à satisfação igualmente de outros valores constitucionais.

### 3. RELATIVIDADE DOS EFEITOS DO CONTRATO

A relatividade dos pactos, consagrada no aforismo latino *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*, foi considerada, ao longo dos séculos, como ontológica e logicamente ínsita à noção de vínculo obrigacional restrito às próprias partes. Uma vez que o fundamento de juridicidade do contrato se encontrava na vontade manifestada pelos contratantes, somente seria admissível que o pacto produzisse efeitos jurídicos sobre esses sujeitos, descabida qualquer repercussão sobre aqueles que não tivessem manifestado sua concordância.

[Partes e terceiros]

Assim, tomando por base o critério exclusivo da manifestação de vontade, os sujeitos se dividiam entre partes, sobre as quais recaíam os direitos e obrigações negocialmente estabelecidos, e terceiros, os quais, por exclusão, pertenciam a universo separado, imune aos efeitos do contrato. Esse modelo, no qual as repercussões do contrato permaneciam ilhadas das demais relações jurídicas, restou expresso na redação original do art. 1.165 do Código Civil francês (1804), segundo o qual “os contratos só têm efeito entre as partes contratantes; eles não prejudicam terceiros e não lhes geram benefícios [...]”. Embora não expresso no nosso ordenamento, o princípio da relatividade sempre foi tido como um princípio geral do direito contratual brasileiro.

Por conseguinte, para que o contrato pudesse vir a produzir efeitos junto a terceiros, seria necessário, em regra, que o terceiro em questão viesse a consentir, passando a integrar, portanto, o

universo contratual, por meio de sua manifestação de vontade. A única exceção a esta regra, reconhecida já no direito civil clássico, era a estipulação em favor de terceiro, em que se permite, em certas hipóteses, que um terceiro venha a adquirir direitos em virtude de contrato para o qual não consentiu, como se observará oportunamente.<sup>8</sup>

[Interesses não contratuais juridicamente relevantes]

No entanto, esse cenário transforma-se com o reconhecimento de que o contrato não pode ser concebido como uma ilha, indiferente às demais relações jurídicas que o cercam, devendo, ao revés, atuar como instrumento de desenvolvimento da pessoa humana e de efetivação do princípio constitucional de solidariedade social. Dessa forma, funcionalizado ao atendimento da principiologia constitucional, a interpretação do contrato torna-se permeável à consideração de interesses não contratuais juridicamente relevantes e mitiga-se a até então rígida barreira entre contratantes e não contratantes.

[Impacto da boa-fé e da função social do contrato]

Em primeiro lugar, ao lado dos próprios interesses patrimoniais, os contratantes devem respeitar os interesses socialmente relevantes alcançados pela órbita do contrato, por força da função social do contrato, como será observado no item 6 deste capítulo. Além disso, a disciplina contratual torna-se oponível a terceiros em função do princípio da boa-fé objetiva, o que assume especial relevância nos casos de danos provocados por terceiros a um dos contratantes (doutrina do terceiro cúmplice), como será analisado no [capítulo VIII](#). A relativização da relatividade, portanto, opera-se por duas vias. Enquanto a função social dos contratos determina a observância pelas partes de interesses extracontratuais socialmente relevantes, a boa-fé objetiva impõe aos contratantes e a terceiros o respeito a efeitos contratuais que, sendo de conhecimento público, tornam-se bem jurídico digno de proteção por toda a sociedade.<sup>9</sup>

#### 4. CONSENSUALISMO, FORÇA OBRIGATÓRIA E INTANGIBILIDADE DO CONTEÚDO DO CONTRATO

[*Pacta sunt servanda*]

A previsibilidade e estabilidade das relações contratuais, de maneira a garantir segurança jurídica para o livre jogo econômico das relações individuais, traduzem os objetivos e valores do contexto histórico liberal em que foi forjada a principiologia contratual clássica. Por conseguinte, ao lado da liberdade de contratar e da relatividade dos efeitos dos contratos, o consensualismo manifesta a proteção ao livre exercício da autonomia negocial, tutelando-se a vontade do contratante em contraponto à ameaça de intervenção. O *solus consensus obligat* constitui o coroamento, na modernidade, de que a palavra empenhada é suficiente para criar vínculo jurídico, prescindindo, em regra, de qualquer formalidade na expressão do consentimento ou mesmo da chancela estatal. Completa-se, afinal, com a força obrigatória do contrato, princípio fundamental do direito contratual, a exigir que os pactos sejam cumpridos. Sob o aforismo clássico *pacta sunt servanda*, construiu-se a noção de que “o contrato faz lei entre as partes”, emprestando ao fruto da autonomia negocial o mesmo efeito das determinações do legislador.<sup>10</sup>

[Obrigatoriedade do contrato sob novo fundamento]

No contexto contemporâneo, são máximas que já não têm a mesma força, pois sua relativização em razão da prioridade de outros valores afasta a equiparação então pretendida: o ato de autonomia somente será protegido enquanto merecedor de tutela e, dessa forma, ocupa papel no sistema estrutural e funcionalmente diverso da lei. No entanto, o consensualismo e a força obrigatória dos contratos continuam a ser relevantes princípios de direito contratual, não mais em razão de um fetichismo da palavra empenhada, mas em atendimento ao valor jurídico da confiança e à função social do contrato.

De fato, observada a obrigatoriedade como elemento constitutivo do próprio conceito de contrato, no capítulo anterior, seria contraditório pensar em um contrato completamente desprovido de obrigatoriedade. Portanto, a obrigatoriedade do contrato persiste como princípio fundamental, embora seu fundamento passe a se extrair não mais da vontade em si, mas dos interesses dignos de proteção a que se pode atender.

[Relativização da intangibilidade]

Estabelecidas tais regras hermenêuticas, que concretizam a obrigatoriedade dos pactos na experiência jurídica brasileira, percebe-se, de fácil, a relevância, para a interpretação do negócio jurídico, do princípio da intangibilidade, e sua repercussão no âmbito contratual. Na medida em que o contrato vincula os contratantes, o acordo torna-se intangível, ou seja, insuscetível de modificação por vontade unilateral de uma das partes ou por interferência externa. Somente o consenso dos contratantes, mediante deliberação bilateral, poderia alterar o conteúdo contratual.<sup>11</sup>

A intangibilidade do conteúdo contratual configura-se assim como pressuposto de cumprimento do papel social e político do contrato no contexto liberal, em atendimento à segurança e previsibilidade que devem pautar as relações jurídicas. Imunizado o contrato contra interferências externas, fica resguardada às partes a certeza de que os efeitos previstos na celebração do contrato serão os efeitos a se produzirem durante a sua execução.

No entanto, repise-se, o novo significado atribuído ao contrato pela ordem constitucional agrega à sua fundamentação outros imperativos além da estabilidade das relações. O equilíbrio entre essas exigências pode conduzir a que, em determinadas circunstâncias, o conteúdo do contrato seja reconstruído pelo intérprete, em sua atividade hermenêutica, de maneira a compatibilizá-lo com a principiologia que rege o direito contratual e condiciona o exercício da autonomia negocial.

[Intangibilidade do conteúdo contratual]

Dessa forma, são exemplos de relativização da intangibilidade do conteúdo do contrato a possibilidade da revisão, rescisão ou da resolução contratual, por lesão ou por excessiva onerosidade, em atendimento ao princípio do equilíbrio contratual, bem como o afastamento de cláusulas reputadas abusivas, o controle do exercício de direitos e a imposição de deveres não previstos pelas partes, com fundamento na boa-fé, na função social do contrato e na proteção dos vulneráveis. Nessa linha, o conteúdo do contrato pode ser determinado, na atividade hermenêutica, por uma conciliação entre fontes autônomas e heterônomas. Em outras palavras, na normativa contratual combinam-se as regras decorrentes do exercício da liberdade criativa das partes, que traduzem a autorregulamentação de seus interesses, com aquelas oriundas da intervenção legislativa e do dirigismo contratual, bem como, de forma mais ampla, direitos e deveres produzidos pela incidência direta da principiologia constitucional, como decorrência da funcionalização do contrato à realização do projeto constitucional.

## 5. BOA-FÉ

[Da boa-fé subjetiva à boa-fé objetiva]

O Código Comercial brasileiro, de 1850, em seu art. 131, referia-se à boa-fé como critério interpretativo dos contratos comerciais, mas o dispositivo, contudo, não obteve significativa relevância na jurisprudência pátria, merecendo apenas esparsa referência doutrinária.<sup>12</sup> De fato, até o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, o termo boa-fé era utilizado pelos tribunais brasileiros exclusivamente em sua acepção subjetiva, isto é, como desconhecimento de determinado vício jurídico; a indicar o estado psicológico do sujeito que, a despeito de atuar contrariamente à lei, merecia tratamento benéfico por conta da ausência de malícia caracterizada por sua crença ou suposição de estar agindo em conformidade com o direito. Era também neste sentido que o Código Civil de 1916 empregava o conceito, referindo-se, por exemplo, ao

possuidor de boa-fé como aquele que tem a posse de um bem sem consciência do vício ou obstáculo que lhe impede de adquirir o domínio sobre a coisa.<sup>13</sup>

A positivação da boa-fé como princípio da Política Nacional de Relações de Consumo, em 1990, deu fundamento legal à adoção, no Brasil, da noção de boa-fé objetiva conforme construída pelos tribunais alemães e italianos, a partir do § 242 do Código Civil alemão e do artigo 1.375 do Código Civil italiano. Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, desenvolveu-se, no direito brasileiro, a doutrina da boa-fé objetiva, inserida como princípio da política nacional de relações de consumo, a permear, em certa medida, o rol dos “direitos básicos do consumidor” (art. 6º, CDC). Também o art. 51, em matéria de práticas comerciais abusivas, vale-se da boa-fé objetiva, declarando nulas as obrigações que fossem com ela incompatíveis.

A boa-fé objetiva aparece, assim, a partir de então, como cláusula geral que, assumindo diferentes feições, impõe às partes o dever de colaborarem mutuamente para a consecução dos fins perseguidos com a celebração do contrato. Embora até o advento do Código Civil de 2002 fosse prevista apenas no Código Comercial e no Código de Defesa do Consumidor, já se operava sua ampla aplicação às relações empresariais, por obra da jurisprudência e da doutrina.

[Incorporação pelo Código Civil de 2002]

Nessa vertente, previu o Código Civil a boa-fé como princípio incidente sobre todas as relações jurídicas, no âmbito da teoria geral, *ex vi* do art. 113 (“Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”); e, especificamente do direito contratual, consoante o art. 422 (“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”), apto a produzir efeitos na fase pré-contratual, durante o contrato e mesmo após a consumação dos efeitos contratuais (eficácia pós-contratual).

Como se vê, os preceitos não se referem à boa-fé subjetiva, como estado de consciência, mas à concepção de boa-fé que, desvinculada de elementos subjetivos, exige comportamentos objetivamente adequados aos parâmetros de lealdade, honestidade e colaboração para o alcance dos fins perseguidos na relação obrigacional.

[Cláusula geral de boa-fé]

Por se tratar de cláusula geral,<sup>14</sup> nenhum desses diplomas estabeleceu parâmetros específicos que servissem de auxílio na determinação de seu conteúdo. A tarefa foi deixada à discricionariedade do julgador, a quem cabe analisar, na situação concreta, a partir do comportamento esperado em cada campo específico de atividade, a honestidade e a lealdade compatíveis com o regulamento de interesses. Daí a importância de se buscar definir, em doutrina, os contornos dogmáticos da boa-fé objetiva, em especial as suas funções e os seus limites, a partir da previsão dos arts. 113 e 422 do Código Civil.

[Tríplice função]

Nessa perspectiva, a doutrina brasileira, na esteira dos autores estrangeiros,<sup>15</sup> atribui à boa-fé tríplice função: (i) função interpretativa; (ii) função restritiva do exercício abusivo de direitos; e (iii) função criadora de deveres anexos.<sup>16</sup>

Na primeira função, a boa-fé apresenta-se como critério hermenêutico, exigindo que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie o sentido mais conforme ao escopo econômico perseguido pelas partes, em detrimento de soluções que, valendo-se por vezes de imprecisão ou ambivalência linguística do instrumento contratual, acabam por oferecer vantagem para uma das partes em detrimento da finalidade comum.<sup>17</sup> A chamada Lei da liberdade econômica (Lei 13.784/19) minudenciou a atuação hermenêutica da boa-fé – por vezes de forma tautológica – destacando a importância da coerência entre a interpretação e o comportamento adotado pelas partes na

execução do contrato, apto a criar legítimas expectativas na sua continuidade, bem como da sensibilidade ao contexto negocial dos envolvidos, seja quanto aos usos e costumes daquele meio, seja quanto à racionalidade e às informações de que tinham acesso a partir do tipo de relação estabelecida (consumo, empresarial etc.).

[Especializações funcionais]

No que tange à segunda função indicada, a boa-fé atua como limite negativo ao exercício de direitos, de modo a impedir, no âmbito dos contratos, o exercício irregular ou abusivo de posições contratuais. Tal função da boa-fé foi incorporada no art. 187 do novo Código Civil, que inclui a boa-fé como um dos parâmetros do controle de abusividade.<sup>18</sup> Sob esta função, a doutrina desenvolveu parâmetros específicos para hipóteses de sua aplicação, referidas como especializações funcionais ou figuras parcelares, tais como *venire contra factum proprium*, *supressio* e *surrectio* e *tu quoque*, nos quais se individualiza a construção da confiança por meio dos atos próprios, da reiteração de condutas, de imperativos de reciprocidade ou ainda do cumprimento significativo de parte da prestação. Essas figuras contribuem para uma atividade interpretativa mais claramente fundamentada e voltada a dar concretude à aplicação do princípio da boa-fé em conjugação com o abuso do direito.

O (*nemo potest*) *venire contra factum proprium* (“ninguém pode vir contra fato próprio”) configura proibição de comportamento contraditório, reputando abusiva, por contrariedade à boa-fé, a conduta do contratante que, depois de ter se comportado de determinada forma, criando na outra parte uma expectativa legítima, pretende adotar comportamento oposto, frustrando a confiança despertada.<sup>19</sup> Seria o caso, por exemplo, do contratante que, tendo executado fielmente suas obrigações por mais da metade da vigência do contrato, alega a nulidade de cláusula somente quando cobrado judicialmente por parcelas não pagas.<sup>20</sup>

Forma peculiar de contradição de comportamento caracteriza o *tu quoque* – cuja denominação tem origem na reação indignada de Julio



Cesar, tal qual descrito na literatura por Shakespeare, à participação de seu filho adotivo Brutus no seu assassinato (*tu quoque brute fili mi*). Com esta imagem, retrata-se a conduta reputada abusiva e violadora da boa-fé em razão da quebra de reciprocidade: veda-se que o contratante invoque contra o outro a cláusula que ele mesmo anteriormente descumpriu ou a nulidade a que deu causa.<sup>21</sup> É o caso, por exemplo, da locadora que pretendeu a desconstituição do distrato que ela própria redigiu alegando a ausência da forma exigida.<sup>22</sup>

A *suppressio* (“supressão”) consiste na impossibilidade de exercício de um direito em razão de seu reiterado não uso, criando na outra parte uma legítima expectativa de renúncia.<sup>23</sup> A jurisprudência recente aplicou ao caso do profissional que pretendia retribuição pelo uso de seu nome após ter tolerado a utilização por quase duas décadas.<sup>24</sup> Sob a perspectiva inversa, fala-se de *surrectio* (ou *Erwirkung*, “obtenção”), que seria a constituição do direito a persistir a realizar determinada conduta repetidamente tolerada, direito que já seria tido como presente na efetividade social.<sup>25</sup> Nos tribunais, em controvérsia sobre se determinado contrato constitui locação ou comodato, a *surrectio* foi aplicada para atribuir ao utente o direito a continuar a servir-se de balsa alheia sem contraprestação, em razão de a proprietária da balsa ter se absterido de cobrar aluguéis por sete anos.

[Deveres anexos]

Ao lado desse segundo papel, a boa-fé constitui-se ainda em fonte criadora de deveres anexos à prestação principal, além dos deveres específicos estabelecidos no instrumento contratual. Trata-se dos deveres de lealdade, de honestidade, de transparência e de informação, dentre outros, exigidos dos contratantes de acordo com as peculiaridades de cada regulamento contratual, no sentido de otimizar o desempenho das prestações da contraparte.<sup>26</sup> Tal função da boa-fé objetiva, embora menos aparente no Código Civil, pode ser, em conformidade com a melhor doutrina e à semelhança da

interpretação atribuída ao §242 do BGB, deduzida do já transcrito artigo 422 do diploma brasileiro.

A rigor, as três funções apontadas acima poderiam ser reduzidas a apenas duas: (i) a função interpretativa dos contratos e (ii) a função criadora de deveres anexos.<sup>27</sup> Tecnicamente, são estes deveres anexos, que formando o núcleo da cláusula geral de boa-fé, se impõem ora de forma positiva, exigindo dos contratantes determinado comportamento, ora de forma negativa, restringindo ou condicionando o exercício de um direito previsto em lei ou no próprio contrato.

De toda forma, os deveres anexos não têm fundamento na vontade pura dos contratantes, mas nas exigências de lealdade e transparência nos contatos sociais.<sup>28</sup> Dessa forma, são deveres capazes de sobreviver à ineficácia do negócio, de incidir além do período contratual, abrangendo os períodos pré e pós-contratuais e de atingir terceiros.<sup>29</sup> Sua configuração não pode ser determinada em abstrato, *a priori*, pressupondo, ao invés, um diálogo hermenêutico com as circunstâncias específicas do caso concreto.

#### [Vinculação dos deveres à função do contrato]

Tais deveres anexos, todavia, não incidem de modo ilimitado ou de forma a privilegiar uma das partes contratantes em detrimento de outra. Não se poderia supor que a boa-fé objetiva criasse, por exemplo, dever de informação apto a exigir de cada contratante esclarecimentos acerca de todos os aspectos da sua atividade econômica ou de sua vida privada, a ponto de extrapolar o objeto do contrato. Assim, se é certo que o vendedor de um automóvel tem o dever – imposto pela boa-fé objetiva – de informar o comprador acerca do histórico de utilização do veículo, não tem, por certo, o dever de prestar ao comprador esclarecimentos sobre sua preferência partidária, sua vida familiar, orientação sexual ou seus hábitos cotidianos, ainda que tais informações, do ponto de vista subjetivo, pudessem ter importância crucial para o comprador. O dever de informação assim concebido mostrar-se-ia não apenas exagerado, mas desprovido de conexão funcional com as prestações

contratuais. Faz-se necessário, portanto, vincular o dever de informação e demais deveres anexos à otimização do desempenho das obrigações assumidas pelos contratantes, evitando-se banalizar ou inviabilizar a aplicação da cláusula geral de boa-fé.<sup>30</sup>

Nessa direção, há de se ter em conta a vontade declarada dos contratantes, que expressa os interesses protegidos pelo contrato e as finalidades perseguidas pelo instrumento contratual, de tal modo que a boa-fé objetiva não importa em sacrifício de posições individuais de uma parte em favor da contraparte, visando ao reverso compatibilizar os recíprocos e contrastantes interesses. Em outras palavras, é da essência das relações negociais que cada contratante busque fazer prevalecer o seu próprio interesse. A boa-fé, seja por meio da imposição positiva de deveres anexos, seja por meio da proibição de exercer abusivamente os direitos contratuais, não implica renúncia a tais direitos ou às situações de preponderância que possam vir a ocorrer no curso da relação obrigacional.<sup>31</sup>

Sustentar o contrário traduz puro romantismo, do qual as relações patrimoniais e a prática contratual não se compadecem.<sup>32</sup> A concorrência por posições prevalentes e a disputa em favor de interesses contrapostos é inerente a qualquer negócio jurídico. E se é certo que, em relações de consumo, o direito deve atuar de forma protetiva, em atenção à vulnerabilidade do consumidor, utilizando-se dos mecanismos próprios para reequilibrar a relação entre as partes, há que se reconhecer igualmente que, nas relações paritárias, o direito não vem proteger uma das partes, mas exigir de ambas atuação honesta e leal (eis o que reclama a boa-fé objetiva), sempre em conformidade com os valores consagrados pelo ordenamento civil-constitucional.

[Incidência da boa-fé além dos contratantes]

Por outro lado, o princípio da boa-fé objetiva, informado pela solidariedade constitucional, por não se limitar ao domínio do contrato, alcança todos os titulares de situações jurídicas subjetivas e patrimoniais, vinculando-os ao respeito de posições contratuais, suas ou de terceiros. Dessa forma, ao incidir em relações

extracontratuais, impõe dever legal de abstenção a terceiros, de modo a impedir-lhes a interferência em relação a que são estranhos. Fundamenta-se, assim, no dever legal imposto pela boa-fé objetiva a proteção do crédito em face de terceiros. Portanto, aquele que conscientemente contribui para o inadimplemento de relação contratual de que não faz parte responde pela violação de conduta imposta pela boa-fé objetiva. Verifica-se, assim, mais uma vez, a mitigação do princípio da relatividade em sua concepção clássica, com vistas a coibir conduta danosa do não contratante que, tendo ciência do tecido contratual, provoca ou contribui para o inadimplemento contratual. Essa responsabilidade deve se basear no dever legal imposto pela boa-fé objetiva, a qual acaba por expandir a terceiros os efeitos da contratação.

## **6. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO**

Os legítimos interesses individuais dos titulares da atividade econômica só merecerão tutela (isto é, só serão tutelados pelo ordenamento jurídico) na medida em que interesses socialmente relevantes, posto que alheios à esfera individual, venham a ser igualmente tutelados. A proteção dos interesses privados justifica-se não apenas como expressão da liberdade individual, mas em virtude da função que desempenha para a promoção de posições jurídicas externas, integrantes da ordem pública contratual. Vincula-se, assim, a proteção dos interesses privados ao atendimento de interesses sociais a serem promovidos no âmbito da atividade econômica (socialização dos direitos subjetivos).

[Função como elemento interno e razão justificativa da autonomia contratual]

Por isso, a função consiste em elemento interno e razão justificativa da autonomia contratual. Não para subjugar a iniciativa privada a entidades ou elementos institucionais supraindividuais, mas para instrumentalizar as estruturas jurídicas aos valores do ordenamento, permitindo o controle dinâmico e concreto da atividade privada. O recurso à função revela o mecanismo dinâmico de

vinculação das estruturas do direito, em especial dos fatos jurídicos, dos centros de interesse privado e de todas as relações jurídicas aos valores da sociedade consagrados pelo ordenamento, a partir de seu vértice hierárquico, o Texto Constitucional.

[O art. 421 do Código Civil]

[O debate sobre a função social]

Positivou o Código Civil, na conhecida dicção de seu art. 421, o princípio da função social do contrato. No entanto, ainda hoje a interpretação desse dispositivo é permeada pela polêmica sob a qual o tema da função social se desenvolveu no Brasil. Embora introduzido no ordenamento jurídico pela Constituição da República de 1946, por meio da função social da propriedade, e há mais de cinquenta anos fosse objeto de estudo por parte da doutrina italiana, por muito tempo, na experiência brasileira, o princípio permaneceu associado à ciência política ou ao plano metajurídico. Com efeito, a função social, sob a ótica individualista que caracterizou as codificações oitocentistas, não se configurava em princípio jurídico, mas traduzia-se em postulado metajurídico, o qual correspondia, em matéria contratual, ao papel que o contrato deveria desempenhar no fomento às trocas e à prática comercial como um todo. Com a sua introdução no Código Civil – e à parte as críticas à redação do dispositivo, que suscitou até mesmo projeto de lei para a sua revisão –, surgiram diversas correntes de pensamento acerca do conteúdo e alcance da função social do contrato, destacando-se três principais posições, no panorama do direito privado brasileiro, que buscaram delimitar o conteúdo e alcance do instituto.

[Esvaziamento da importância da função social]

A primeira delas sustenta que a função social do contrato não é dotada de eficácia jurídica autônoma, sendo espécie de orientação de política legislativa que revela sua importância em diversos institutos que, como expressão da função social, autorizam ou justificam soluções normativas específicas, tais como a resolução

por excessiva onerosidade (CC, art. 478), a lesão (CC, art. 157), a conversão do negócio jurídico (CC, art. 170), a simulação como causa de nulidade (CC, art. 167), e assim por diante. Tal entendimento, apesar do respeito que merecem seus fautores, acaba por reduzir a relevância prática da função social. Esta se expressaria por meio de institutos já positivados no ordenamento, restando desprovida, por isso mesmo, de eficácia jurídica autônoma. Desse modo, acabar-se-ia interpretando a Constituição à luz do Código Civil, vale dizer, o princípio constitucional da função social à luz da disciplina dos diversos institutos codificados que definiriam o seu conteúdo.

[Desvirtua-mento da função social]

A segunda corrente de pensamento afirma que a função social traduz o valor social das relações contratuais, enaltecendo a sua importância na ordem jurídica. Tal concepção, nesta esteira, concebe a função social do contrato como forma de assegurar a proteção do contratante mesmo em face de terceiros, alçando-a a fundamento de tutela na violação contratual provocada por terceiro cúmplice. Dito por outras palavras, a função social do contrato imporia aos terceiros o dever de colaborar com os contratantes, de modo a respeitar a situação jurídica creditória anteriormente constituída da qual têm conhecimento. A construção, embora inegavelmente sedutora, acaba por transformar a função social em instrumento de constituição de direitos, não já de deveres, para os contratantes, o que desvirtua a perspectiva funcional em que o contrato deve ser inserido.

A partir de tal crítica, a terceira linha de entendimento propõe que a função social do contrato seja fonte de deveres jurídicos. Informada pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da República –; da igualdade substancial (art. 3º, III); e da solidariedade social (art. 3º, I) – objetivos da República –, a função social impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente relevantes alcançados pelo contrato. De outra parte, por conta dos

princípios constitucionais que a informam, a função social torna-se fundamento e limite interno que define o conteúdo da liberdade de contratar na concreta relação jurídica em que se insere.

[Crítica à associação com o autoritarismo]

Tal visão costuma gerar reações de duas espécies. A primeira associa esta perspectiva funcional a ideologias coletivistas autoritárias, que vincularam, em cenários políticos não democráticos, a iniciativa privada a interesses estatais ou institucionais supra individuais. Entretanto, a noção constitucional de função não tem qualquer ponto de contato com aceção desse jaez. Não instrumentaliza os interesses individuais a entidade ou interesse supraindividual, mas à plena realização de interesses sociais e existenciais destinados à promoção da pessoa humana.

[Crítica à invocação de uma garantia pré-legislativa]

A segunda objeção a tal perspectiva de funcionalização das situações jurídicas subjetivas decorre da compreensão, anteriormente aludida, da autonomia privada como garantia pré-legislativa, apenas reconhecida pelo constituinte, como tradução das liberdades individuais. Em consequência de tal entendimento, as restrições à liberdade de contratar não seriam inerentes ao negócio, fundamento da tutela contratual, mas, ao contrário, seriam sempre externas, contrapondo-se à liberdade individual tão somente os limites de ordem pública. Nesta ótica individualista, uma vez respeitados os limites externos pontuais fixados pelo Estado-legislador, a atividade contratual poderia desenvolver-se livre de qualquer restrição ou condicionamento. Ou seja, uma vez considerado válido o ato jurídico – porque não colidente com as normas imperativas de intervenção – os contratantes disporiam de uma espécie de salvo-conduto, que lhes daria a prerrogativa de exercer a liberdade contratual em termos qualitativamente absolutos, embora quantitativamente delimitados.

Ambas as objeções não colhem. Na legalidade constitucional, a função social definirá a estrutura dos poderes dos contratantes no caso concreto, e será relevante para se verificar a legitimidade de certas cláusulas contratuais que, embora lícitas, sacrificam interesses externos à estrutura contratual – cláusulas de sigilo, de exclusividade e de não concorrência, dentre outras. Em consequência, nos termos do art. 421 do Código Civil, toda situação jurídica patrimonial, integrada à relação contratual, deve ser considerada originariamente justificada e estruturada em razão de sua função social. Tal como no caso da propriedade, opera-se a transformação qualitativa do contrato, que passa a consubstanciar instrumento para a concretização das finalidades constitucionais.<sup>33</sup> Em definitivo, a função social – elemento interno do contrato – impõe aos contratantes a obrigação de perseguir, ao lado de seus interesses privados, interesses extracontratuais socialmente relevantes, assim considerados pelo legislador constitucional, sob pena de não merecimento de tutela do exercício da liberdade de contratar.

A chamada Lei de liberdade econômica (Lei 13.874/19) nada contribuiu para a objetivação da noção de função social, limitando-se a substituir “liberdade de contratar” por “liberdade contratual”, suprimir do disposto do art. 421 do Código Civil a sua qualificação não apenas como limite, mas como razão da liberdade de contratar, e a acrescentar desnecessário parágrafo único em que preconiza o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. A supressão afigura-se inócua, haja vista que a funcionalização da liberdade contratual é decorrência da sistemática constitucional, e continuará a função social a atuar não apenas como limite externo, mas também como limite interno dessa liberdade, de modo a condicionar seu merecimento de tutela. Da mesma forma, o parágrafo único inspira-se na superada concepção de liberdade exercida no vazio, sem reconhecer que a intervenção estatal, quando cabível, é requisito e não obstáculo ao exercício de genuína liberdade. Com a mera consagração da excepcionalidade da intervenção – que já corresponde à realidade jurisprudencial – perdeu-se a oportunidade de oferecer critérios ao intérprete, de



modo a debelar o verdadeiro perigo, que não é o excesso de intervenção, mas a incerteza quanto aos seus pressupostos.

Em síntese apertada, o debate acerca do conteúdo e do papel da função social do contrato no ordenamento jurídico brasileiro se insere no âmbito deste processo de funcionalização dos fatos jurídicos, impondo-se ao intérprete verificar o merecimento de tutela dos atos de autonomia privada, os quais encontrarão proteção do ordenamento se – e somente se – realizarem não apenas a vontade individual dos contratantes, perseguida precipuamente pelo regulamento de interesses, mas, da mesma forma, os interesses extracontratuais socialmente relevantes vinculados à promoção dos valores constitucionais.

## **7. EQUILÍBRIO CONTRATUAL E PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS**

[Solidariedade social e justiça contratual]

A opção constitucional pelo objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), projeta-se, enfim, no atendimento a imperativos de justiça e proporcionalidade no âmbito do direito contratual. A força obrigatória do contrato e a intangibilidade do seu conteúdo são temperadas pela exigência de que as relações contratuais não se tornem um microcosmos indiferente às situações de desigualdade fática.

Embora a igualdade substancial, de raiz constitucional, não possa impor a equivalência de prestações, ela veda desproporções excessivas e injustificadas, demandando uma proporcionalidade entre as obrigações assumidas pelos contratantes que é não apenas quantitativa, quando entre elementos homogêneos e quantificáveis, mas também qualitativa, diante de interesses não quantificáveis.<sup>34</sup> A justiça contratual manifesta-se, assim, na imposição de um equilíbrio entre prestações, direitos e interesses que não se pauta pela igualdade formal, mas pela adequada proporção entre posições

jurídicas livremente negociadas entre as partes e merecedoras de tutela.

[Autonomia do princípio do equilíbrio contratual]

Nesse sentido, costuma-se falar do princípio de equilíbrio contratual, que garante uma mínima corresponsabilidade entre as prestações, especialmente por meio de institutos como a lesão, a revisão judicial e a resolução por onerosidade excessiva. Deve-se observar, contudo, que o princípio não se limita à mera inspiração de institutos específicos: trata-se de norma autônoma, que extravasa as hipóteses regulamentadas expressamente pelo legislador.<sup>35</sup>

Assim, para além de permear a hermenêutica de institutos como a lesão usurária, a lesão consumerista, a lesão como causa de anulabilidade e a onerosidade excessiva no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, garantindo a unidade sistemática dessas figuras, o princípio do equilíbrio contratual é relevante vetor hermenêutico em outras hipóteses, como o controle de cláusulas leoninas e abusivas, a redução equitativa da cláusula penal e outras situações não previstas pelo legislador.

Novamente, a oxigenação da hermenêutica contratual por parte dos princípios inspirados na solidariedade social impõe a retirada do contrato do plano abstrato e o exame minucioso da relação efetivamente estabelecida entre as partes. Não se trata de proteger a liberdade formal do contratante ideal, mas de efetivar a tutela do contratante concreto, em atendimento à proteção prioritária de sua dignidade.

Assim, reconhecida a desigualdade fática entre os contratantes, a imposição, pelo direito, de uma relação equilibrada envolve assegurar proteção diferenciada à parte mais frágil. O princípio da dignidade da pessoa humana, nessa esfera, exige a tutela daquele que, ao contratar, encontra-se em situação de vulnerabilidade, cujo principal exemplo – embora não seja o único, destaque-se – é o das relações de consumo.

[Proteção da parte vulnerável]

A proteção especial conferida ao consumidor é apenas um capítulo especial da exigência constitucional de justiça e proporcionalidade nas relações contratuais, isto é, da conjugação dos princípios da isonomia substancial, da solidariedade social e, principalmente, da dignidade da pessoa humana, para assegurar a proteção dos vulneráveis, na relação concreta em que se encontrem.

## PROBLEMA PRÁTICO

O contratante que, em lugar de assinar fisicamente a nota promissória, lança sua assinatura escaneada, pode posteriormente alegar a sua invalidade para impedir que ela produza efeitos?



**Acesse o QR Code e assista à aula explicativa sobre este assunto.**

> <https://uqr.to/ntj1>

- **Vide Casoteca**

- 
- 1 Paulo Luiz Netto Lôbo, *Direito civil: contratos*, São Paulo: Saraiva, 2006, 2ª ed., p. 54.
  - 2 Teresa Negreiros, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 2ª ed., p. 492.
  - 3 Antônio Junqueira de Azevedo, Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual, *Estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 40.
  - 4 Luiz Edson Fachin, *Direito civil: sentidos, transformações e fim*, Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 62.
  - 5 Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, vol. III, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1962, 4ª ed., p. 19.
  - 6 Pitero Perlingieri, *Manuale de diritto civile*, Napoli: ESI, 1997, pp. 350-351.
  - 7 A Medida Provisória 904/2019, que pretendia a extinção do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres – DPVAT e do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Embarcações ou por suas Cargas – DPEM, foi suspensa pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por decisão liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.262, em 20 de dezembro de 2019, e encerrou sua vigência em 20 de abril de 2020, pelo decurso do prazo sem sua conversão em lei pelo Congresso Nacional (Ato do Presidente da mesa do Congresso Nacional n. 28, de 2020).
  - 8 O tema será objeto de estudo no capítulo VIII.
  - 9 Essas transformações não passaram despercebidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Reconhece a Corte que “o tradicional princípio da relatividade dos efeitos do contrato (*res inter alios acta*), que figurou por séculos como um dos primados clássicos do Direito das Obrigações, merece hoje ser mitigado por meio da admissão de que os negócios entre as partes eventualmente podem interferir na esfera jurídica de terceiros – de modo positivo ou negativo –, bem assim, têm aptidão para dilatar sua eficácia e atingir pessoas alheias à relação inter partes. As mitigações ocorrem por meio de figuras como a doutrina

do terceiro cúmplice e a proteção do terceiro em face de contratos que lhes são prejudiciais, ou mediante a tutela externa do crédito” (STJ, 2ª T., REsp 468.062, Rel. Min. Humberto Martins, julg. 11.11.2008).

- 10 J. M. de Carvalho Santos, *Código civil brasileiro interpretado*, vol. XV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975, 8ª ed., p. 22.
- 11 Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 2009 (1959), 26ª ed., p. 39.
- 12 Clóvis Couto e Silva, *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 37.
- 13 Lacerda de Almeida, *Direito das coisas*, Rio de Janeiro, J. Ribeiro Santos, 1908, pp. 217-218.
- 14 Sobre o tema, cf. Judith Martins-Costa, *A boa fé no direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, *passim*.
- 15 Franz Wieacker, *El principio general de la buena fé*, trad. espanhola de Jose Luis de los Mozos, Madrid, Civitas, 1976, cap. IV.
- 16 V., sobre o tema, Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, 4ª ed.; Antonio Junqueira de Azevedo, Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: Estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 18, 1996, p. 23 e ss.
- 17 Maria Costanza, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano: Giuffrè, 1989, *passim*.
- 18 Dispõe o Código Civil: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Do ponto de vista técnico, o ato ilícito não se identifica com o abusivo. As consequências são diferenciadas em um e outro caso. Quando o contratante exerce conduta não autorizada por qualquer norma jurídica, desta conduta resultando violação a dever anexo imposto pela boa-fé, ocorre tecnicamente *ato ilícito*. Ao revés, quando o contratante exerce conduta autorizada pela lei ou pelo contrato, mas, com este exercício, viola deveres anexos impostos pela boa-fé, ocorre ato abusivo. As figuras, a despeito do que sugere a redação do art. 187, não se confundem. Sobre o assunto, v. o capítulo 17 do volume 1.

- 19 Sobre o tema, Anderson Schreiber, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, São Paulo: Atlas, 2016, 4ª ed., p. 123 e ss.
- 20 STJ, 3ª T., REsp 1692763/MT, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. p/acórdão Min. Nancy Andrighi, julg. 11.12.2018, publ. DJe 19.12.2018.
- 21 Antonio Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, Coimbra: Almedina, 1997, p. 837 e ss.
- 22 STJ, 4ª T., REsp 1040606/ES, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 24.4.2012, publ. DJe 16.5.2012.
- 23 Marcelo Dickstein, *A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: surrectio e supressio*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 113 e ss
- 24 STJ, 3ª T., REsp 1520995/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 13.6.2017, publ. DJe 22.6.2017.
- 25 Antonio Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 816.
- 26 Antonio Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, Coimbra: Almedina, 1997, p. 605 e ss.
- 27 Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, *Revista da EMERJ*, vol. 6, Rio de Janeiro, 2003, p. 146.
- 28 Referindo-se ao “mal-estar que rodeia a doutrina destes deveres” em virtude das dificuldades de sua classificação nos rigorosos parâmetros da dogmática tradicional, Manuel A. Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de proteção*, Coimbra: Coimbra, 1994, p. 47
- 29 Jorge Cesa Ferreira da Silva, *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 102.
- 30 Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, *Revista da EMERJ*, vol. 6, Rio de Janeiro, 2003.
- 31 Mostra-se clara nesta direção a evolução da doutrina italiana que tem se ocupado do princípio da boa-fé objetiva: “(...) *all’esigenza di solidarietà, di cui è espressione l’obbligo di buona fede, si contrappone la necessità di lasciare una certa libertà di manovra agli interessi in lotta, libertà di procurarsi e mantenere posizioni di vantaggio*” (Cesare

Pedrazzi, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano: Giuffré, 1955, p. 206. Corroborando a afirmação, Guido Alpa, Responsabilità precontrattuale, *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXVII, Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, p. 5). Em tradução livre: “À exigência de solidariedade, da qual é expressão o dever de boa-fé, contrapõem-se a necessidade de deixar uma certa liberdade de manobra aos interesses em luta, liberdade de perseguir para si e manter posições de vantagem.”

- 32 A advertência é de Antônio Junqueira de Azevedo, Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos, *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 1, vol. 1, 2000, p. 8: “(...) daí até mesmo uma visão talvez excessivamente romântica, de que os contratantes devem colaborar entre si”.
- 33 Gustavo Tepedino; Heloisa Helena Barboza; Maria Celina Bodin de Moraes *et al.*, Código civil interpretado conforme a *Constituição da República*, vol. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 10.
- 34 Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli: ESI, 1997, pp. 347-348
- 35 Anderson Schreiber, O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão. In: *Direito civil e constituição*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 131. Sobre o tema, v. o aprofundamento do autor em *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, São Paulo: Saraiva, 2018, *passim*. V. ainda Rodrigo Toscano de Brito, *Equivalência material dos contratos*, São Paulo: Saraiva, 2007.





## *Capítulo IV*

# **ELEMENTOS E REQUISITOS DO CONTRATO**

SUMÁRIO: 1. Elementos subjetivo, objetivo, formal e causal – 2. A manifestação de vontade e a relativização do seu papel – 3. Situações jurídicas subjetivas e seus titulares – 4. O objeto do contrato – 5. A causa do contrato – 6. A forma do contrato – Problema prático.

## **1. ELEMENTOS SUBJETIVO, OBJETIVO, FORMAL E CAUSAL**

[Perfil estrutural do contrato]

Entende-se por elementos as partes integrantes do conceito que se pretende definir. Já os requisitos são os predicados ou qualidades exigidas por determinado conceito, enquanto pressupostos são fatos jurídicos precedentes e indispensáveis ao conceito analisado. No caso dos contratos, torna-se indispensável conhecer seus elementos essenciais e requisitos de validade. A funcionalização dos contratos, priorizando o exame do perfil funcional e o reconhecimento da instrumentalidade dos institutos de direito contratual para o atendimento dos preceitos constitucionais, não implica abrir mão do estudo de seu perfil estrutural. Assim, compreendido o significado e o alcance da liberdade contratual à luz de sua função, é necessário

ainda analisar os elementos que compõem sua estrutura. Nessa linha, qualificado o contrato como espécie de negócio jurídico, a análise dos seus elementos reconduz à teoria geral do negócio jurídico, observadas, contudo, as peculiaridades do negócio contratual – bilateralidade, patrimonialidade e obrigatoriedade –, examinadas no [capítulo I](#). Deve-se ter em mente, todavia, a possibilidade de que práticas sociais merecedoras de tutela possam receber a incidência da normativa contratual a despeito de não apresentarem os requisitos tradicionalmente impostos aos negócios jurídicos, como é o caso da atividade contratual sem negócio jurídico fundante, objeto de exame no [capítulo II](#).

Nessa perspectiva, a constituição da estrutura do contrato tradicionalmente envolve a presença, para além da manifestação de vontade, dos elementos subjetivo, objetivo e formal, adicionando a estes, eventualmente, o elemento causal.<sup>1</sup> Esses elementos, todavia, devem se submeter a controle de validade, para verificar não somente sua presença no caso em exame, mas igualmente que tais elementos estão dotados dos predicados aptos a tornar o negócio merecedor de tutela pelo ordenamento. A matéria foi objeto de exame minucioso no volume I, mas cumpre, neste capítulo, revisitá-la à luz das características próprias da figura do contrato.

## **2. A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE E A RELATIVIZAÇÃO DO SEU PAPEL**

[Centralidade da vontade sob o paradigma liberal]

[Manifestação de vontade expressa, tácita, presumida e ficta]

Tradicionalmente, o centro da estrutura do contrato encontrava-se no acordo de vontades. Como observado no [capítulo II](#), a perspectiva liberal individualista indicava a manifestação de vontade não apenas como elemento fundamental para a existência de qualquer tipo de negócio jurídico, mas, acima disso, a vontade constituía-se no próprio fundamento de juridicidade do negócio. Sob

essa perspectiva, o contrato extrairia do acordo de vontades seu elemento constitutivo mais fundamental, bem como a razão para que as partes ficassem vinculadas a seus termos. O paradigma em questão impunha a recondução das diversas formas de construção do contrato à figura da manifestação da vontade, construindo, ao lado da manifestação expressa, as categorias da manifestação tácita, presumida e mesmo ficta. Assim, reputa-se tácito o consentimento produzido por uma manifestação de vontade cujo conteúdo não seja diretamente dirigido aos efeitos do contrato, mas indiretamente permita inferir a vontade de contratar, como ocorre, por exemplo, quando a partir do recebimento da proposta o seu destinatário inicia a execução do contrato, ainda que sem aceitá-la expressamente antes, no que se costuma referir por comportamento concludente ou atuativo. Presumida será a manifestação quando a lei a infere de comportamento ou omissão da parte, como ocorre na hipótese de assunção de dívida hipotecária. O silêncio, em regra, não pode ser interpretado como aquiescência, especialmente quando desacompanhado de qualquer comportamento concludente, mas em determinadas circunstâncias pode configurar hipótese de presunção de vontade, caso em que se fala de silêncio circunstanciado.<sup>2</sup> Já no regime anterior se destacava como “o princípio de solidariedade social impõe ao homem, em dadas circunstâncias, o dever de agir e de falar, de modo que o silêncio, em tais momentos, implica necessariamente na produção de efeitos ponderosos”<sup>3</sup>, entendimento que foi consagrado pelo Código Civil de 2002 ao determinar, no seu art. 111, que “o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”. Por fim, construiu-se a figura da manifestação de vontade ficta, quando reconhecidamente não há qualquer manifestação de vontade, mas a lei autoriza ainda assim a conclusão do contrato em virtude da relevância dos interesses em jogo, como ocorre com a doação feita a absolutamente incapaz.

Reconhecendo-se, todavia, que o ato de autonomia não é um valor em si, mas somente quando idôneo à realização de interesses merecedores de tutela, a manifestação de vontade perde sua centralidade na normativa contratual, especialmente deixa de ser seu

fundamento de obrigatoriedade, mas continua a representar o momento dinâmico da relação jurídica e cerne da estrutura dos negócios jurídicos.<sup>4</sup>

### **3. SITUAÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS E SEUS TITULARES**

[Sujeito contratante × titular da situação jurídica subjetiva]

[“Contrato consigo mesmo”]

Reconduzido à categoria do negócio jurídico, o elemento subjetivo componente do contrato se refere às situações jurídicas subjetivas, contrapostas e complementares, que concorrem para a formação do vínculo. Como observado no volume I, é possível que a relação jurídica se constitua sem a presença de sujeito efetivo e atual como titular de cada situação jurídica, como ocorre, por exemplo, nos títulos ao portador. No âmbito dos contratos, são comuns as situações em que se altera o titular das posições jurídicas sem mudança no conteúdo do contrato, como a cessão de posição contratual e o contrato com pessoa a declarar, fatos que corroboram que o sujeito não configura elemento essencial ao negócio. Assim, os sujeitos que manifestam a vontade para a formação do contrato podem não ser os mesmos sujeitos que irão assumir as posições jurídicas dele decorrentes, as quais podem, inclusive, existir sem sujeitos. Por exemplo, nos casos de contrato celebrado por representante e na estipulação em favor de terceiro há celebração do negócio por um sujeito, com atribuição dos seus efeitos a outrem, que pode ser eventualmente modificado no curso da relação jurídica, ou mesmo não identificado até o momento oportuno. Essa alteridade fica clara ante a figura do chamado “contrato consigo mesmo” ou “autocontrato”, no qual o representante figura em um dos polos em nome e por conta do representado e, de outro lado, em nome e por conta própria, como o mandatário que compra o bem de seu mandante que se incumbira de vender: o contrato possui, a despeito

disso, os elementos estruturais exigidos para sua constituição,<sup>5</sup> sendo somente anulável pelo mandante em virtude do presumido conflito de interesses que a situação coloca.<sup>6</sup>

[Capacidade e legitimação]

A validade do contrato pressupõe a higidez das manifestações de vontade que lhe deram origem, o que demanda não somente a capacidade das partes, isto é, sua aptidão genérica para contrair direitos e obrigações, mas também sua legitimação para figurar como partes naquele contrato específico.<sup>7</sup> Como é cediço, o ordenamento, na tutela de interesses relevantes, cria impedimentos para que determinados sujeitos possam celebrar certos negócios, sancionando com a nulidade ou com a anulabilidade sua participação. Assim ocorre, por exemplo, com a doação firmada pelo cônjuge adúltero a seu cúmplice, nas vendas de ascendente a descendente e na compra, pelo tutor e curador, de bens confiados sob sua guarda. Carece de legitimação não somente o sujeito que celebra contrato para o qual estava impedido, mas também aquele que não possui a autorização de terceiro que a lei exigia para o contrato, como acontece, por exemplo, na alienação de imóveis por pessoa casada sob o regime da comunhão parcial de bens, que demanda a vênua conjugal.

## **4. O OBJETO DO CONTRATO**

[Objeto do contrato × objeto da obrigação]

A locução “objeto do contrato” é equívoca, havendo quem o associe ao objeto da obrigação, isto é, à prestação por ele imposta, e quem o vincule ao seu conteúdo, isto é, ao regulamento contratual, o conjunto de cláusulas estabelecidas pelo negócio. O elemento objetivo do contrato é uma categoria lógica, referindo-se àquilo sobre o qual se firma o consentimento e que pode, portanto, a depender da abrangência da representação da realidade firmada pelas partes e dos efeitos negociais que visam a produzir, recair sobre coisas,

condutas ou sua forma de realização.<sup>8</sup> Não se confunde, assim, o objeto do contrato com o objeto das obrigações a que dará origem, já que ambos possuem tratamento normativo diverso (o vício do primeiro gera a nulidade do negócio enquanto o das segundas apenas sua resolução), mas isso não significa que não devam tendencialmente coincidir.

[Patrimonialidade do objeto: remissão]

A idoneidade do objeto do contrato é novamente reconduzida às exigências para qualquer negócio: possibilidade, licitude e determinabilidade. Deve-se lembrar, todavia, que a qualificação do negócio jurídico bilateral como contrato pressupõe ainda a patrimonialidade do objeto, isto é, sua suscetibilidade de apreciação econômica, conforme analisado no capítulo 1. Não se trata, nesse caso, de um requisito de validade, mas de um elemento categorial, já que a ausência de patrimonialidade não conduz, *de per si*, à invalidade do negócio, mas à sua desqualificação como contrato, afastando-se, em princípio, a incidência da normativa contratual, em proteção aos relevantes interesses existenciais em jogo, dignos de tratamento diferenciado.

[Impossibilidade material e jurídica do objeto]

A impossibilidade originária do objeto, seja ela material, como vender diamantes de uma mina já exaurida ou encomendar a realização de uma escultura de um artista já falecido, seja ela jurídica, como a constituição de penhor sobre um bem imóvel ou a contratação de pessoa que não é juiz para celebrar casamento civil, afasta a validade do negócio; a impossibilidade superveniente atinge as relações obrigacionais dele decorrentes, conduzindo à sua ineficácia. A exigência de possibilidade do objeto não inviabiliza a celebração de contratos tendo por objeto a disposição de bens futuros ou alheios, que restarão sob a condição de tais bens surgirem e terem por titulares os disponentes, ou sob a assunção do

risco de que tais bens ou direitos jamais venham a existir, no caso de contratos aleatórios.<sup>9</sup>

[Illicitude do objeto]

A licitude se refere à compatibilidade do objeto com o ordenamento jurídico, mais especificamente, decorre da violação de norma proibitiva: o objeto vedado pelo ordenamento. Assim, por exemplo, contrato de empreitada que vise à construção em área *non edificandi*, a venda de entorpecentes e o contrato que disponha sobre herança de pessoa ainda viva. Distingue-se, nesse ponto, da impossibilidade jurídica, já que o objeto ilícito é possível, isto é, passível de execução, mas vedado pelo ordenamento: o agente pode, mas não deve executar aquela conduta. Assim, o sujeito contratado para realizar um casamento civil sem ter poderes para isso celebrou contrato com objeto juridicamente impossível, pois não conseguirá adimplir sua obrigação, já se contratado para sequestrar um dos noivos, o objeto do negócio é ilícito, pois a realização da conduta encomendada, embora possível, é vedada pelo ordenamento.

[Abusividade e merecimento de tutela]

Por outro lado, é necessário ressaltar que o controle de merecimento de tutela exercido pelo ordenamento sobre a autonomia privada não se resume à proibição dos atos ilícitos: sob a perspectiva funcional, rechaçam-se ainda os atos abusivos e aqueles que não são idôneos a promover interesses dignos de tutela. O abuso do direito não se reconduz à ilicitude em sentido estrito, mas a atos formalmente lícitos que, no entanto, sob perspectiva axiológica, veiculam o exercício de direitos de forma incompatível com a função que justifica sua tutela. Mais do que isso, assumida a função promocional do direito, o merecimento de tutela do ato de autonomia não se restringe a um juízo negativo: é necessário que o contrato seja idôneo a realizar um interesse digno de proteção à luz da principiologia constitucional.<sup>10</sup> Diante disso, alarga-se o controle

sobre o objeto do contrato, que vai além da mera verificação de violação de norma proibitiva para, sob uma perspectiva funcional e axiológica, analisar sua compatibilidade com a totalidade do ordenamento. Nessa esteira, instrumentos como o abuso do direito, a fraude à lei e o rol, sempre exemplificativo, de práticas e cláusulas abusivas frequente na legislação consumerista, são indícios de como o controle do intérprete sobre a validade do objeto do contrato não mais se restringe à mera verificação de licitude.

[Determinabilidade do objeto]

[Contrato *per relationem*]

A determinabilidade do objeto, enfim, é pressuposto lógico para sua obrigatoriedade, pois a execução forçada demanda a identificação precisa das condutas exigíveis das partes envolvidas na relação contratual. No entanto, tal qual como referido quanto à titularidade dos sujeitos, a constituição da relação contratual não exige a identificação precisa do objeto, sendo facultado às partes estipular relativa indeterminação do objeto no momento da celebração do acordo, se já indicados os meios para colmatação da área não especificada inicialmente. Esse é o caso, por exemplo, dos contratos ditos *per relationem*, em que as partes fazem remissão a conteúdos alheios ao teor do contrato, mas que passam a integrá-lo por meio dessa referência expressa, como a venda de mercadoria em que se determina que o preço será fixado por cotação em bolsa ou por arbitramento de terceiro.<sup>11</sup>

## 5. A CAUSA DO CONTRATO

A multiplicação de teorias acerca do sentido e alcance da causa do contrato acabou por ofuscar sua grande relevância hermenêutica. Nos ordenamentos que a preveem expressamente reinam controvérsias que prejudicam sua aplicação prática. Naqueles cuja legislação a omitiu, tende a prevalecer o entendimento de que se trata de figura que traz ao direito contratual mais obscuridade do que



clareza. No entanto, não são pouco relevantes as possibilidades interpretativas que seu reconhecimento oferece à funcionalização da liberdade contratual.

[Causa subjetiva e causa objetiva]

Genericamente associada à referência abrangente à razão justificadora do contrato, observa-se que a trajetória do significado da causa, abrindo mão das diversas nuances e sutilezas teóricas, parte de enunciações mais subjetivas, ligadas à motivação de cada sujeito para obrigar-se, para conceituações mais objetivas, com referência à finalidade ou função do contrato em si mesmo. Assim, no ordenamento francês que lhe deu origem, a causa era tida inicialmente como a consideração da contraprestação, nos contratos onerosos, ou o *animus donandi* nos gratuitos, mas no direito recente passa a ser referida, especialmente a partir de Henri Capitant, como o fim perseguido pelos contratantes.<sup>12</sup> A controvérsia sobre o significado da causa levou à sua exclusão do texto legal que a previa, por meio da recente reforma sofrida pelo Código Civil francês.<sup>13</sup>

O direito italiano é ainda mais ilustrativo desse processo: a versão subjetiva da causa, excessivamente próxima aos motivos e impulsos psicológicos, que devem ser em regra indiferentes ao direito por razões de segurança jurídica, é superada pela ideia de função objetiva ou finalidade prática que o contrato persegue. Especificamente na visão consagrada de Emilio Betti, a causa seria a função econômico-social do negócio, síntese dos seus elementos essenciais, como totalidade e unidade funcional.<sup>14</sup> Esta passagem permitiu que a causa viabilizasse que o controle do exercício da liberdade de contratar não se restringisse à ausência de infração às normas imperativas, impondo que, além das finalidades privadas que o negócio fisiologicamente persegue, ele atenda ainda à finalidade geral fixada no ordenamento, do qual constitui instrumento de atuação.<sup>15</sup>

[Causa como função econômico-social do contrato]

Nessa linha, a exigência de que a causa do contrato exista, seja lícita e possível serviu a afastar, na experiência italiana, a proteção jurídica a negócios socialmente improdutivos, juridicamente indiferentes ou economicamente fúteis, como, por exemplo, o acordo voltado a financiar uma campanha eleitoral e disciplinar seu desenvolvimento que visava a “obter, de forma coercitiva, e também em conflito com a vontade popular, a eleição do financiador através do exercício do direito de voto expresso de maneira contratualmente determinada e a renúncia, preventivamente acordada, por parte dos eleitos”.<sup>16</sup> Ou ainda, o pacto pelo qual o ex-marido prometeu à ex-mulher certa soma em troca de que esta se submetesse a exame médico invasivo perante tribunal eclesiástico cujo resultado possibilitaria a anulação do matrimônio religioso para que ele pudesse se casar novamente na Igreja.<sup>17</sup> Isto porque se entendeu que esses contratos, embora tivessem objetos lícitos, visavam à produção de efeitos incompatíveis com a ordem jurídico-social, ou seja, eram negócios que perseguiram uma função econômico-social não merecedora de tutela.

[Causa como síntese dos efeitos jurídicos essenciais]

A causa do contrato tonou-se objeto de grande refinamento no direito italiano, de modo a superar as críticas decorrentes de sua fundamentação em elementos metajurídicos: a partir de Salvatore Pugliatti, o dado normativo torna-se prioritário e a causa passa a ser entendida como função jurídica do negócio, expressa pela síntese de seus efeitos jurídicos essenciais.<sup>18</sup> Para Salvatore Pugliatti, definir a causa como função econômico-social é apenas uma arbitrária redução, um empobrecimento do esquema jurídico, pois ela designaria um *quid* de todo estranho ao Direito.<sup>19</sup> Por conta disso, propõe outra interpretação, na qual a causa seria a função jurídica do negócio, expressa pela síntese de seus efeitos jurídicos essenciais.<sup>20</sup> A concepção de Pugliatti, portanto, retira a causa da consciência social e a localiza dentro do ordenamento, na própria norma.

Outro aspecto que foi objeto de crítica na concepção bettiana foi a separação entre causa abstrata e causa concreta, pela qual a primeira seria a síntese dos efeitos que caracterizam o tipo negocial (compra e venda, mandato etc.), enquanto a segunda efetivamente se referia à síntese dos efeitos essenciais do negócio concretamente realizado.<sup>21</sup> Embora o modelo bettiano acentue os aspectos coletivos do controle de merecimento de tutela, descarta as peculiaridades providas pelo aspecto privado do ato, acabando por achatar a causa, quando concebida em abstrato, ao tipo contratual, ao conduzir à ideia de “tipicidade social” das funções contratuais, Pietro Perlingieri defende que não é possível falar de uma causa abstrata, tampouco cabível concebê-la como mais um elemento estrutural da *fattispecie* negocial, com base em um superado modelo subsuntivo.<sup>22</sup> Assim, prefere definir a causa como a função econômico-individual, expressa pelo valor e capacidade que as próprias partes deram à operação negocial na sua globalidade, considerada em sua concreta manifestação.<sup>23</sup>

[Causa × objeto do contrato]

No direito brasileiro prevaleceu a resistência, normalmente associada à sua concepção subjetiva, e a causa foi omitida pelo legislador, acompanhando o exemplo do direito alemão e do português.<sup>24</sup> Mas em doutrina não foram poucos os defensores de que o instituto trazia relevantes recursos hermenêuticos para o direito brasileiro.<sup>25</sup> De fato, o percurso evolutivo da concepção de causa do contrato revela suas grandes possibilidades no processo de controle de merecimento de tutela do exercício da liberdade de contratar, permitindo ao intérprete uma verificação mais efetiva, ampla e funcional da compatibilidade da autonomia privada com os preceitos gerais do ordenamento. A mera exigência de que o objeto do contrato seja lícito, ou mesmo não abusivo e merecedor de tutela, restringe-se à consideração da prestação contratual em si e por si considerada, prescindindo de sua inserção no contrato, enquanto a ilicitude da causa resulta da sua dedução do contrato, sob a

perspectiva dos efeitos e interesses perseguidos precisamente naquele contrato específico.<sup>26</sup>

[Causa × motivos]

Não se trata de um retorno à investigação dos motivos, já que são essencialmente subjetivos e internos, contingentes, variáveis, múltiplos, diversos e frequentemente contraditórios, por isso são imponderáveis e, diferentemente da causa, não comportam uma avaliação acerca de serem ou não merecedores de tutela enquanto não fazem parte do conteúdo do negócio.<sup>27</sup> No entanto, a finalidade específica das partes pode ter o condão de se objetivar e se tornar relevante para a determinação da norma aplicável, como ocorre, por exemplo, com o mútuo: o uso da soma recebida pelo mutuário constitui normalmente o motivo que o induz a celebrar o contrato, mas se as partes ou a lei impõem uma destinação à quantia, esta utilização adquire relevância causal, porque incluída no concreto regulamento de interesses entre as partes (*mutuo di scopo*).<sup>28</sup> Não se trata apenas da explicitação de um motivo, mas da objetivação da finalidade do pacto, que gera efeitos normativos.

Para além do controle de merecimento de tutela do exercício da liberdade de contratar, privando de efeito, a título de ilicitude da causa, contratos cujos efeitos essenciais não sejam compatíveis com a principiologia do ordenamento, a causa também se presta a justificar a ineficácia de contratos cuja finalidade precípua se torna impossível por fato superveniente, como a locação de imóvel com o objetivo de assistir a evento que seja cancelado após a contratação. Presta-se, ainda, a relevante papel no processo de qualificação do contrato, isto é, à identificação das normas aplicáveis. Ao identificar a função do contrato, o intérprete não se limita a “descrever os efeitos do fato, interligando-os desordenadamente”,<sup>29</sup> ele apreende o seu significado normativo, identificando as normas adequadas a regê-lo. Esse processo comumente ocorre, no âmbito dos contratos, por meio dos tipos contratuais previamente reconhecidos pelo legislador (compra e venda, doação, locação, mandato etc.), cumprindo ao intérprete, nessa linha, verificar a compatibilidade da

causa concreta com o modelo típico previsto pela lei, pra então fazer incidir as normas previstas para aquele tipo. Entretanto, a determinação da normativa aplicável não se resume ao enquadramento do contrato concreto em um dos modelos típicos previstos na lei, em criticável procedimento subsuntivo: é necessário verificar na totalidade do ordenamento, complexo porém uno, as normas adequadas às peculiaridades do contrato em exame – já que “as particularidades e, portanto, as diversidades, podem ter incidido sobre a função e o interesse contratual”<sup>30</sup> –, servindo a causa do contrato para conduzir o intérprete nesse processo, como será abordado no [capítulo V](#).

## 6. A FORMA DO CONTRATO

[Superação do formalismo]

É recorrente a afirmação de que o direito contratual viveu um processo de superação do formalismo, prestigiando-se o conteúdo sobre a forma e afastando sacralidades e ritos próprios de períodos mais arcaicos. De fato, uma análise histórica indica que a primazia da manifestação de vontade na tutela do contrato, durante o apogeu do liberalismo, resultou no afastamento de requisitos formais que prejudicavam a livre circulação de riquezas sem oferecer maior proteção à liberdade formal. A valorização da vontade individual e a vinculatividade da palavra dada conduziram ao modelo no qual *solus consensus obligat*, isto é, o consentimento basta à celebração dos contratos, salvo quando a lei exija forma especial. O consentimento torna-se vinculante independentemente da forma pela qual é expresso, pois o fundamento para a exigibilidade do pacto desloca-se da formalidade para a vontade livremente exprimida.

A revolução tecnológica no âmbito das comunicações acelerou esse processo, pois o desenvolvimento da informática e, especialmente, da internet, propiciou a multiplicação dos contratos eletrônicos, formados por toques, cliques e comandos. A nova sistemática de contratação, bem como a execução das obrigações

por transferências de dados por computadores e cartões eletrônicos, como de débito, crédito e, por exemplo, passes de transporte, impôs levar a um novo patamar a dinâmica da formalização dos contratos.

[Instrumentalidade das regras que impõem formalidades]

No entanto, mais importante do que registrar a necessária redução das regras que impunham formas especiais para os contratos, para atendimento de novas exigências sociais, é observar o impacto do processo de funcionalização do contrato sobre essas regras. Trata-se não tanto de abolir de maneira geral as exigências formais, mas de reconhecer sua instrumentalidade à satisfação de certos interesses merecedores de tutela e, portanto, reconhecer a relevância e necessidade de persistência de tais regras quando orientadas à satisfação desses fins. As exigências formais podem desempenhar, por exemplo, função de garantia para a parte vulnerável no contrato, particularmente diante de interesses não patrimoniais, de maneira que o paradigma constitucional não é de uma tendencial liberdade absoluta das formas: “estas recebem uma diversa valoração segundo que os interesses sobre os quais se fundam sejam mais ou menos relevantes constitucionalmente, mas sem generalizações”.<sup>31</sup> Dessa forma, persistem contratos para cuja validade o ordenamento impõe a celebração de certa forma, com o objetivo de atender a imperativos relevantes de caráter social. Assim, quando o ordenamento impõe a forma escrita para contratos como a doação de valores significativos e a fiança, ou mesmo instrumento público para o pacto antenupcial e contratos que visem à transferência de direitos reais sobre imóveis, tais exigências não configuram mero arcaísmo a ser abolido, mas podem responder à necessidade de atendimento de interesses relevantes merecedores de tutela.

[Forma probatória e exigência formal convencional]

Não se confundem tais exigências, que vinculam a própria validade do pacto, com a opção das partes pela formalização do

contrato com fins probatórios. Independentemente de qualquer norma nesse sentido, podem as partes optar por certa formalidade na celebração do contrato para fins probatórios, de maneira a aumentar a segurança do pacto, ou proteção específica em relação à assimetria informativa entre as partes; podem comprometer-se a somente realizar contratos futuros de acordo com certa forma, instituindo exigência formal de fonte convencional. Cumpre afastar, nessa seara, igualmente as hipóteses que eram referidas pela doutrina como “forma *ad probationem*”, que se referiam a hipóteses em que, posto não tivesse sido exigida forma especial para a validade do contrato, ela seria exigida para sua comprovação. Como já se observou, em tais casos, “a indicação legal da fonte de prova pode representar, no máximo, a preferência do legislador, sem, contudo, excluir a possibilidade de prova por outros meios”.<sup>32</sup>

Ao lado destes, todavia, e sem seu prejuízo, proliferam formas alternativas de contratar, limitadas somente pela criatividade dos particulares e pela compatibilidade com a principiologia do ordenamento. Desde o processo de industrialização, com a massificação das trocas e padronização dos modelos contratuais, ao lado do tradicional instrumento livremente negociado entre as partes, cada vez mais raro, passaram a figurar com grande frequência contratos cujo conteúdo é determinado unilateralmente por apenas uma das partes, limitando-se a outra a aderir aos termos previamente fixados. Essas novas formas de contratação, como o contrato de adesão, impuseram a construção de uma normativa própria, adequada a tutelar interesses ameaçados pela despersonalização dos contratantes na formalização do negócio. A contratação por via eletrônica, como observado, aguçou o problema, já que a certeza sobre a existência e o conteúdo do contrato ficam nas mãos da parte com ingerência sobre a tecnologia envolvida. Para além da mudança na formalização de cada contrato, exige reflexão e normativa apropriada também a mudança na própria forma de construir a operação contratual complexa: do contrato singular, passa-se com cada vez maior frequência à celebração de diversos contratos para a execução de uma mesma operação econômica, todos interligados para a persecução de uma função comum, como

ocorre no crédito ao consumidor, na incorporação imobiliária, nas *joint ventures* e nos pacotes turísticos.<sup>33</sup>

## PROBLEMA PRÁTICO

O contrato pelo qual um estabelecimento de entretenimento oferece desconto na entrada para quem doar sangue tem objeto lícito?

- **Vide Casoteca**



- 
- <sup>1</sup> Entre todos, v. Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2007, 4ª ed., *passim*.
  - <sup>2</sup> Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009 (1959), 26ª ed., p. 60.
  - <sup>3</sup> Miguel Maria de Serpa Lopes, *O silêncio como manifestação de vontade*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, 3ª ed., p. 165.
  - <sup>4</sup> Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli: ESI, 2005, 4ª ed., p. 368.
  - <sup>5</sup> J. M. de Carvalho Santos, *Código civil brasileiro interpretado*, vol. XV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975, 8ª ed., p. 18.
  - <sup>6</sup> Sobre o tema, v. capítulo XX do volume I.
  - <sup>7</sup> Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009 (1959), 26ª ed., p. 55.
  - <sup>8</sup> Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli: ESI, 2005, 4ª ed., p. 379.
  - <sup>9</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. III, atualizado por Caitlin Mulholland, Rio de Janeiro: Forense, 2014 (1963), 18ª ed., p. 31.
  - <sup>10</sup> Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 371. Sobre o tema, entre nós, v. Eduardo Nunes de Souza, Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil, In: *Revista de Direito Privado*, vol. 58, São Paulo, 2014, pp. 75-110.
  - <sup>11</sup> Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2007, 4ª ed., p. 137
  - <sup>12</sup> Jacques Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris: L.G.D.J., 2006, pp. 55-56.
  - <sup>13</sup> A *ordonnance n. 2016-131* entrou em vigor em 1º de outubro de 2016 e modificou a redação de todo o título III do *Code*, relativo às fontes das obrigações, especialmente do subtítulo primeiro, relativo ao contrato.

- 14 Emilio Betti, *Teoria geral do negócio jurídico*, t. I, Coimbra: Ed. Coimbra, 1969, p. 350.
- 15 Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli: ESI, 2005, 5ª ed., p. 368.
- 16 Cass. 27.5.1971, n. 1574 *apud* Giovanni Criscuoli, *Il contratto: Itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali*, Padova: Cedam, 2002, 2ª ed., p. 325
- 17 Cass., 6.7.1961, n. 1623 *apud* Giovanni Criscuoli. *Il contratto: Itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali*, Padova: Cedam, 2002, 2ª ed., p. 327.
- 18 Salvatore Pugliatti, Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico, *Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*, Milano: Giuffrè, 1951, p. 119.
- 19 Salvatore Pugliatti, Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico, *Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*, Milano: Giuffrè, 1951, pp. 108-109.
- 20 Salvatore Pugliatti, Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico, *Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*, Milano: Giuffrè, 1951, p. 119.
- 21 Emilio Betti, *Teoria geral do negócio jurídico*, t. I, Coimbra: Ed. Coimbra, 1969, p. 352.
- 22 Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli: ESI, 2005, 5ª ed., p. 370.
- 23 Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli: ESI, 2005, 5ª ed., p. 370.
- 24 Para Clovis Bevilacqua, a causa, sob a visão subjetiva, era fruto de uma interpretação equivocada dos princípios do direito romano, “verdadeiro *qui pro quo* filológico”, e concluiu que “a noção de causa é perfeitamente inútil para a teoria dos atos jurídicos” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis Bevilacqua*, vol. I, Rio de Janeiro: Rio, pp. 338-340).
- 25 Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 192-193; Paulo Barbosa de Campos Filho, *O problema da causa no Código Civil brasileiro*, São Paulo: Max Limonad, 1978; Judith Martins-Costa, A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema francês e no sistema civil brasileiro, *Ajuris*, vol. 16, n. 45, Porto Alegre, mar. 1989, pp. 213-244; Fábio

Siebeneichler de Andrade, Causa e *consideration*. In: *Ajuris*, vol. 18, n. 53, Porto Alegre, nov. 1991, pp. 276-284; Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico e declaração negocial*, São Paulo, 1986; Clóvis Veríssimo do Couto e Silva. Teoria da causa no direito privado, *Revista jurídica*, n. 2. Porto Alegre, 1954, pp. 21-30; Maria Celina Bodin de Moraes, O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mutuo no direito civil brasileiro, *Revista Forense*, n. 309, Rio de Janeiro, jan./mar. 1990, pp. 33-61.

- 26 Vincenzo Roppo, *Il contratto*, Milano: Giuffrè, 2001, p. 399.
- 27 Emilio Betti, Causa del negozio giuridico, *Novissimo digesto italiano*, Torino: UTET, 1957, p. 34.
- 28 Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli: ESI, 2005, 5ª ed., p. 372.
- 29 Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 642.
- 30 Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 370.
- 31 Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, cit, p. 448. Para aprofundamento no tema, v., do mesmo autor, *Forma del negozio e formalismo degli interpreti*, Napoli: ESI, 1987.
- 32 Gustavo Tepedino e Francisco de Assis Viegas, A evolução da prova entre o direito civil e o direito processual civil, *Pensar*, vol. 22, n. 2, Fortaleza, mai./ago. 2017, p. 558.
- 33 Sobre o tema, v. Gustavo Tepedino, A responsabilidade civil nos contratos de turismo, In: *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 4ª ed., pp. 251-276.



## **CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS**

SUMÁRIO: 1. Relevância das classificações dos contratos – 2. Contratos típicos e atípicos – 3. Contratos unilaterais e bilaterais ou sinalagmáticos: os contratos plurilaterais – 4. Contratos gratuitos e onerosos – 5. Contratos comutativos e contratos aleatórios – 6. Contratos solenes, reais e consensuais – 7. Contratos paritários e de adesão – 8. Contratos instantâneos e duradouros. Contratos de execução imediata, diferida e sucessiva – 9. Contratos pessoais e impessoais – 10. Contratos de consumo – 11. Contratos coligados. Contrato principal e acessório – Problema prático.

### **1. RELEVÂNCIA DAS CLASSIFICAÇÕES DOS CONTRATOS**

[Função normativa das classificações]

A classificação dos contratos, como as demais classificações e conceituações na teoria do direito, destina-se a estabelecer a disciplina jurídica correspondente a cada categoria discriminada. Assim sendo, a ordenação dos contratos em categorias específicas, sob diversos perfis, dirige-se à realização de finalidade prática, qual seja, a sujeição a regras específicas.<sup>1</sup> Cada classificação toma por base distinto critério e conduz a conjunto de princípios e regras a ela atinente. Trata-se do ponto de partida no processo de individuação

da normativa aplicável ao caso concreto, adquirindo grande relevância e no processo de qualificação. Sob essa perspectiva, cumpre analisar somente as principais chaves classificatórias, eis que mais significativas na determinação de efeitos jurídicos próprios.

## 2. CONTRATOS TÍPICOS E ATÍPICOS

[Tipo contratual]

A classificação dos contratos em típicos e atípicos diz respeito à aptidão do contrato para ser reconduzido a determinado modelo previsto pelo legislador, que lhe reserva normas específicas. A esse modelo teórico dá-se a denominação de *tipo*, noção frequentemente utilizada no âmbito dos contratos para facilitar o processo de qualificação, com a consequente determinação das normas aplicáveis. Dessa forma, os contratos que puderem ser incluídos em um determinado modelo abstrato são considerados típicos, o que conduz à aplicação das normas específicas para aquele tipo contratual. Isso não afasta a liberdade para celebrar contratos que não possam ser assimilados em um modelo geral preexistente, como prevê o art. 425 do Código Civil.<sup>2</sup> Observados os requisitos e princípios gerais aplicáveis aos contratos, serão eles válidos e igualmente vinculantes, não havendo, nessas hipóteses, indicação *a priori* de normas específicas aplicáveis.<sup>3</sup>

[Tipos abertos]

Os tipos contratuais se prestam, assim, a facilitar o processo de determinação das normas aplicáveis ao contrato. Diante da impossibilidade de prever a enorme gama de possibilidades de regulamentos de interesses a que a autonomia privada pode dar origem, o legislador elege os modelos mais frequentes no tráfego jurídico, oferecendo subsidiariamente a disciplina jurídica aplicável, caso as próprias partes não estabeleçam regras de forma específica. Ao contrário da utilização dos tipos em outros ramos do direito, como no direito penal e tributário, por vezes referidos como

“tipos fechados” ou como “conceitos”<sup>4</sup>, onde se destinam a restringir o desencadeamento de efeitos jurídicos, impondo que o fato concreto possua todos os elementos do tipo para a aplicação da norma (princípio da tipicidade), no âmbito do direito contratual, os tipos são abertos, concedendo ao intérprete maior flexibilidade no processo de qualificação. Nessa seara, os tipos configuram a descrição de modelo de contrato, traçando diversas características que, examinadas sistematicamente, servem a padronizá-los e distingui-los, justificando-se, por isso mesmo, a aplicação das normas ali indicadas.

[Tipicidade social]

Sem retirar o papel importante que tem o legislador nesse processo de tipificação, deve-se reconhecer que a maioria dos tipos tem origem em construções sociais espontâneas, fruto da riqueza da vida cotidiana, da diversidade de interesses em jogo e da complexidade das operações econômicas, que conduzem os particulares, no exercício da sua autonomia, a recorrerem a novos modelos e formas que se revelem mais adequados para a satisfação das finalidades que buscam atingir. Assim, a grande maioria dos tipos contratuais já existiu como praxe social antes de sua expressa previsão legislativa. Alude-se, por tal circunstância, à *tipicidade social* do contrato, ao lado da sua tipicidade legal. O legislador por vezes se antecipa, como forma de atuar a função promocional do direito junto à realidade social, mas normalmente os tipos, ao menos na sua versão inicial, são obtidos por indução, de modo que o catálogo de modelos normatizados não é criado *ex novo*. Basta pensar em exemplos imemoriais como a compra e venda, ou milenares como a locação e a sociedade, cujo nascimento é anterior até mesmo à consolidação da lei como principal fonte de direito nos ordenamentos da família romano-germânica, bem como, tomando exemplos recentes, o contrato de franquia. A atuação legislativa serve a garantir igualdade de tratamento e viabilizar a intervenção estatal: ao modificar os tipos, o legislador disciplina condutas, impondo, estimulando ou proibindo determinadas estruturas, de

modo geral disciplinando seus efeitos jurídicos, conformando o ato de autonomia à realização dos princípios fundamentais do ordenamento. Em outras palavras, a disciplina tipificada pelo legislador também atua como mecanismo de intervenção na autonomia privada, seja indiretamente, padronizando certos modelos de intercâmbio de maneira uniforme, seja diretamente, cominando normas cogentes no interior de certos tipos contratuais, como ocorre, por exemplo, ao determinar a nulidade da compra e venda cujo preço fique a puro arbítrio de uma das partes (CC, art. 489), a revogabilidade da doação por ingratidão do donatário (CC, art. 557) e a garantia do empreiteiro pela solidez e segurança do edifício (CC, art. 618). Dessa forma, a tipificação dos contratos não se limita a suprir os silêncios da vontade para conveniência das partes, mas atende igualmente à realização de imperativos determinados pela principiologia constitucional.

[Contratos ditos mistos]

Os tipos legais são, ainda, extremamente diversos entre si na sua conformação, levando em conta critérios como as obrigações resultantes do contrato, a onerosidade, o sinalagma, a natureza do bem objeto das prestações etc.<sup>5</sup> Esta heterogeneidade contribui a esclarecer porque a normativa do direito contratual é especialmente avessa à sistemática da subsunção para a qualificação dos contratos concretos.<sup>6</sup> Nos tipos legais que não trazem uma definição, cumpre à doutrina o papel de identificar os elementos individualizadores daquele modelo de contrato; nos demais, como a compra e venda (“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”, CC, art. 481) e a doação (“considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”, CC, art. 538), ainda resta ao intérprete superar os constantes conflitos acerca de sua extensão e significado. Isso revela que a classificação de um contrato em típico ou atípico nem sempre é simples, cabendo ao intérprete qualificá-lo tendo em vista a função do contrato *in concreto*



e os interesses em jogo. As dificuldades nessa fronteira entre contratos típicos e atípicos suscitou a construção de categoria intermediária, que seriam os contratos mistos, segundo entendimento corrente da doutrina tradicional. Nos chamados contratos mistos, estariam presentes elementos de mais de um tipo, a tornar pouco convincente, por isso mesmo, a sua justificativa como categoria autônoma em relação aos contratos atípicos.<sup>7</sup>

Mais importante do que esse esforço de categorização é refletir sobre sua utilidade como instrumento de qualificação dos contratos, para a identificação da solução normativa adequada.<sup>8</sup> A conclusão de que certo contrato é típico, por poder ser reconduzido a determinada categoria, não esgota o processo de qualificação, já que diversas peculiaridades do caso podem justificar a modificação da normativa aplicável, bastando pensar, por exemplo, numa compra e venda ou numa empreitada típicas que, contudo, ante a vulnerabilidade de uma das partes, atraem a incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor. Tampouco a caracterização como atípico relega o contrato a algum tipo de lacuna ou vazio legislativo: a identificação da causa concreta do contrato, compreendendo, sob perspectiva funcional, a síntese dos efeitos essenciais do ajuste, permite ao intérprete raciocínio analógico com os demais enunciados normativos típicos, na construção, à luz da unidade axiológica do sistema, do ordenamento do caso concreto.

### **3. CONTRATOS UNILATERAIS E BILATERAIS OU SINALAGMÁTICOS: OS CONTRATOS PLURILATERAIS**

[Bilateralidade e unilateralidade dos efeitos do contrato × bilateralidade e unilateralidade das manifestações de vontade formadoras do negócio]

A classificação dos contratos em unilaterais e bilaterais refere-se aos efeitos produzidos pela relação contratual que, como se sabe, constitui-se em negócio jurídico necessariamente bilateral quanto à sua formação. Dito por outros termos, na classificação dos negócios

jurídicos em geral, a mesma terminologia se refere às manifestações de vontade necessárias para o aperfeiçoamento do negócio. Sob tal perspectiva, todos os contratos são bilaterais quanto à sua formação, já que esta se subordina ao acordo de vontades, para o qual concorrem ao menos dois centros de interesse, diferentemente de negócios jurídicos unilaterais, como o testamento e a promessa de recompensa. Em contrapartida, a referência a contratos unilaterais ou bilaterais refere-se aos efeitos produzidos. Mais especificamente, embora bilateral quanto à sua formação, para a qual concorrem duas declarações de vontade, considera-se unilateral ou bilateral o contrato em razão das obrigações criadas da inter-relação estabelecida entre elas.

[Contratos ditos bilaterais imperfeitos]

[Sinalagma contratual]

Tradicionalmente, é comum recorrer à definição simplista, que por isso mesmo deve ser evitada, no sentido de que os contratos unilaterais gerariam obrigações para apenas uma das partes, enquanto os contratos bilaterais gerariam obrigações para ambas as partes. A tal distinção pode-se objetar que, em qualquer contrato, haverá deveres para ambas as partes, em razão da complexidade das situações jurídicas subjetivas e de recíprocos deveres imputados às partes em todo e qualquer negócio, oriundos, por exemplo, da boa-fé objetiva. Assim, mesmo em um contrato típico de doação pode afirmar-se que o donatário, por exemplo, tem o dever de não ser ingrato perante o doador, fornecendo-lhe alimentos quando necessário, ou em um contrato típico de comodato (empréstimo de coisa infungível), o dever do comodante de não retirar a coisa dada em comodato antes do tempo previsto, de reembolsar as despesas extraordinárias e urgentes e de indenizar os prejuízos. Isso conduziu a doutrina a referir a contratos bilaterais imperfeitos, deixando dúvidas quanto à especificidade da disciplina jurídica justificadora da classificação. Por tal circunstância, mostra-se mais consentâneo com o sistema considerar como bilaterais os contratos em que há nexo de

reciprocidade entre as obrigações de ambas as partes, criando vínculo funcional entre as prestações correspectivas. A esse nexo denomina-se sinalagma, e por isso os contratos bilaterais são referidos como *sinalagmáticos*, com significativas repercussões jurídicas, como a possibilidade de o credor vítima de inadimplemento reter sua própria prestação (exceção de contrato não cumprido) e resolver o contrato (cláusula resolutiva tácita).

[Contratos plurilaterais]

A dicotomia entre contratos unilaterais e contratos bilaterais reputa-se insuficiente por parte da doutrina diante dos contratos de viés associativo, como o contrato de sociedade, o acordo de voto entre acionista e o consórcio, por exemplo. Nesses contratos, ditos plurilaterais, diversas partes se reúnem em torno de um mesmo e único objetivo e o contrato desempenha uma função instrumental, organizadora, normativa, disciplinando a conjugação de esforços para atingir esse objetivo. Não há apenas a troca de prestações, já que os diversos centros de interesses, no contrato de sociedade, se encontram reunidos para a persecução do fim comum, razão pela qual são referidos como contratos plurilaterais. Essas peculiaridades conduzem a efeitos normativos próprios, como, por exemplo: a abertura para o ingresso de novas partes no curso da relação contratual, com o prolongamento da formação do contrato; a orientação das obrigações de uma parte não perante outra específica, mas perante todos os demais; a fixação do prazo não para o cumprimento de determinadas obrigações, mas para o desenvolvimento da organização no seu conjunto. Além disso, em tais contratos plurilaterais, o vício da declaração de vontade de uma das partes não invalida o contrato como um todo, e se reconhece que a impossibilidade da prestação ou a resolução ocasionadas por uma parte não compromete a continuidade do contrato em relação aos demais contratantes. Ainda no contrato plurilateral, o inadimplemento de uma das partes não autoriza, de per si, a invocação de exceção do contrato não cumprido pelos demais participantes, já que o fim

comum afasta a prevalência do interesse individual que predomina no contrato sinalagmático.<sup>9</sup>

## 4. CONTRATOS GRATUITOS E ONEROSOS

[Efeitos econômicos do contrato]

A divisão entre contratos gratuitos e onerosos decorre dos efeitos econômicos produzidos pelo contrato. Nos contratos onerosos, ambos os contratantes sacrificam-se e beneficiam-se economicamente, como ocorre na compra e venda, na locação e no seguro, por exemplo. Não é necessário que a vantagem, obtida no contrato oneroso, reverta em favor do próprio contratante, considerando-se oneroso também o contrato em que uma das partes arca com sacrifício patrimonial para estipular que a outra parte ofereça benefício em favor de terceiro, como será analisado no [capítulo VIII](#). Já nos contratos gratuitos, somente uma das partes auferir vantagem econômica, enquanto a outra assume o sacrifício patrimonial. Tal sacrifício pode se constituir em efetiva diminuição patrimonial, como acontece na doação, ou apenas na privação de uso de um bem, como acontece nos empréstimos (mútuo e comodato).

Trata-se de classificação que pode ser estendida a todos os tipos de negócios e traz diversas repercussões práticas. Nessa direção, o ordenamento dedica regime mais benéfico àquele contratante que arca com os sacrifícios, determinando a interpretação restritiva do contrato em seu favor (CC, art. 114) e limitando a responsabilidade por inadimplemento da sua parte somente aos casos de dolo (CC, art. 392). Repercussões se projetam também em situações específicas, como na fraude contra credores, caracterizada nos negócios gratuitos, independente de *consilium fraudis* (CC, art. 158), bem como na cessão de crédito, em que a responsabilidade do cedente pela existência do crédito dependerá de má-fé quando a cessão for gratuita (CC, art. 295). Ademais, a onerosidade do contrato normalmente firma a presença, como seu elemento natural,

das garantias contra evicção e contra vícios redibitórios, como será analisado no [capítulo IX](#).

[Contratos onerosos e gratuitos × contratos bilaterais e unilaterais]

Essa classificação costuma ser indevidamente associada à classificação dos contratos em bilaterais e unilaterais, com a qual, todavia, não se confunde. Em que pese o fato de os contratos unilaterais serem frequentemente gratuitos e os bilaterais onerosos, a identificação do sinalagma como característica distintiva da bilateralidade permite afastar tal associação. É o caso do mandato, que será sempre unilateral, reconhecendo-se a incompatibilidade do elemento confiança, ínsito ao mandato, com a existência de sinalagma, embora possa ser gratuito ou assumir natureza onerosa, se a representação for remunerada, como examinado no Volume IV destes Fundamentos.<sup>10</sup>

## **5. CONTRATOS COMUTATIVOS E CONTRATOS ALEATÓRIOS**

Os contratos onerosos costumam ser subdivididos em comutativos e aleatórios. A comutatividade se caracteriza pela equivalência entre prestação e contraprestação, ambas definidas quanto à sua existência e extensão, de modo proporcional e de prévio conhecimento das partes. Já na aleatoriedade uma das prestações é incerta quanto à sua existência ou extensão, de maneira que o resultado econômico do contrato torna-se incerto e não sujeito a prévia determinação pelas partes, já que condicionado a evento incerto (obrigação aleatória). Estabelece-se, portanto, relação entre o resultado econômico buscado por uma parte e a possibilidade de resultado econômico para a outra parte, de maneira a internalizar, no próprio equilíbrio contratual, o risco, que no contrato comutativo lhe é externo. As partes voluntariamente perseguem resultado econômico incerto.<sup>11</sup>

Alguns tipos contratuais são naturalmente aleatórios, como a constituição de renda vitalícia, o jogo e a aposta, bem como os contratos de derivativos financeiros (*hedge* e *swap*). Em outras hipóteses, pode-se tornar aleatório contrato naturalmente comutativo, se uma das partes assumir o risco de determinado resultado, como no exemplo clássico da compra a preço fixo do “lanço de rede” do pescador ou da colheita do agricultor, independentemente da quantidade a ser pescada ou colhida. Da mesma forma, torna-se aleatório o contrato de êxito, comum na advocacia e na corretagem, em que somente haverá remuneração para o advogado ou corretor no caso de decisão favorável ou de conclusão da compra e venda.

O Código Civil regulamentou três espécies de contrato aleatório. Enquanto na primeira um dos contratantes assume risco quanto à própria existência da contraprestação, referido por “venda da esperança” (*emptio spei*), na segunda, ele limita essa assunção de risco à extensão da prestação, a “venda da coisa esperada” (*emptio rei speratae*), fixando a quantidade mínima para o resultado pretendido, sem a qual não haverá o pagamento por parte do comprador.

Dito em outros termos, a álea pode versar sobre a existência da prestação: compro o lanço da rede do pescador assumindo o risco de nada pescar (*iactus retis*); ou sobre a sua extensão: compro o lanço da rede em qualquer quantidade. Assim, o contratante deve adimplir sua prestação mesmo que não exista contraprestação (primeira modalidade), ou não exista na quantidade esperada (segunda modalidade). Em ambas as modalidades, o contratante que assumiu o risco, de todo modo, poderá deixar de efetuar a prestação se a outra parte tiver deixado de produzir o resultado por culpa ou dolo, caso em que se caracterizará inadimplemento da obrigação aleatória (CC, arts. 458 e 459).

A terceira espécie de contrato aleatório diz respeito à assunção de risco de que coisa atual venha a deixar de existir. Nesse caso, o objeto encontra-se exposto a risco, como ocorre na compra e venda de mercadorias em alto-mar, ou de imóveis em região de conflito, ou na frequente hipótese de cessão de direitos litigiosos, isto é, que

incidem sobre bem jurídico cuja titularidade se discute. Para a validade dessa terceira modalidade exige-se a incerteza subjetiva, ou seja, o desconhecimento pelas partes quanto à consumação do risco, que poderá já ter ocorrido no momento da contratação. Assim, o contratante se dispõe a adimplir ainda que pereça o que lhe é devido. No momento da contratação, o perecimento poderá já ter inclusive ocorrido, sem inquirar a validade do contrato, a menos que tal fato já fosse conhecido da outra parte, o que compromete a validade da avença por ter sido afastado o risco, ínsito ao contrato aleatório (v.g., o cedente já sabia da derrota judicial do direito litigioso), tornando-se o contrato anulável por dolo (CC, arts. 460 e 461).

Para além dessas regras específicas dos contratos aleatórios, o confronto com os contratos comutativos traz outras repercussões normativas. Assim, em virtude da falta de equivalência material entre as prestações, nos contratos aleatórios não há garantia contra vícios redibitórios e evicção, devendo-se, todavia, observar a extensão da álea no contrato *in concreto*. Tradicionalmente, afastava-se ainda a possibilidade de lesão e de onerosidade excessiva nos contratos aleatórios, ao argumento de que eles não possuiriam equilíbrio originário entre as prestações. Entretanto, mesmo nos contratos aleatórios há o equilíbrio que se estabelece entre a prestação de uma parte e o risco assumido pela outra, razão pela qual, se houver alteração nesse equilíbrio econômico, justifica-se a utilização daqueles instrumentos de tutela da parte prejudicada, se preenchidos os demais requisitos exigidos pela lei.<sup>12</sup>

Diferencia-se o contrato aleatório do contrato comutativo sob condição suspensiva, no qual uma das prestações somente será efetuada na ocorrência de evento futuro e incerto. Ao contrário dos contratos aleatórios, em que o contrato é plenamente eficaz ainda que uma das prestações não se realize (afinal, tal é a álea assumida pelas partes), no contrato sob condição suspensiva tem-se plena certeza quanto ao sacrifício econômico da ambas as partes, embora a eficácia do ajuste se torne condicionada ao evento futuro.

## 6. CONTRATOS SOLENES, REAIS E CONSENSUAIS

[Contratos formais ou solenes]

Conforme evidenciado no capítulo anterior, observou-se no desenrolar histórico do direito contratual o processo de redução das exigências formais. Tal processo mostra-se compatível com a celeridade e informalidade exigidas pela massificação das trocas comerciais, bem como pelo impacto da evolução tecnológica na celebração dos contratos. Entretanto, persistem requisitos de forma específica para a celebração válida de certos contratos, os quais são reputados formais ou solenes. Como destacado,<sup>13</sup> essas exigências, que no passado dirigiam-se à otimização da garantia patrimonial, adquiriram função existencial, manejada pelo legislador para a proteção de valores atinentes à promoção dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da solidariedade.<sup>14</sup> Nessa nova perspectiva, a forma exigida em certas modalidades contratuais pode atender a imperativos relevantes da axiologia constitucional, em tutela da parte vulnerável, superando assimetrias informativas e assegurando maior transparência e a certeza quanto à compreensão das informações relativas ao objeto do contrato. Exige-se, com tal propósito, a redação em caracteres ostensivos, em fonte de tamanho não inferior a doze, para a formação de contratos de adesão, de modo a facilitar a compreensão pelo consumidor em estado de vulnerabilidade, bem como a redação em destaque de cláusula que implique limitação de seu direito (CDC, art. 54, §§ 3º e 4º), em claro exemplo da instrumentalidade das exigências formais para a promoção de valores.<sup>15</sup>

Assim também a forma pública é exigida nos instrumentos que visem a transferir direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta salários-mínimos (CC, art. 108) e forma escrita para a validade de doações de valores significativos (CC, art. 541) e para a fiança (art. 819).

Nesses casos, a forma é imposta *ad solemnitatem*, o que significa, na ausência da forma prevista, a nulidade de contrato



daquele tipo, sem prejuízo da possibilidade de conversão para outro tipo negocial, como analisado no item 6 do [capítulo IV](#) e, de forma geral, no volume I. Para os demais contratos, vige a regra geral da liberdade de forma, bastando o consenso para a sua validade, razão pela qual tais contratos são chamados de consensuais. Isso não afasta a possibilidade de as partes adotarem certa formalidade na celebração para atendimento de seus interesses, como segurança probatória. Nestes casos, os contratos não deixam de ser designados como consensuais, já que inexistente a exigência da forma para a validade do pacto.

[Contratos reais]

Distinguem-se os contratos formais dos contratos reais, embora ambos requeiram requisitos legais para a sua celebração válida. Considera-se real o negócio jurídico para cujo aperfeiçoamento, além do consenso, a lei exige o ato material de transferência de um bem (*traditio*). Reputam-se reais o comodato, o penhor, a dação em pagamento e as arras, modalidades nas quais o consenso quanto ao conteúdo do contrato não é suficiente à sua formação, que dependerá necessariamente da transferência do bem objeto da prestação.

Os contratos reais frequentemente são gratuitos e unilaterais, já que, tendo sido entregue o bem por uma das partes, sem contrapartida, como requisito de validade do negócio, a prestação de restituição caberá unicamente à parte que recebeu o bem. O contrato configura-se unilateral justamente porque conterà, como obrigação principal, somente a obrigação de restituir, inexistindo contraprestação sinalagmática. Nesses casos, a justificativa para a realidade, historicamente questionada, encontra-se provavelmente na necessidade de apartar, no âmbito das liberalidades, o espaço da juridicidade da mera cordialidade. Na vida cotidiana, não raro as liberalidades anunciadas, relacionadas a empréstimos, doações, ajudas e convites, deixam de se concretizar, sem que o direito deva intervir. A realidade, concretizada mediante a transferência da *res* objeto da prestação gratuita, atribui juridicidade à declaração de

vontade. Compreende-se desse modo a manutenção da categoria, a despeito das críticas que lhe são dirigidas por proteger demasiadamente uma das partes, facultando-lhe a possibilidade de desistir antes da entrega do bem, em desfavor da parte que confiou na palavra empenhada.<sup>16</sup>

Discute-se, em perspectiva semelhante, se os contratos reais, especialmente em se tratando de contratos gratuitos, admitem promessa contratual, pela qual o consenso criaria a obrigação de contratar, impondo assim, mesmo contra a vontade do autor da liberalidade, a celebração do contrato gratuito, isto é, a transferência coativa do bem indispensável ao aperfeiçoamento do negócio real. Contra a admissibilidade de promessa contratual em contratos gratuitos, afirma-se que, sendo o contrato gratuito, movido essencialmente por espírito de liberdade, haveria incompatibilidade ontológica entre a sua celebração e a execução forçada da promessa de contratar. Em sentido contrário, argumenta-se que a liberdade de contratar é o movente dos negócios em geral, nos quais se inclui a promessa, a qual, uma vez celebrada, deve ser respeitada pelo contratante, independentemente de eventual arrependimento do autor da liberalidade, com fundamento na obrigatoriedade dos pactos e no princípio da boa-fé objetiva.

## **7. CONTRATOS PARITÁRIOS E DE ADESÃO**

[Condições ou cláusulas gerais do contrato]

A massificação das transações, em decorrência da produção e comercialização em série de produtos e serviços, conduziu à standardização também do processo de contratação. As tradicionais etapas de negociação por tratativas, propostas e contrapropostas se revelam incompatíveis com a exigência de celeridade e redução de custos negociais. A contratação em massa impôs também a negociação em massa, uma maneira própria de formação dos contratos.<sup>17</sup> Surge assim, predeterminado por uma das partes ou por autoridade administrativa competente, a

padronização do conteúdo dos contratos, que recebe a designação de condições ou cláusulas gerais do contrato, normativa padrão a ser utilizada de forma recorrente.<sup>18</sup>

[Contratos de adesão]

Esse é o cenário que deu origem, ao lado dos contratos paritários, em que há livre negociação do seu conteúdo por ambas as partes, aos contratos de adesão. Na definição apresentada pelo Código de Defesa do Consumidor, “contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo” (art. 54). Sua característica distintiva, portanto, além da predeterminação do seu conteúdo por uma das partes, associa-se à impossibilidade de a outra parte discutir seu conteúdo, limitando-se a aderir ou não. A disparidade na formação do consenso entre as partes, relativamente à possibilidade de interferência no conteúdo do contrato, justifica a atuação do legislador no sentido de proteger a parte aderente, buscando o reequilíbrio nesses contratos naturalmente assimétricos.

[Contratos de adesão fora das relações de consumo]

Difusamente praticado nas relações de consumo, os contratos de adesão são encontrados também em relações civis e empresariais, como, por exemplo, nos contratos de locação, de franquia e de arrendamento mercantil. Por essa razão, estabelece o Código Civil duas regras gerais aplicáveis aos contratos de adesão, mesmo àqueles imunes à incidência da normativa consumerista. Em primeiro lugar, determina o art. 423 que, diante de cláusulas ambíguas ou contraditórias, deve prevalecer a interpretação mais favorável ao aderente, em atendimento ao princípio geral de que a clareza é ônus de quem estipula os termos do contrato (*interpretatio contra stipulatorem*). Mais incisiva é a regra cominada no art. 424, que determina regime de validade diferenciado para cláusulas contidas no

contrato de adesão, coibindo qualquer cláusula que implique renúncia a direito resultante da natureza do negócio. Essa expressão *natureza do negócio* utilizada pelo legislador é objeto de controvérsia. Ao referir à natureza do negócio, deve-se entender que, para além de direitos essenciais ao tipo contratual sob exame, que já seriam, por definição, irrenunciáveis, o legislador vedou também a renúncia de direitos que constituam elementos naturais daquele tipo de contrato, ou decorrentes de usos contratuais em certo setor econômico ou região, isto é, direitos que, em contratos paritários, podem ser afastados pela vontade das partes. Dito diversamente, os elementos naturais do negócio são aqueles previstos pelo legislador, ou incorporados à normativa contratual pelas práticas contratuais, que terão incidência desde que não afastados pela autonomia privada. Nos contratos paritários, nas tratativas que antecedem a celebração do contrato, poderão as partes, portanto, submeterem-se aos elementos naturais ou afastá-los. Já nos contratos de adesão, suprimida a negociação preliminar, nega-se a possibilidade de introdução unilateral por uma das partes de regra destoante da disciplina usualmente praticada. Costumam ser citados, como exemplo de estipulações vedadas em contratos de adesão, as cláusulas de renúncia ao benefício de ordem na fiança<sup>19</sup>, ou à indenização das benfeitorias necessárias na locação<sup>20</sup>, ou a direito patrimonial de autor em concurso de fotografia<sup>21</sup>. Na mesma esteira, considera-se vedada a cláusula de eleição de foro nos contratos de franquia e de distribuição<sup>22</sup>, a cláusula compromissória de arbitragem<sup>23</sup>, a cláusula pela qual a administradora de cartão de crédito só repassa ao lojista os valores contratados pelo seu cliente depois de recebidos os documentos<sup>24</sup>, entre outros.

[Contratos normativos e contratos-tipo]

Os contratos de adesão devem ser apartados de figuras similares, como os contratos normativos e os contratos-tipo, às quais não se aplicam, em regra, as normas citadas. Consideram-se contratos normativos aqueles que têm por objeto a regulação de futuras relações a se estabelecerem entre determinadas partes,

destinados, portanto, a predispor o conteúdo de futuros contratos.<sup>25</sup> Já os contratos-tipo seriam aqueles em que se encontram presentes condições gerais preestabelecidas, sem que haja, contudo, impossibilidade de alteração pela outra parte, a afastar a assimetria intrínseca aos contratos de adesão.<sup>26</sup>

## 8. CONTRATOS INSTANTÂNEOS E DURADOUROS. CONTRATOS DE EXECUÇÃO IMEDIATA, DIFERIDA E SUCESSIVA

Classificam-se ainda os contratos com relação à distribuição de sua execução no tempo. Trata-se de categorização relevante no tocante ao impacto da resolução ou da invalidação sobre os efeitos já produzidos, bem como para aplicabilidade de institutos como a prescrição e a onerosidade excessiva. Entretanto, trata-se de terminologia bastante controvertida, em especial em razão da inevitável confusão com a classificação das obrigações com base no mesmo critério.

[Contratos instantâneos e de duração]

[Contratos de execução imediata e de execução diferida]

Pode-se de início estabelecer a separação entre os *contratos instantâneos*, cuja execução ocorre em momento único, com os *contratos de duração*, cuja execução se protraí durante certo intervalo de tempo. Entre os contratos instantâneos, apartam-se aqueles de *execução imediata* – como a compra e venda em uma loja com o pagamento do preço e a entrega do produto no mesmo momento da celebração do negócio – daquele de *execução diferida* – quando a entrega do produto ou o pagamento do preço são adiados para um momento futuro.

[Contratos de execução continuada e periódica]

Os contratos de duração, também referidos como de *execução sucessiva*, por sua vez, dividem-se entre contratos de *execução continuada* e contratos de *execução periódica*. Nos contratos de execução continuada, a prestação é cumprida, por certo intervalo de tempo, de forma incessante, como no pacto de não concorrência, em que o devedor está continuamente prestando o comportamento de abstenção. Já nos contratos de execução periódica, a prestação é ofertada de maneira fracionada, repetida a cada intervalo de tempo, seja em razão da própria natureza do contrato, como no adimplemento dos aluguéis no contrato de locação, cuja execução se renova no tempo (hipótese por vezes referida como contrato de *trato sucessivo*), seja por força de interesse das partes, que optam por fragmentar no tempo a prestação que seria cumprida de forma única, como na compra e venda a prestações, com pagamento parcelado (caso por vezes apartado como *contrato de execução escalonada*).<sup>27</sup>

## 9. CONTRATOS PESSOAIS E IMPESSOAIS

Reputam-se pessoais ou *intuitu personae* os negócios em que a pessoa do outro contratante é elemento determinante para a celebração do negócio, em oposição aos contratos impessoais, indiferentes à pessoa titular de cada posição contratual.<sup>28</sup> Trata-se comumente de negócios em que se impõe obrigação de fazer infungível a uma das partes – como a contratação de cantor em vista de seu talento, de médico em razão de sua reputação – mas não exclusivamente, como ilustra a fiança, que também se funda em características pessoais do contratante, como seu patrimônio e sua idoneidade.

A distinção é relevante não somente para aferir a possibilidade de transmissão de direitos e deveres contratuais – como, por exemplo, em caso de sucessão *mortis causa* ou de cessão de posição contratual – mas também para a incidência da anulação por *error in persona* (CC, art. 139, II), ou seja, o erro concernente à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração

de vontade, aplicável somente quando essa circunstância tenha influído na contratação de modo relevante, como abordado no volume 1.

## **10. CONTRATOS DE CONSUMO**

[Tutela da pessoa humana em situação de particular vulnerabilidade]

As relações contratuais têm por premissa a necessidade de tutela da pessoa humana em situação de particular vulnerabilidade, atraindo, por conseguinte, à incidência do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990). Justificam-se assim os numerosos princípios e regras protetivas do consumidor. Nesta direção, é estabelecido um rol de direitos básicos do consumidor, como, por exemplo, a revisão de prestações excessivamente onerosas (art. 6º, V) e a inversão do ônus da prova quando houver verossimilhança das alegações ou hipossuficiência da sua parte (art. 6º, VIII). Além disso, impõe-se ao fornecedor regime de responsabilidade mais rigoroso, pelo qual ele deve indenizar o consumidor por defeito do produto independentemente de culpa, considerando-se civilmente responsáveis não apenas o vendedor do produto ou serviço, mas todos os integrantes da cadeia de consumo, de modo solidário (arts. 12 a 25). O regime da formação do contrato também é diferenciado, vinculando o fornecedor tanto à oferta como à publicidade, e coibindo a publicidade enganosa ou abusiva (arts. 30 a 38). A legislação consumerista prevê ainda rol exemplificativo de práticas e cláusulas consideradas abusivas em relações de consumo, tais como a chamada venda casada (condicionamento do fornecimento de um produto a outro produto ou serviço, art. 39, I), o envio não solicitado de produto (art. 39, III), a execução de serviço sem prévio orçamento (art. 39, VI). Na mesma linha, consideram-se abusivas as cláusulas que exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor (art. 51, I); que imponham representante para concluir negócio em nome do consumidor (art. 51, VIII), ou possibilitem renúncia à indenização por benfeitorias necessárias (art. 51, XVI).

Do ponto de vista da teoria dos contratos, indaga-se a admissibilidade de categoria autônoma de contratos de consumo, já que a tutela do consumidor extrapola os limites da relação contratual, protegendo o consumidor em face de toda a cadeia produtiva, independentemente da identificação das partes contratantes. Nessa direção, o Código de Defesa do Consumidor superou a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, equiparando ao consumidor, para a incidência de suas normas protetivas, não somente o contratante direto, mas também terceiros afetados pela conduta do fornecedor, como aquele exposto a práticas comerciais abusivas (art. 29), a vítima de danos decorrentes de um produto defeituoso (art. 17), bem como todo aquele atingido por lesões a interesses difusos, coletivos ou mesmo individuais homogêneos (art. 2º, parágrafo único). Observa-se, assim, que a disciplina normativa em defesa do consumidor não se destina a certo tipo de contrato, mas à proteção da pessoa vulnerável diante da atividade de consumo, quer inserida em relação contratual ou extracontratual. De fato, o Código de Defesa do Consumidor não pode ser entendido como sistema autônomo, regido por valores e princípios próprios, devendo ser integrado, do ponto de vista interpretativo, à unidade do ordenamento, como veículo de efetivação dos preceitos constitucionais de proteção da dignidade da pessoa humana na ordem econômica. Por conseguinte, deve-se proceder com enorme cautela frente à expressão *microssistema*, defendida pelo professor Natalino Irti para esgotar as possibilidades hermenêuticas do intérprete no âmbito de cada estatuto normativo autônomo<sup>29</sup>: esse cenário, além de politicamente indesejável, não é admissível diante da realidade constitucional. Desse modo, embora reconhecendo a existência de universos legislativos setoriais e a complexidade do ordenamento jurídico como um todo, cumpre reconhecer igualmente sua unidade sistemática, que toma por centro e fundamento a tábua axiológica da Constituição. A tutela do consumidor, nessa linha, deve ser compreendida sob perspectiva funcional, como veículo de



imperativo superior de proteção da pessoa humana no âmbito de relação jurídica desequilibrada.

[Finalismo × maximalismo]

Supera-se, sob tal viés interpretativo, o debate, referente ao alcance da definição de consumidor, em especial no que tange às pessoas jurídicas, entre a vertente maximalista, que buscava um conceito objetivo de destinatário fático, entendido como aquele que retira o produto da cadeia de produção, ainda que busque auferir lucro com ele, e a finalista, que, sob uma noção mais subjetiva, levava em conta a destinação econômica, exigindo o uso próprio e da família, isto é, o não profissional.<sup>30</sup> O grande temor dos finalistas era que, com a expansão exagerada do conceito de consumidor, ter-se-ia uma banalização da sua tutela, em detrimento das conquistas que se afirmavam gradativamente na jurisprudência. Sonhava-se com um mundo mais isonômico no mercado de consumo e se procurava exorcizar, a todo custo, a lógica individualista (que se supunha perene) do direito privado. Nas décadas que se seguiram, todavia, alterou-se inteiramente o cenário jurídico brasileiro. Afirmou-se, em doutrina, a força normativa dos princípios constitucionais, sendo o Superior Tribunal de Justiça porta-voz de um formidável movimento de renovação jurisprudencial, com base nos valores insculpidos na Constituição da República. Por outro lado, surge o Código Civil de 2002, que, lido à luz da legalidade constitucional, assegura à pessoa humana níveis de proteção compatíveis com sua concreta posição (de maior ou menor vulnerabilidade) nas relações paritárias da vida privada. Bastaria invocar os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da propriedade, do equilíbrio dos contratos, da responsabilidade objetiva derivada do risco-criado, para se constatar a afirmação da unidade do ordenamento e a aproximação progressiva das ferramentas de proteção da pessoa humana na vida civil. Diante de tal tendência metodológica, longe de se entrever, no horizonte, uma redução da proteção dos consumidores, há de se constatar o reconhecimento pela Corte Superior da unidade axiológica da ordem civil-constitucional, que se manterá íntegra na

medida em que se assegure sempre a dignidade da pessoa humana (consumidora ou não) e a prevalência das relações existenciais sobre as patrimoniais.

Hoje, sob o que se denomina finalismo mitigado ou finalismo aprofundado, reconhece-se que o cerne para a aplicação das normas protetivas está no reconhecimento da situação de vulnerabilidade da parte mais fraca diante daquele contratante que desempenha empresarialmente a atividade contratada. A interpretação do Código Civil não pode, sob pena de se revelar desconforme à Constituição, excluir do âmbito de proteção do CDC os consumidores contratantes. Ao contrário, destinam-se os preceitos codificados a regular tipos contratuais que, quando inseridos em relações de consumo, avocam as disposições de ordem pública em defesa do consumidor. 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.

## **11. CONTRATOS COLIGADOS. CONTRATO PRINCIPAL E ACESSÓRIO**

A defasagem dos modelos jurídicos tradicionais para o atendimento de novos interesses conduz as partes, por vezes, ao expediente de utilizar-se de distintos negócios jurídicos, ligados entre si, para a realização de uma mesma operação global. De maneira geral, trata-se de fenômeno mais frequente no âmbito empresarial e provavelmente dele originário, onde se exemplifica com elaboradas cadeias societárias, entre *holdings* e subsidiárias, intrincadas operações de transferência de controle ou aporte de recursos para projetos (*joint ventures*) e estratégicos mecanismos de descentralização da realização de serviços por meio da chamada

terceirização. Na atualidade, o fenômeno ultrapassa este meio, tornando-se recorrente nas relações de consumo, como nos casos de cadeias de compras e vendas que levam o produto do fabricante ao consumidor, nos contratos de turismo, no cartão de crédito, nos pacotes de informática (contratação simultânea de suporte técnico e de aquisição *hardware* e *software*), no crédito ao consumo, no *leasing*, na incorporação imobiliária e no *time-sharing*.

[Terminologia]

Esse fenômeno, por vezes referido como “conexão contratual”, “coligação contratual” ou “grupos de contratos”, demanda atenção especial ao intérprete, ante as repercussões jurídicas próprias que pode trazer.<sup>31</sup> Cumpre superar, nesses casos, a leitura do negócio jurídico isolado, abstrato e individualizado pelo rígido esquema típico, em favor da consideração (com efeitos jurídicos) do conjunto de contratos vinculados entre si em concreto, no qual o negócio objeto de exame encontra-se inserido. O desafio, neste âmbito, é determinar que implicações jurídicas se podem inferir de contratos que, posto celebrados de forma separada, encontram-se em conexão quanto à sua finalidade, ligados nos efeitos que pretendem atingir.

Dessa forma, a interpretação, a qualificação, a validade e a eficácia de um contrato depende da sua coligação a outros contratos. Isto é, as vicissitudes de um, como a invalidade ou ineficácia por causa superveniente, podem acabar por também tornar o outro ineficaz, conforme o aforisma latino, *simul stabunt, simul cadent*, a depender da avaliação funcional dos contratos em questão e também da ligação entre eles. Por exemplo, a redibição de um contrato de compra e venda por defeito do produto pode ensejar a extinção do contrato de assistência técnica a ele vinculado, a nulidade de uma locação torna ineficaz a sublocação a ela ligada, ou ainda, pode uma parte se recusar a cumprir sua obrigação em um contrato se provar que a outra parte inadimpliu a dela, ainda que esta esteja inserida em outro contrato, se coligado ao contrato em questão.<sup>32</sup>

Critério recorrente na abordagem dessas situações consiste em identificar vínculo de dependência entre os contratos, de modo a reputar que o contrato reputado acessório deve acompanhar o destino daquele entendido como principal, em conformidade com o princípio da gravitação jurídica. Além das hipóteses típicas como aquelas envolvendo contratos de garantia (fiança, penhor, hipoteca) e contratos derivados (subcontrato), o critério costuma ser utilizado pela jurisprudência em casos concretos em que se entende presente o liame de acessoriedade em razão do fim buscado pelas partes, como quando se estendeu cláusula compromissória prevista em contrato de abertura do crédito aos conflitos decorrentes de contratos de *swap*, por entender que estes pressupunham aquele.<sup>33</sup> Deve-se ter cuidado, todavia, para que a simplicidade da regra da acessoriedade não despreze as complexidades que podem estar envolvidas no complexo arranjo de interesses composto pelas partes, no qual, muitas vezes, o vínculo de dependência entre os contratos é bilateral.

O desafio se torna ainda maior quando há coligação contratual com diversidade de partes, quando os dois contratos vinculados entre si não foram celebrados pelas mesmas partes, como no crédito ao consumo em que a instituição bancária que financia a aquisição não é parte do contrato de compra e venda do bem. Surge aqui a figura do “contratante-terceiro”, “simples parte” ou “parte por equiparação”. Apesar da incidência do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, vem se admitindo de forma ampla a possibilidade de coligação entre contratos com partes distintas, quando houver vinculação funcional entre eles, em concreto, ou interesses merecedores de tutela. Ainda que o sujeito que figura como parte somente em um dos contratos possa alegar que os efeitos do outro contrato não lhe são oponíveis, eis que não participou da sua celebração, a incidência de outros princípios, como

é o caso da boa-fé ou da proteção à parte vulnerável, pode lhe impor deveres que impõem o atendimento a efeitos do contrato a ele coligado. É o caso, por exemplo, da responsabilidade do agente financeiro pelos vícios da construção financiada no âmbito do SFH,<sup>34</sup> ou a rescisão unilateral exercida perante sociedade estrangeira, que atinge também sua subsidiária brasileira que figurou como parte em contrato acessório, voltado apenas para dar execução ao contrato principal firmado com a *holding* estrangeira.<sup>35</sup>

O exame das circunstâncias do caso concreto é imprescindível, todavia, para realizar a ponderação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato. O exemplo do crédito ao consumo é especialmente ilustrativo, distinguindo-se entre o financiamento obtido de forma autônoma pelo próprio consumidor, no qual os contratos são independentes, e aquele induzido pelo fornecedor, que mantém parceria com a instituição financeira para a exclusividade nos financiamentos, caso em que a coligação contratual é reconhecida, para não permitir que o expediente de distinção entre as partes celebrantes sirva a obstaculizar direitos básicos do consumidor.

## PROBLEMA PRÁTICO

É válida a cláusula pela qual o locatário renuncia à indenização por benfeitorias por ele realizadas sobre o bem locado ao longo do contrato? Fará diferença se o contrato caracterizar relação de consumo, tiver sido celebrado por adesão ou livremente negociado entre as partes?

### • Vide Casoteca

- 
- 1 Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli: ESI, 2005, 5ª ed., p. 469.
  - 2 Eis a dicção do art. 425, Código Civil: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.
  - 3 Álvaro Villaça Azevedo, *Teoria geral dos contratos* típicos e atípicos, São Paulo: Atlas, 2004 (2002), 2ª ed., p. 139.
  - 4 Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, 4ª ed., p. 300.
  - 5 Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 2.
  - 6 Giorgio De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova: Cedam, 1974, p. 115.
  - 7 Sobre o tema, v. Salvatore Orlando Cascio, e Carlo Argiroffi, Contratti misti e contratti collegati. In: *Enciclopedia giuridica Treccani*, IX, Roma: Treccani, 1988, pp. 1-6. Entre nós, v. Álvaro Villaça Azevedo, *Teoria geral dos contratos* típicos e atípicos, São Paulo: Atlas, 2004, 2ª ed.
  - 8 Pietro Perlingieri, In tema di tipicità e atipicità nei contratti, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*: problemi del diritto civile, Napoli: ESI, 2003, pp. 409-411.
  - 9 Sobre o tema, v. Tullio Ascarelli, O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e de direito comparado*, São Paulo: Saraiva, 1945, pp. 255-312.
  - 10 A favor da possibilidade de contrato bilateral gratuito, Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2014 (1963), 18ª ed., atualizado por Caitlin Mulholland, p. 62. Contra, Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009 (1959), 26ª ed., p. 88.
  - 11 Paula Greco Bandeira, *Contratos aleatórios no direito brasileiro*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 253.
  - 12 Vladimir Mucury Cardoso, *Revisão contratual e lesão*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 418. V., na jurisprudência, STJ, 3ª T., REsp 1155200, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrichi, julg. 22.2.2011, publ. DJe 2.3.2011.
  - 13 V. item 6 do capítulo IV, *supra*.

- 14 Pietro Perlingieri destaca como “a função da prescrição sobre a forma pode ser inspirada em razões de garantia e de promoção de interesses e de valores mesmo se diversos da genérica e formal liberdade” (*O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 447).
- 15 Anderson Schreiber, *Manual de direito civil contemporâneo*, São Paulo: Saraiva, 2018, p. 226.
- 16 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. III, atualizado por Caitlin Mulholland, Rio de Janeiro: Forense, 2014 (1963), 18ª ed., pp. 59-60.
- 17 Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli: ESI, 2005, 5ª ed. p. 408.
- 18 Sobre o tema, v. Paulo Luiz Neto Lôbo, *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*, São Paulo: Saraiva, 1991, *passim*.
- 19 Enunciado n. 364 da IV Jornada de Direito Civil – CEJ/CJF: “No contrato de fiança é nula a cláusula de renúncia antecipada ao benefício de ordem quando inserida em contrato de adesão”.
- 20 Enunciado n. 433 da V Jornada de Direito Civil – CEJ/CJF: “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”.
- 21 TJRJ, 9a CC, Ap. Cív. 0029570-19.2006.8.19.001, Rel. Des. Carlos Eduardo Moreira Silva, julg. 3.8.2010.
- 22 STJ, 4ª T., Agrg No Resp 493882/DF, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 21.08.2012, publ. DJe 18.9.2012
- 23 STJ, 3ª T., REsp 1169841/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 6.11.2012, publ. DJe 14.11.2012
- 24 TJ/MG, Ap. Cív. 0757283-21.2006.8.13.0024, Rel. Des. Cabral da Silva, julg. 24.7.2012
- 25 Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli: ESI, 2005, 5ª ed. p. 410.
- 26 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. III, atualizado por Caitlin Mulholland, Rio de Janeiro: Forense, 2014 (1963), 18ª ed., p. 69.

- 27 Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009 (1959), 26<sup>a</sup> ed., p. 95.
- 28 Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009 (1959), 26<sup>a</sup> ed., p. 97.
- 29 Natalino Irti, L'età della decodificazione, *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, vol. 3, n. 10. São Paulo: out./dez. de 1979, pp. 15-33.
- 30 Sobre o debate, v. Claudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 7<sup>a</sup> ed., *passim*.
- 31 Sobre o tema, v. Francisco Paulo De Crescenzo Marino, *Contratos coligados no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2009; Rodrigo Xavier Leonardo, *Contratos coligados*, In: Leonardo Brandelli (org.). *Estudos de direito civil, internacional privado e comparado: coletânea em homenagem à professora Vera Jacob de Fradera*, São Paulo: LEUD, 2014; Eduardo Takemi Kataoka, *A coligação contratual*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, e Carlos Nelson Konder, *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Na doutrina estrangeira, remete-se a Bernard Teyssié, *Les groupes de contrats*, Paris: L.G.D.J., 1975; Giorgio Lener, *Profili del collegamento negoziale*, Milano: Giuffrè, 1999; Ana López Frías, *Los contratos conexos*, Barcelona: Bosch, 1994; e Jorge Mosset Iturraspe, *Contratos conexos: grupos y redes de contratos*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.
- 32 Enunciado nº 24 da I Jornada de Direito Comercial – CEJ/CJF: “Os contratos empresariais coligados, concretamente formados por unidade de interesses econômicos, permitem a arguição da exceção de contrato não cumprido, salvo quando a obrigação inadimplida for de escassa importância”.
- 33 STJ, 3<sup>a</sup> T., REsp 1639035/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 18.9.2018, publ. DJ 15.10.2018.
- 34 STJ, 3<sup>a</sup> T., REsp. 51169, Rel. Min. Ari Pargendler, julg. 9.12.1999, publ. DJ 28.2.2000. Sobre o tema, v. Rodrigo Xavier Leonardo, *Redes contratuais no mercado habitacional*, São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.



- 35 O caso foi objeto de estudo de José Carlos Barbosa Moreira, Unidade ou pluralidade de contratos: contratos conexos, vinculados ou coligados. Litisconsórcio necessário ou facultativo. 'Comunhão de interesses', 'conexão de causas' e 'afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito', *Revista dos tribunais*, vol. 448, São Paulo, fev. 1973, pp. 51-60.



## FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

SUMÁRIO: 1. O período pré-contratual: negociações e responsabilidade – 2. Formação progressiva do contrato – 3. Proposta, oferta ao público e publicidade – 4. Aceitação e momento de formação do contrato – 5. Lugar de conclusão do contrato – Problema prático.

### **1. O PERÍODO PRÉ-CONTRATUAL: NEGOCIAÇÕES E RESPONSABILIDADE**

A identificação do momento em que o contrato se reputa formado mostra-se relevante para a determinação das normas a ele aplicáveis. Concluído o acordo, como ato jurídico perfeito, ele torna-se imune à incidência de novas regras legais relativas à sua formação. Do mesmo modo, falecida uma das partes após a conclusão do contrato, seus herdeiros podem sucedê-la na titularidade dos direitos e deveres transmissíveis. Daí a importância crucial da definição do momento em que, tendo-se por celebrado o contrato, considera-se estabelecida a relação jurídica de força obrigatória, composta por direitos e deveres decorrentes do exercício da autonomia negocial.

[Formação do contrato como processo]

A identificação do momento em que o contrato se forma, todavia, não é procedimento hermenêutico simples. A bilateralidade própria de todo contrato, entendida como a exigência de conjugação de duas declarações de vontade complementares para sua conclusão, já revela que a formação do contrato, em regra, se protraí no tempo. Quanto mais complexa for a disciplina normativa a ser construída pelas partes, e quanto mais intrincados os interesses em jogo, maior será o tempo necessário para que o contrato se forme. Em razão disso, ao lado da determinação do momento de conclusão do contrato, cumpre ao ordenamento a tutela das legítimas expectativas construídas entre as partes durante o período que antecede o aperfeiçoamento da relação contratual, tendo em vista o investimento de tempo, trabalho e recursos empregados.

[Negociações preliminares ou tratativas]

[Punctação]

Denomina-se esse período pré-contratual e nele as partes estreitam contato, com conversas prévias, realização de debates, até a troca de minutas do futuro instrumento, em negociações preliminares ou tratativas. Em contratos complexos, esse processo implica custos significativos, abrangendo a troca de informações, a realização de pesquisas, viagens e análises, com contratação de peritos (contadores, advogados etc.), como ocorre, com frequência, na aquisição de controle acionário de companhias, em procedimento designado pela terminologia anglo-saxônica *due diligence* (diligência prévia). A partir dessas verificações preliminares, dá-se a punctação, isto é, a redação de minutas contratuais, que funcionam como versões preliminares do instrumento de contrato a ser celebrado, de maneira a explicitar opções normativas para a composição dos interesses em jogo.

[Cartas de intenção]

Recurso comum a esses processos formativos de contratos, em que há grande número de variáveis e alto grau de incerteza,

especialmente no âmbito dos contratos internacionais, em que as partes ainda precisam se familiarizar com as peculiaridades de cada ordenamento, são as chamadas cartas de intenção. Servem para partilhar informações, definir termos para a negociação e, por vezes, indicar aspectos do futuro contrato a ser concluído, constituindo-se em acordos provisórios com a manutenção, em regra, da liberdade para celebrar o contrato definitivo.<sup>1</sup>

[Responsabilidade pré-contratual]

A inexistência de vínculo contratual no período das negociações preliminares não afasta a existência de deveres e direitos recíprocos entre as partes. Especialmente diante de tratativas que importam em significativo aporte de capital, impõe-se tutelar a confiança incutida pelo processo de negociação e pelas legítimas expectativas dele decorrentes. Assim, mesmo na ausência de deveres propriamente contratuais, encontram-se presentes deveres de conduta, fundados na boa-fé objetiva e no dever geral de *neminem laedere*, cuja violação ensejará o que se costuma referir como responsabilidade pré-contratual.

[Responsabilidade pela ruptura imotivada das negociações e *culpa in contrahendo*]

[Interesse negativo × interesse positivo]

Diante disso, poderá ocorrer responsabilidade pré-contratual no caso de ruptura imotivada das negociações. Formulada pioneiramente por Ihering sobre a ideia de culpa *in contrahendo*, restrita às hipóteses de nulidade do contrato, expandiu-se gradualmente com fundamento na violação do princípio da boa-fé objetiva. Dessa maneira, o rompimento das tratativas, em regra autorizado pela liberdade de contratar, pode-se tornar abusivo em razão das circunstâncias que o cercam, a ensejar a responsabilização da parte que deu causa à ruptura. O progresso nas negociações, com investimentos de tempo, trabalho e recursos, exige ponderação entre a autonomia negocial, que dá suporte ao

direito potestativo de abandonar as tratativas, e a boa-fé objetiva, que tutela as legítimas expectativas criadas pelas negociações.<sup>2</sup> A conduta daquele que leva a cabo longas negociações, incutindo a confiança na celebração do contrato, para depois romper o processo, sem qualquer justificativa idônea para a frustração da outra parte, pode ser caracterizada como abuso do direito, com fundamento, inclusive, em figura parcelar da boa-fé objetiva, a vedação ao comportamento contraditório, conhecido pelo brocardo latino *venire contra factum proprium*.<sup>3</sup> Prevalece o entendimento, todavia, de que a indenização devida nesses casos abrange apenas o interesse negativo, isto é, a recomposição da situação em que a vítima estaria se a negociação não tivesse ocorrido (abstração do ocorrido), e não o interesse positivo, a situação que seria obtida caso a contratação tivesse sido bem-sucedida (adição do não ocorrido).<sup>4</sup>

## 2. FORMAÇÃO PROGRESSIVA DO CONTRATO

[Formação progressiva do contrato]

A responsabilização do negociante que age de forma abusiva, por violação ao princípio da boa-fé, pode revelar-se, todavia, insuficiente para a tutela da integralidade das situações, própria do período pré-contratual. A solução mostra-se insatisfatória em situações complexas nas quais obrigações contratuais são assumidas gradativamente, de modo que o agente, por vezes, ao mesmo tempo em que negocia futuras bases contratuais, no âmbito de tratativas ou negócios preliminares, executa obrigações verdadeiramente contratuais, relativamente a parcelas do conteúdo do negócio já definitivamente estabelecidas, passo a passo, de maneira irrevogável. Identifica-se, em cenário assim delineado, o que se tem designado como formação progressiva dos contratos, cujo conteúdo se estabelece gradualmente ao longo das negociações preliminares. Em outras palavras, o contrato se forma aos pedaços, mediante obrigações paulatinamente assumidas pelas partes.<sup>5</sup> Vale dizer, uma

vez estabelecida a importância do componente volitivo na formação do contrato, há de se indagar se, nas fases de tratativas, não se pode conceber a formação contratual em etapas, de modo que muitos dos vínculos contratuais possam ir se formando gradualmente, antes da celebração do contrato definitivo.<sup>6</sup>

[Contato social e comportamento socialmente típico]

[Indenização de interesses positivos]

Para que isso seja possível, sem impor aos negociadores a contratação coativa, ou a conversão arbitrária das tratativas em vínculo obrigacional, o que seria autoritário e injustificado, pode-se revisitar as teorias que, fundadas nos comportamentos socialmente típicos<sup>7</sup>, permitem a admissão de atividades contratuais extraídas do contato social estabelecido no âmbito das tratativas. Tratar-se-ia de entrever, dito por outras palavras, pequenos contratos formados sem negócio jurídico que lhes dê origem, com fundamento no comportamento (socialmente típico) mediante o qual obrigações unilaterais ou bilaterais são progressivamente assumidas mesmo sem a celebração de negócio jurídico. Em tais casos, cada vez mais frequentes na prática negocial, a teoria da *culpa in contraendo*, da qual decorrem exclusivamente interesses negativos, apresenta-se incompatível com a realidade dos fatos, diante das obrigações contratuais já efetivamente assumidas e em relação às quais parece razoável que a parte possa legitimamente almejar, em caso de violação, interesses positivos. A admissão de interesses positivos na ruptura no âmbito de tratativas, a qual encontra óbice doutrinário e jurisprudencial pelo fato de não ter se consumado o contrato, mostra-se plausível desde que se considere, em relação a certas obrigações, o contrato (ou parte autônoma dele) já formado, extrapolando-se, portanto, a fase pré-contratual.

[Atividade sem negócio]

Para o desenvolvimento de construção dessa envergadura mostra-se valiosa a recuperação dos subsídios doutrinários

oferecidos pela doutrina das atividades sem negócio e dos comportamentos sociais típicos, que poderiam demonstrar a possibilidade de produção de efeitos do contrato antecedente ou independentemente no negócio jurídico que o constitui.<sup>8</sup> A partir da constatação de que há inúmeras atividades legítimas sem prévia celebração de negócio jurídico – que configuram os aludidos comportamentos sociais típicos –, ampliam-se as possibilidades de qualificação contratual e abre-se caminho para a vinculação obrigacional progressiva, a partir do contato social estabelecido por todo o período das tratativas e da assunção de obrigações pré-contratuais. Em contrapartida, e na mesma esteira, poder-se-ia mesmo reconhecer o esmorecimento progressivo dos vínculos assumidos com ou sem negócio fundante, por conta de circunstâncias fáticas.

Tal perspectiva, em última análise, permite a superação da estreitíssima alternativa entre interesses negativos e positivos como forma de ressarcimento oriunda de danos sofridos na fase pré-contratual (que se torna, assim, progressivamente, contratual). O intérprete há de definir, uma vez efetuada a qualificação da atividade contratual, a causa do contrato traduzida na unidade de efeitos essenciais, identificando, então, a intensidade qualitativa e quantitativa dos deveres assumidos, como forma de estabelecer a execução específica de certas obrigações e o dever de reparar proporcional aos deveres contratuais dotados de eficácia, por conta da atividade efetivamente desenvolvida. Nesse sentido, não é incomum ao período pré-contratual que as partes assumam compromissos de confidencialidade, ou mesmo de exclusividade e não-concorrência, que geram direitos e deveres exequíveis a despeito da falta de formalização do negócio jurídico definitivo.

### **3. PROPOSTA, OFERTA AO PÚBLICO E PUBLICIDADE**

[Proposta]



Superadas as tratativas, que nem sempre ocorrem, a formação do contrato se inicia com a proposta. Trata-se de declaração unilateral receptícia, que se distingue por já conter todos os elementos essenciais à formação do contrato.<sup>9</sup> Configura negócio jurídico unilateral, na medida em que sua eficácia decorre da força jurígena da própria manifestação do proponente, independentemente da manifestação de quem a recebe, cuja anuência será indispensável para o aperfeiçoamento do contrato. Se não contém todos os requisitos para o contrato a ser firmado, poderá ser entendida como convite à proposta e, portanto, ainda no âmbito das negociações preliminares.<sup>10</sup> Manifestada pelo proponente (também chamado *policitante*), a proposta dirige-se à outra parte, com quem se pretende firmar o contrato, denominada *oblato*. Como acima observado, a proposta é negócio jurídico unilateral, e vincula o proponente aos seus termos, oferecendo ao oblato o direito potestativo de aceitá-la, e, com isso, celebrar o contrato. Descumprida a proposta, desde que firme, tem o oblato não apenas direito à indenização das perdas e danos, mas também a possibilidade de execução específica do teor do contrato prometido.<sup>11</sup>

[Proposta não vinculante]

[Retratação da proposta]

A vinculação do proponente à proposta não é absoluta, pois é limitada pelos seus termos, por sua natureza e circunstâncias, bem como pelo período de tempo em que é eficaz.<sup>12</sup> Esse período pode ser indicado na proposta como prazo para aceitação, ou, no silêncio dela, será o tempo suficiente para que chegue ao oblato e a resposta deste retorne ao proponente. Assim, se a proposta for transmitida entre presentes, deve o oblato responder imediatamente, para que preserve a sua eficácia vinculante. Reputam-se presentes não apenas aqueles que se encontram no mesmo ambiente, mas todos aqueles que se comunicam por meio síncrono, pois o que identifica a ausência prevista neste dispositivo do Código Civil é a

inexistência de certeza quanto à resposta imediata.<sup>13</sup> Nesse sentido, também se reputam presentes – ainda que fisicamente ausentes – aqueles que recebem a mensagem de proposta e podem responder imediatamente, como nos casos de comunicação por telefone ou por aplicativos de redes sociais que identificam que o interlocutor está *online*. Se entre ausentes, como ocorre na correspondência epistolar, subordina-se o proponente ao tempo necessário ao encaminhamento da proposta, somado ao tempo de retorno da aceitação, devendo o oblato, por isso mesmo, responder assim que receber a proposta, sob pena da perda de sua eficácia. A proposta deixa de ser vinculante também pelo advento de retratação, consistente em declaração do proponente visando a obstar os efeitos da proposta. Para que seja admissível e hábil a romper sua força vinculante, a retratação deve chegar ao oblato antes ou junto com a proposta.<sup>14</sup> Distingue-se, portanto, de revogação: enquanto a retratação, prevista no inciso IV do art. 428 do Código Civil, posta emitida posteriormente, deve chegar ao oblato antes que este tome conhecimento da proposta, ou junto com esta, a vontade de cancelar a proposta depois que seu destinatário dela tenha dito ciência denomina-se revogação – em regra vedada pelo ordenamento.

[Oferta ao público]

Hipótese peculiar de proposta é a oferta ao público, dirigida indistintamente à coletividade.<sup>15</sup> Especialmente voltada à formação de contratos de adesão, a indeterminação do oblato que lhe é característica impõe alteração das regras aplicáveis. Neste caso, não se admite a retratação, já que não há como determinar o momento do recebimento da proposta pelo oblato, e se admite, excepcionalmente, a faculdade de revogação, desde que prevista na própria oferta e exercida da mesma forma de sua veiculação (CC, art. 429). Por isso, é comum que a oferta seja veiculada com ressalvas expressas, como prazo de vigência, possibilidade de revogação e limitação da oferta à duração de estoque.<sup>16</sup>

[Oferta nas relações de consumo]

No âmbito das relações de consumo, a oferta segue regime diferenciado. De maneira geral, toda publicidade ou informação vincula o fornecedor (CDC, art. 30), em acepção ampla de oferta que abrange todas as formas de marketing.<sup>17</sup> Em atendimento ao direito do consumidor à informação, a oferta deve conter “informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores” (CDC, art. 31), além de informações relativas à identificação do fornecedor (CDC, art. 33). Ao lado do dever de informação, cumpre ao fornecedor também dever de colaboração, no sentido de ofertar também peças de reposição, enquanto persistir a fabricação ou importação do produto, e mesmo após isso, por tempo razoável (CDC, art. 32). Além disso, o descumprimento da oferta pelo fornecedor abre ao consumidor possibilidades distintas daquelas oferecidas ao oblato nas demais relações jurídicas: além de exigir o cumprimento forçado ou satisfazer-se com perdas e danos, poderá aceitar produto ou prestação equivalente (CDC, art. 35).

#### **4. ACEITAÇÃO E MOMENTO DE FORMAÇÃO DO CONTRATO**

[Aceitação]

[Aceitação com modificações]

A formação do contrato completa-se pela manifestação do aceitante ou oblato, que, por sua eficácia intrínseca, se constitui em autônoma declaração unilateral de vontade receptícia: a aceitação. A concordância do oblato, exercendo direito potestativo deflagrado pela proposta, transforma-o em aceitante e consolida o contrato, como negócio bilateral, gerando o consentimento. No entanto, para que essa manifestação de vontade possa ser qualificada como

aceitação, há ser oportuna e simples, de modo a ser recebida pelo proponente dentro do prazo de eficácia da proposta, tempestivamente. Para ser eficaz, não deve conter qualquer modificação dos termos da proposta, tratando-se de pura concordância. Caso a aceitação chegue ao proponente após o prazo estabelecido ou contendo qualquer alteração, não será considerada aceitação, mas contraproposta, isto é, nova proposta (CC, art. 431). Neste caso, serão invertidos os papéis: o oblato se tornará proponente. De fato, não é incomum que a negociação entre as partes compreenda uma sucessão de propostas e contrapropostas, no que Pontes de Miranda chamou de “jogo de tênis de ofertas”.<sup>18</sup>

[Aceitação tardia]

Observe-se que a tempestividade da aceitação somente será aferida no momento da sua chegada ao proponente, de acordo com os termos e características da proposta. Se a aceitação, embora enviada dentro do prazo, tornar-se involuntariamente intempestiva, por motivo alheio ao oblato, o legislador impõe ao proponente o dever de comunicar esse fato imediatamente ao oblato, dando-lhe ciência da frustração do negócio. Pretende-se assim proteger o oblato, para evitar que este, sem perceber a intempestividade, pudesse iniciar a execução do contrato acreditando na sua celebração. A violação pelo proponente desse dever de informar acerca da intempestividade da resposta, nos termos do art. 430 do Código Civil, gerará o dever de indenizar o oblato pelos prejuízos sofridos, traduzindo o dever de mitigar danos decorrente do princípio da boa-fé objetiva.

[Formas de aceitação]

A aceitação, como negócio jurídico unilateral, pode ser admitida não apenas sob a forma expressa, mas também de maneira tácita, presumida ou ficta. São exemplos de aceitação tácita os atos de início de execução tácita, ou outras formas de comportamento concludente<sup>19</sup>, como o envio da mercadoria comprada ou a utilização

do bem ofertado. De outra parte, considera-se presumida a aceitação quando decorrido em silêncio prazo previsto em lei ou pelas circunstâncias (por exemplo, na assunção de dívida hipotecária regulada no art. 303 do Código Civil). Já por aceitação ficta tem-se os casos em que a lei expressamente considera aceita a proposta mesmo sem a manifestação de vontade (ficção legal), como no caso de doação a absolutamente incapaz (CC, art. 543). Assim como estabelece a disciplina da proposta, a aceitação não pode ser revogada após chegar ao conhecimento do proponente, embora possa ser objeto de retratação por manifestação contrária do oblato, desde que – mesmo se emitida após a declaração de assentimento – chegue antes ou junto desta ao proponente (CC, art. 433).

[Momento de conclusão do contrato]

Com a aceitação completa-se a estrutura bilateral da formação do contrato. Quando celebrado entre ausentes, torna-se relevante estabelecer o momento em que se aperfeiçoa o contrato. No direito comparado, quatro teorias disputam a definição do momento a se considerar o contrato celebrado: (i) a teoria da agnição, pela qual se tem o contrato celebrado no momento em o assentimento é manifestado; (ii) a teoria da expedição, adotada pelo legislador brasileiro, pela qual o contrato é celebrado no momento em que a aceitação é expedida ao proponente; (iii) a teoria da recepção, que considera como momento do contratação o instante em que a aceitação é recebida pelo proponente, tendo este tomado ou não conhecimento do conteúdo da resposta; e a (iv) teoria da cognição, segundo a qual somente quando o proponente toma efetivamente ciência do teor da aceitação tem-se o contrato por celebrado.

[Formação do contrato eletrônico]

O legislador brasileiro, no art. 434 do Código Civil, firmou opção peculiar,<sup>20</sup> no sentido de adotar a teoria da expedição, mitigando-a. Assim, segundo o sistema do Código Civil, o contrato entre ausentes considera-se firmado no momento da expedição, a menos que: (i)

haja retratação da aceitação, já que, chegando esta antes ou junto com a aceitação, cancela o efeito conclusivo; (ii) a aceitação, embora enviada no prazo, chega depois do previsto, quando configurará nova proposta; e (iii) a proposta preveja que se aguardará a aceitação ou que o contrato se reputará firmado em outro momento, no exercício da autonomia contratual, tendo em vista o caráter supletivo de tais regras.<sup>21</sup> Não há peculiaridade no caso de contratos formados pela internet, razão pela qual se aplica a mesma sistemática<sup>22</sup>, devendo-se ressaltar, no âmbito dos contratos eletrônicos, a exigência de confirmação do recebimento da aceitação, em proteção ao consumidor (Decreto 7.962/2013, art. 4º, IV).

## 5. LUGAR DE CONCLUSÃO DO CONTRATO

[Local de formação do contrato e sua relevância]

Há que se estabelecer, ainda, para fins de determinação de normas aplicáveis, o local em que se considera formado o contrato. Nesse sentido, às obrigações resultantes de contratos internacionais deve ser aplicada a lei do país em que se constituíram, conforme o princípio do *locus regit actum* (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB – Decreto-lei 4.657/42, art. 9º). O Código Civil manteve no art. 435 a regra do local da proposta no silêncio das partes, bem como a LINDB, no § 2º do art. 9º, continua a usar como critério o local de residência do proponente. Assim, as obrigações resultantes de contrato firmado entre proponente que resida na França e oblato residente no Brasil devem ser regidas pelo direito francês, não pelo direito brasileiro.

[Local de formação do contrato eletrônico]

O sistema adotado pelo legislador, todavia, não se encontra adequado aos chamados contratos eletrônicos, em especial aqueles que envolvem relações de consumo. A determinação da lei aplicável com base no local da sede do fornecedor ou do local em que está

hospedada a página da oferta prejudicaria a tutela do consumidor, já que este muitas vezes desconhece qual seja esse local e a sua legislação. Essa indefinição permitiria ao fornecedor hospedar sua página em locais cuja legislação tenha menor grau de proteção ao consumidor: revela-se, assim, a insuficiência da mera subsunção, cumprindo-se adotar uma interpretação funcional que leve em conta a tutela constitucional do consumidor. Nesse sentido, destaca-se a adoção do princípio do *stream of commerce* (fluxo do comércio), que justifica a aplicação da lei vigente onde o produto ou serviço é adquirido ou utilizado pelo consumidor, arcando o empreendedor com o ônus de lhe ter dirigido a oferta.<sup>23</sup>

## PROBLEMA PRÁTICO

Sociedade organizadora de eventos e sociedade varejista reúnem-se com vistas à realização de grande evento de informática. Após o agendamento do evento, inteiramente orçado, a realização de diversas reuniões e trocas de e-mails, visitas técnicas e elaboração de memoriais descritivos, a sociedade varejista subitamente desiste de prosseguir na relação, antes da celebração do contrato. Cabe à organizadora do evento indenização pelos gastos que efetuou, como, por exemplo, a contratação de terceiros?

### • Vide Casoteca

- 
- 1 Cf. Judith Hofmeister Martins-Costa, Contratos internacionais – cartas de intenção no processo formativo da contratação internacional – graus de eficácia dos contratos, *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 94, São Paulo, 1994, pp. 207-224.
  - 2 Enunciado n. 25 da I Jornada de Direito Civil – CEJ/CJF: “O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”.
  - 3 Sobre o tema, v. Regis Velasco Fichtner, *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001; e Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Sobre o *venire* no direito brasileiro, v. Anderson Schreiber, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, São Paulo: Atlas, 2016, 4ª ed.
  - 4 Sobre os conceitos, v. Paulo Mota Pinto, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, e, entre nós, Renata C. Steiner, *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*, São Paulo: Quartier Latin, 2019.
  - 5 Francesco Carnelutti, Formazione progressiva del contratto, *Rivista di diritto commerciale*, 1916, I, pp. 308- 319.
  - 6 Na experiência brasileira, o tema é tratado por Gustavo Tepedino, Atividade sem negócio jurídico fundante e a formação progressiva dos contratos, *Revista trimestral de direito civil*, n. 11, vol. 44, Rio de Janeiro, 2011, pp. 19-30.
  - 7 Sobre o tema, remete-se ao item 4 do Capítulo II.
  - 8 Para o exame da evolução histórica de diversas teorias afins, v. Juliana Pedreira da Silva, *Contratos sem negócio: crítica das relações contratuais de fato*, São Paulo: Atlas, 2011, *passim*.
  - 9 Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009 (1959), 26ª ed., p. 73.
  - 10 Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli: ESI, 2005, 5ª ed., p. 389.



- 11 Nesse sentido, Judith Martins-Costa, *A boa-fé*, cit., pp. 511-512. Contra: Clovis Bevilacqua, *Direito das obrigações*, Rio de Janeiro: Rio, 1982 (1977), p. 168.
- 12 Por exemplo, pode constar da proposta expressão como “sem compromisso”, “salvo confirmação” (J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975, 8ª ed., p. 63).
- 13 Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 80.
- 14 Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 79.
- 15 A oferta ao público pode dar-se, por exemplo, pela “exposição de mercadorias nas vitrinas dos estabelecimentos, com preços fixos”, pelas “ofertas de móveis, livros, calçados, roupas etc., feitas por meio de catálogos, circulares, cartazes, anúncios etc., desde que indiquem o preço de cada objeto” e “por meio de aparelhos automáticos, as quais se consideram determinadas e limitadas à provisão do seu reservatório” (J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975, 8ª ed., pp. 61-62).
- 16 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2014 (1963), 18ª ed., atualizado por Caitlin Mulholland, p. 37.
- 17 Claudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 7ª ed., p. 291.
- 18 Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 93
- 19 Sobre o tema, v. Paulo Mota Pinto, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra: Almedina, 1995.
- 20 Criticando a adoção da teoria da expedição, afirma Carvalho Santos que “teve necessidade o legislador de cair nas maiores contradições para adaptá-las às necessidades da vida” (J. M. de Carvalho Santos, *Código civil brasileiro interpretado*, vol. XV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975, 8ª ed., p. 119).
- 21 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., p. 44.
- 22 Em sentido contrário, cfr. o Enunciado 173 da III Jornada de Direito Civil: “A formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo

proponente”. Para uma análise crítica, v. Anderson Schreiber, Contratos eletrônicos e consumo, *Revista brasileira de direito civil – RBDCivil*, vol. 1, Rio de Janeiro, jul.-set. 2014, p. 105, indicando que o entendimento, além de privado de fundamento normativo, não resolve o problema da precária tutela do consumidor nesse tipo de contratação.

- 23 Cf. Anderson Schreiber, *Contratos eletrônicos*, cit., pp. 101-103. Sobre o tema, v. ainda, Caitlin Sampaio Mulholland, *Internet e contratação*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 130-131, e Guilherme Magalhães Martins, *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 2ª ed., p. 105.



## *Capítulo VII*

# CONTRATO PRELIMINAR

SUMÁRIO: 1. Conceito de contrato preliminar – 2. Requisitos do contrato preliminar – 3. Efeitos do contrato preliminar – 4. Contrato preliminar unilateral – Problema prático.

## 1. CONCEITO DE CONTRATO PRELIMINAR

[Definição]

Considera-se preliminar o contrato que tem por objeto a celebração de outro contrato, usualmente referido como principal, definitivo ou prometido.<sup>1</sup> O contrato preliminar constitui, portanto, o negócio jurídico por meio do qual as partes se obrigam a celebrar, no futuro, o contrato principal ou definitivo. Justifica-se a sua celebração quando as partes ainda não têm definido todo o conteúdo do contrato definitivo, tendo já alcançado consenso quanto a elementos suficientes para decidirem pela celebração do contrato futuro. Vinculam-se, assim, a compromisso preliminar e irretratável, para resguardarem-se contra a desistência ou ao arrependimento da outra parte. A função prático-social do contrato preliminar consiste, portanto, em obrigar as partes a celebrar o contrato definitivo posteriormente, conferindo segurança aos contratantes.

Se o que falta à certeza quanto ao teor do contrato é evento futuro, a inserção de condição ou termo basta para subordinar a eficácia do contrato, sem necessidade do preliminar. Ao reverso, se a incerteza quanto à complementação do conteúdo contratual demanda o prolongamento das negociações em busca do consenso, as partes podem abrir espaço para o que se convencionou chamar reserva de adaptabilidade. No exercício de sua autonomia, os contratantes já firmam o contrato preliminar com os elementos sobre os quais há consenso, reservando para a ocasião da celebração do contrato definitivo a solução dos pontos pendentes. Representa, dessa forma, o parcelamento do processo de formação do contrato em dois momentos, distintos tanto do ponto de vista cronológico, como do ponto de vista jurídico.<sup>2</sup>

[Regulamentação no ordenamento brasileiro]

[Compromisso de compra e venda de imóvel]

A dificuldade na caracterização de seus traços fundamentais, no ordenamento brasileiro, decorre de sua evolução legislativa. Antes mesmo de reconhecer a categoria geral do contrato preliminar, impôs-se ao legislador regulamentar a hipótese específica do compromisso de compra e venda de imóvel, de maneira a lidar com a realidade social brasileira, na qual, de forma recorrente, faltam recursos e documentação às partes contratantes para viabilizar a escritura pública e a transcrição no registro, exigidas para a celebração e eficácia da compra e venda definitiva de imóvel. Diante disso, os instrumentos particulares proliferam, o que levou o legislador a regular e tutelar os direitos de promitente-comprador e promitente-vendedor, originalmente por meio do Decreto-Lei n. 58, de 1937, ainda que a figura do contrato preliminar não fosse prevista pela legislação geral. A regulação foi de tal forma minuciosa e com traços tão distintos, que ainda hoje se questiona se o compromisso de compra e venda pode ser reconduzido à categoria geral dos contratos preliminares ou configura categoria contratual autônoma.

[Utilidade]

[Antecipação de efeitos]

Paralelamente a isso, todavia, contratos preliminares revelaram-se instrumentos importantes na atividade empresarial, como no âmbito das cessões de controle societário ou nos financiamentos de grandes projetos (*project finance*). De maneira geral, eles permitem a vinculação contratual quando ainda não é possível, material ou juridicamente, a celebração do definitivo, com o diferimento da introdução do regulamento de interesses e a antecipação dos efeitos substanciais do negócio sem o aperfeiçoamento do definitivo.<sup>3</sup> De fato, reconhece-se em doutrina a possibilidade de o contrato preliminar prever a antecipação de alguns dos efeitos do definitivo, antes mesmo da sua conclusão, como o contrato preliminar que prevê o início do pagamento do preço, ou o uso da coisa, antes mesmo da celebração do contrato definitivo.<sup>4</sup> A antecipação, todavia, deve ser somente parcial, sob pena de desqualificar o preliminar, tornando-o definitivo.<sup>5</sup> A legislação processual adiantou-se ao prever a execução específica das promessas de declarar vontade e o Código Civil introduziu regulamentação geral dos contratos preliminares.

## 2. REQUISITOS DO CONTRATO PRELIMINAR

[Forma livre do contrato preliminar]

De acordo com o art. 462<sup>6</sup> do Código Civil, o contrato preliminar deve conter todos os requisitos essenciais do contrato definitivo, exceto quanto à forma. Assim, o contrato preliminar não precisa revestir forma específica, mesmo que o contrato definitivo exija essa formalidade. Por exemplo, no caso de contrato definitivo de compra e venda que exija instrumento público, o contrato preliminar poderá ser celebrado por instrumento particular. Incluirá todos os elementos que as partes consideram essenciais para o compromisso assumido, ainda que se encontre pendente a definição de parte do conteúdo

cujas pendências, embora evidentemente relevantes, não se mostram suficientes para impedir a obrigação irretratável de contratar.

Discute-se, ao propósito, se o contrato preliminar deve abranger todos os elementos do contrato definitivo ou se poderiam existir lacunas quanto a certos aspectos do contrato principal, para fins de verificar a possibilidade de execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo, na hipótese de recusa de uma das partes. Enquanto a exigência de requisitos em excesso, aproximando demasiadamente o preliminar do definitivo (como, no extremo, a tese da equiparação), esvazia a utilidade da figura, abertura e flexibilidade em demasia, permitindo a vinculação das partes à celebração do definitivo sem acordo sobre elementos que lhe são essenciais, gera grande insegurança.<sup>7</sup>

[Caso Disco]

A matéria se mostra controvertida, recorrendo-se frequentemente ao célebre caso Disco<sup>8</sup>, de relatoria do Ministro Moreira Alves, no qual o Supremo Tribunal Federal teve que avaliar se o acordo pelo qual a Distribuidora de Comestíveis Disco S/A comprometeu-se a vender 97% de suas ações para os Supermercados Pão de Açúcar S/A, cujo preço deveria ser determinado conforme liquidação do valor da empresa, possuía os requisitos para ser qualificado como contrato preliminar ou configurava somente negociações preliminares.<sup>9</sup> A Corte entendeu que o contrato preliminar lacunoso, embora vinculante, não enseja o pedido de execução específica, cabendo apenas perdas e danos em face da parte inadimplente.

A resposta a essa indagação quanto à natureza vinculativa do preliminar depende da definição do que se compreende por elemento essencial, segundo a dicção do Código Civil. Nessa direção, o entendimento do aludido precedente, concebido na década de 70, há de acompanhar a evolução das relações socioeconômicas e as transformações pelas quais passou o Direito. De fato, as relações econômicas, cada vez mais complexas e dinâmicas, não encontram tutela nos tipos contratuais predispostos pelo ordenamento, demandando sofisticados regulamentos de interesses que disciplinem

os objetivos pretendidos pelos contratantes, como é a hipótese de contratos de compra e venda de energia elétrica. Estes negócios dependem de extensa negociação pelas partes, com vistas a detalhar todos os aspectos relevantes na operação pretendida. Evidentemente que, nestes casos, diversos elementos serão essenciais ao atendimento dos interesses dos contratantes, como a definição do ponto de entrega da energia, os critérios de medição, penalidades, modo de adimplemento, dentre outros. Entretanto, caso se acolhesse o entendimento tradicional, jamais se configuraria contrato preliminar em relações econômicas complexas, pois os negócios preliminares seriam incapazes de regular todos os aspectos essenciais à concreta relação. Nesta perspectiva, o contrato preliminar assumiria cada vez menos importância, pois inapto a prever todos os elementos essenciais em complexas relações jurídicas.

[Contrato preliminar e contrato incompleto]

Por outro lado, o contrato preliminar serve justamente para assegurar que as partes, no futuro, celebrem o contrato pretendido, oferecendo a oportunidade de as partes, uma vez vinculadas, negociarem todos esses aspectos atinentes a relações de elevada complexidade, afigurando-se, assim, como mecanismo estratégico nas contratações. Poder-se-ia cogitar, nessa direção, de contrato preliminar incompleto, em que existem lacunas a serem determinadas futuramente pelos contratantes.<sup>10</sup> Deste modo, a compreensão quanto aos “elementos essenciais” do contrato preliminar depende do concreto regulamento de interesses, verificando-se a possibilidade de o devedor ser forçado a assinar o contrato definitivo, com a substituição de sua vontade pelo magistrado, sem se descurar, contudo, do princípio da autonomia privada.<sup>11</sup>

Aproxima-se, por esse motivo, o contrato preliminar à figura do contrato incompleto, no qual as partes realizam gestão negativa dos riscos supervenientes, prevendo critérios e procedimentos para a colmatação de lacunas que optaram por preencher no futuro,



preservando-se no preliminar a sua função prático-jurídica de assegurar a celebração de outro contrato, o definitivo.<sup>12</sup>

[Registro como fator de eficácia perante terceiros]

Deve-se, ainda, ter atenção que, a despeito da redação do parágrafo único do art. 463 do Código Civil, o registro do contrato preliminar não é requisito para sua validade.<sup>13</sup> Trata-se, somente, de fator para a eficácia perante terceiros.<sup>14</sup> Assim, por exemplo, no caso de contrato preliminar de compra e venda não levado a registro, se o promitente-vendedor alienar a coisa a terceiro, o promitente-comprador não poderá interpelar o terceiro de boa-fé, mas subsistirá a pretensão indenizatória em face do contratante inadimplente.

### **3. EFEITOS DO CONTRATO PRELIMINAR**

[Suprimento judicial e conversão em definitivo]

O Código Civil, tendo em vista a exigência de que todo contrato preliminar contenha os requisitos essenciais do definitivo, exceto a forma, prevê expressamente a possibilidade de exigir a celebração do definitivo (CC, art. 463). Mais do que isso, incorporou a prerrogativa já então prevista na legislação processual de pretender uma decisão que substitua a manifestação de vontade do contratante inadimplente, suprimindo-a judicialmente, no que o Código optou por referir como conversão do contrato preliminar em definitivo (CC, art. 464).

[Execução específica]

Entretanto, em caso de inadimplemento relativo, costuma-se colocar em xeque a prerrogativa de o credor demandar a execução específica do acordo, compelindo judicialmente a outra parte à celebração do contrato definitivo. Tradicionalmente, a execução específica sofreu resistência, reputando-se que a execução forçada

da obrigação de contratar era invasão excessiva à liberdade de contratar, sob o aforismo *nemo precise ad factum cogi potest*, entendimento hoje superado, ante a prevalência da execução específica como forma de atendimento à função da relação obrigacional.<sup>15</sup>

De maneira geral, todavia, reconhece-se que a possibilidade de execução específica é incompatível com alguns tipos de contrato preliminar, como aqueles cujo definitivo exige manifestação de terceiro (p. ex., autorização conjugal), demanda a satisfação de uma prestação infungível e, para certos autores, contratos preliminares de doação.<sup>16</sup>

Frequentemente as partes preveem no contrato preliminar o direito de arrependimento, com ou sem multa ou arras penitenciais, caso em que a desistência da parte beneficiada encontra-se regulada no próprio contrato. Caso não exista cláusula de arrependimento, ou findo o prazo decadencial para seu exercício, o contrato preliminar impõe a obrigação de celebrar o contrato definitivo. Configurado, todavia, o inadimplemento absoluto do contrato preliminar, com o desaparecimento do interesse na celebração do contrato definitivo, abre-se ao credor vítima o direito de resolver o contrato, impondo-se ao devedor inadimplente a obrigação de indenizar as perdas e danos sofridas (CC, art. 465).

## 4. CONTRATO PRELIMINAR UNILATERAL

O contrato preliminar também se submete às classificações gerais dos contratos, entre as quais merece destaque a distinção entre bilaterais e unilaterais, que, como exposto no [capítulo V](#), toma por base a sinalagmaticidade. Assim, se a função do contrato preliminar é estabelecer a obrigação de contratar, concebe-se por contrato preliminar bilateral aquele em que há obrigações recíprocas de contratar, permitindo-se, conseqüentemente, a ambas as partes exigir da outra a celebração do contrato definitivo.

[Prazo para exigir o contrato definitivo]

Por outro lado, o contrato preliminar unilateral gera a apenas uma das partes a obrigação de contratar, permitindo apenas à outra o direito de exigir a celebração do definitivo. Essa estrutura negocial, dessa forma, produz posição de proeminência a uma das partes, que ganha a liberdade de escolher em celebrar ou não o definitivo, restando a outra parte submetida à sua escolha. Situação jurídica dessa natureza deve ser temporária, sob pena de eternizar a indefinição a que fica sujeito o devedor no que tange à constituição do contrato definitivo. Assim, não sendo fixado prazo entre as partes, o art. 466 do Código Civil faculta ao devedor impor ao credor prazo razoável para que ele se manifeste sobre a intenção ou não de celebrar o definitivo, findo o qual perderá o direito a exigi-lo.

[Contrato preliminar unilateral e proposta]

A figura distingue-se da proposta, embora também enseje a prerrogativa de uma das partes, por manifestação de vontade, constituir novo contrato. A distinção encontra-se na gênese dessa prerrogativa: enquanto na proposta o oblato ganha o direito de aceitar em decorrência de negócio unilateral da outra parte, no contrato preliminar unilateral, o direito do credor origina-se de acordo firmado entre ambos.<sup>17</sup>

[Contrato preliminar unilateral e opção]

Controverte-se sobre distinção entre o contrato preliminar unilateral e a opção, comum no meio societário, bem como sobre a natureza do prazo em questão.<sup>18</sup> Para alguns autores há identidade entre as figuras, enquanto outros preferem identificar no contrato preliminar unilateral a constituição de um direito subjetivo à celebração do definitivo, sujeito, portanto, a prazo prescricional, enquanto a opção franquearia ao beneficiado verdadeiro direito potestativo à constituição da relação jurídica que decorreria do definitivo, a ser exercido no prazo decadencial previsto.<sup>19</sup> O debate perdeu parte de sua intensidade em razão da consagração da

execução específica do contrato preliminar, que permite o suprimento judicial da vontade que a contraparte tiver recusado a manifestar.<sup>20</sup>

## PROBLEMA PRÁTICO

O acordo para a venda da maior parte das ações de determinada sociedade, com previsão de preço a ser calculado de acordo com a liquidação do valor da sociedade, e deixando-se ainda em aberto outros pontos para posterior complementação, é passível de execução forçada?

- **Vide Casoteca**

- 
- 1 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. III, atualizado por Caitlin Mulholland, Rio de Janeiro: Forense, 2014 (1963), 18ª ed., p. 73.
  - 2 Ana Prata, *O contrato-promessa e seu regime civil*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 17.
  - 3 André Brandão Nery Costa. *Contrato preliminar: função, objeto e execução específica*, Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 43.
  - 4 Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli: ESI, 2005, 5ª ed., p. 404.
  - 5 Vincenzo Roppo, *Il contratto*, Milano: Giuffré, 2001, p. 659.
  - 6 “Art. 462. O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado”.
  - 7 Darcy Bessone, *Do contrato: teoria geral*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 102.
  - 8 STF, 2ª T., RE 88.716, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 11.9.1979.
  - 9 STF, 2ª T., RE 88.716-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 11.9.1979. Para uma análise crítica da decisão v. André Brandão Nery Costa. *Contrato preliminar: função, objeto e execução específica*, Rio de Janeiro: GZ, 2011, pp. 125-155, e Wanderley Fernandes, Formação de contrato preliminar suscetível de adjudicação compulsória, *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 77, São Paulo: jan-mar./1990, pp. 76-132.
  - 10 Sobre o contrato incompleto e sua possibilidade de integração, v. Paula Greco Bandeira, *Contrato incompleto*, São Paulo: Atlas, 2015, *passim*. Na doutrina especializada, assinala Luiza Bianchini: “A existência de pontos em branco no contrato preliminar não inviabiliza, de antemão, a sua execução específica, pois nada impede que o juiz complete o contrato de acordo com as regras de integração dos negócios jurídicos, inclusive mediante, eventualmente, o recurso à prova pericial, a fim de apurar, por exemplo, as práticas específicas do setor de mercado em que se atua” (*Contrato preliminar: conteúdo mínimo e execução*, Porto Alegre: Arquipélago, 2017, p. 214).
  - 11 No sentido de admitir a possibilidade de integração, pelo magistrado, das lacunas do contrato preliminar, v. António Menezes Cordeiro,

*Tratado de direito civil português*, Coimbra: Almedina, 2010, vol. 2, t. 2, p. 416; Ana Prata, *O contrato-promessa e o seu regime civil*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 898; e Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, Coimbra: Almedina, 2009, 12ª ed., p. 427. Na doutrina brasileira, cf. Luiza Bianchinni, *Contrato preliminar: conteúdo mínimo e execução*, Porto Alegre: Arquipélago, 2017; Araken de Assis; Ronaldo Alves de Andrade; Francisco Glauber Pessoa Alves, Do direito das obrigações (Arts. 421 a 578). In: Arruda Alvim; Thereza Alvim (Coord.), *Comentários ao código civil brasileiro*, vol. 5, cit., p. 467.

- 12 Paula Greco Bandeira, *Contrato incompleto*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 105.
- 13 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. III, atualizado por Caitlin Mulholland, Rio de Janeiro: Forense, 2014 (1963), 18ª ed., p. 81.
- 14 Enunciado n. 30 da I Jornada de Direito Civil – CEJ/CJF: “A disposição do parágrafo único do art. 463 do novo Código Civil deve ser interpretada como fator de eficácia perante terceiros”.
- 15 Para Antonio Junqueira de Azevedo, essa possibilidade estaria restrita aos pactos em que haja a presença de todos os requisitos essenciais do definitivo, comumente denominados contratos preliminares fortes ou completos, em oposição aos contratos preliminares em que o grau de indeterminação dos elementos necessários ao definitivo fosse maior (ditos fracos ou mínimos), em caso de inadimplemento caberia ao credor apenas o direito à indenização (O regime jurídico do contrato preliminar no direito brasileiro. Classificação do contrato preliminar conforme o grau de previsão do conteúdo do contrato definitivo; eficácia forte e eficácia fraca. Distinção entre requisitos para a configuração do contrato preliminar e pressupostos de admissibilidade para a execução específica. In: *Novos estudos de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 252-269). Assim, os remédios cabíveis diante do descumprimento do contrato preliminar variariam de acordo com o grau de determinação de seus elementos, não se confundindo a validade do contrato preliminar com a possibilidade de sua execução específica. Em linha similar, Alcides Tomasetti Jr., *Execução de contrato preliminar*, Tese, Faculdade de Direito da USP, 1982, e Fábio Konder Comparato, Reflexões sobre as promessas de cessão de controle societário, *Revista forense*, n. 266, São Paulo: abr.-mai./1979, p. 22.
- 16 V. nota de rodapé n. 15.

- 17 Paulo Nader, *Curso de direito civil*, vol. 3: Contratos, Rio de Janeiro: Forense, 2012, 6ª ed., p. 133.
- 18 Equiparando as figuras, Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. III, atualizado por Caitlin Mulholland, Rio de Janeiro: Forense, 2014 (1963), 18ª ed., p. 75, Picaso, pp. 412-413.
- 19 Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli: ESI, 2005, 5ª ed., p. 402.
- 20 CPC/2015, art. 501: “Na ação que tenha por objeto a emissão de declaração de vontade, a sentença que julgar procedente o pedido, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida”.





## Capítulo VIII

# CONTRATOS E TERCEIROS

SUMÁRIO: 1. Mitigação da relatividade dos efeitos do contrato – 2. Estipulação em favor de terceiro – 3. Promessa de fato de terceiro – 4. Contrato com pessoa a declarar – 5. Distinções relevantes: cessão da posição contratual e subcontrato – Problema prático.

## 1. MITIGAÇÃO DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS DO CONTRATO

[Princípio da relatividade]

O princípio da relatividade do contrato determina que o negócio produza efeitos somente entre as partes contratantes, às quais são atribuídos direitos e deveres. Tal princípio, como destacado no [capítulo III](#), vem sofrendo paulatino processo de mitigação, com a ampliação das hipóteses de extensão da eficácia dos contratos, e a ponderação da incidência da relatividade em face de outros princípios relevantes. O fundamento último do referido princípio reside na proteção à autonomia privada, já que somente aqueles que manifestaram livremente a vontade estariam submetidos aos efeitos do pacto. Tal constatação permite perceber que essa relativização da relatividade se associa ao processo de funcionalização da autonomia contratual, que passa a ser instrumentalizada ao

atendimento de outros valores constitucionalmente protegidos. Assim, o reconhecimento de que o efeito obrigatório do negócio não se funda apenas na vontade declarada, mas em interesses reputados merecedores de tutela, permite admitir com maior facilidade o surgimento de direitos e obrigações em favor de pessoas ou centros de interesse que não foram partes na celebração do contrato.

A possibilidade de integração de terceiros na relação contratual por meio de cláusulas inseridas no contrato, ou por negócios modificativos subsequentes, encontra-se amplamente reconhecida pelos ordenamentos, muitas das vezes de forma expressa na legislação. Assim, consolidaram-se figuras como a estipulação em favor de terceiro, a promessa de fato de terceiro, o contrato com pessoa a declarar, a cessão de posição contratual e o subcontrato, que passam a ser examinados nos itens subsequentes. No entanto, a interferência do contrato sobre terceiros, bem como a recíproca intervenção de terceiros sobre o contrato, prescinde dessas estruturas típicas.<sup>1</sup> Na presença de centros de interesses extracontratuais merecedores de tutela, poderá o intérprete, por meio de juízo de ponderação adequadamente fundamentado, temperar o princípio da relatividade para permitir que certos efeitos do contrato não se restrinjam às partes contratantes, tendo em vista que a regulamentação contratual não pode ser concebida de forma apartada do restante do ordenamento jurídico.

Para além das hipóteses em que o próprio legislador previu essa possibilidade, como é o caso da tutela do consumidor, que lhe permite interpelar outros membros da cadeia de contratos com os quais não teve relações diretas, a jurisprudência também contribuiu para criar novas hipóteses de ação direta do terceiro lesado frente ao contratante, como no exemplo do seguro de responsabilidade civil por danos causados a veículos por terceiros, em que se permitiu que o terceiro, vítima de dano, ajuizasse ação indenizatória em face do segurado e da seguradora, com quem não contratou, para obter assim diretamente o ressarcimento devido.<sup>2</sup>

Alude-se ainda, na esteira da mitigação do princípio da relatividade, à responsabilização do terceiro que interfere na execução do contrato, contribuindo para o seu inadimplemento. Referida como “doutrina do terceiro cúmplice” ou “tutela externa do crédito”, a interferência de terceiro foi invocada no caso das ações das distribuidoras de derivados de petróleo em face de terceiros que, vendendo clandestinamente combustíveis a postos de gasolina sabidamente vinculados à bandeira do respectivo distribuidor, induziam esses revendedores a descumprirem a cláusula de exclusividade. Também foi aduzida essa teoria por ocasião do célebre caso em que companhia de cerveja, após contratar para sua campanha publicitária notório sambista que atuava na publicidade da marca rival, respondeu a ação de perdas e danos, em conjunto com a agência responsável pela campanha publicitária na qual o artista se dizia arrependido por ter experimentado a cerveja concorrente, para a qual trabalhara. Em duas ações distintas, o Judiciário reconheceu a responsabilidade por danos morais e materiais em favor da companhia de cerveja e da agência de publicidade, que se disseram prejudicadas pela campanha publicitária.<sup>3</sup> Como observado no [capítulo III](#), essas pretensões, quando cabíveis, parecem amparar-se menos na função social do contrato, que impõe às partes a observância de interesses extracontratuais socialmente relevantes, e mais na boa-fé objetiva, que determina aos contratantes e a terceiros o respeito a efeitos contratuais que, sendo de conhecimento público, tornam-se bem jurídico digno de proteção por toda a sociedade.<sup>4</sup> Dessa forma, a responsabilização de terceiro pressupõe conduta abusiva de sua parte, em franco confronto com os padrões de probidade e retidão próprios daquele meio social, cumprindo ressaltar que, no mais das vezes, deve prevalecer a aplicação do princípio da relatividade, sendo a interferência de terceiro parte normal e regularmente admitida de livre-concorrência, como ocorre, por exemplo, com o clube de futebol que tem passe de jogador comprado por concorrente, cabendo-lhe, somente, a pretensão à multa rescisória prevista no contrato.

## 2. ESTIPULAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO

A mais conhecida estrutura contratual de mitigação ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato consiste na “estipulação em favor de terceiro”, ou “contrato em favor de terceiro”, pela qual se atribui a terceiro um direito a ser satisfeito por um dos contratantes. Por força desse contrato, uma das partes (estipulante ou promissário) contrata, em seu próprio nome, a outra parte (promitente) para que cumpra uma prestação, mas, na execução, surge terceiro centro de interesses, já que a prestação contratada será cumprida em favor de terceiro (beneficiário).<sup>5</sup> Assim, do ponto de vista subjetivo, a estipulação em favor de terceiro há de ser analisada em duas etapas: na formação do contrato, só há participação de estipulante e promitente, mas na fase de execução o beneficiário passa a integrar a relação jurídica, assumindo a posição de titular de direito decorrente de contrato alheio. Não se trata, contudo, de contrato com efeitos reflexos ou laterais benéficos para o terceiro, como é o caso dos familiares do locatário ou do comprador que se beneficiam do uso da coisa objeto do contrato.<sup>6</sup> Na estipulação em favor de terceiro, a vantagem é direta e passa a integrar a esfera jurídica do próprio beneficiário.<sup>7</sup>

[Exemplos]

Alguns tipos contratuais são ilustrativos, tais como: a constituição de renda, em que se contrata alguém para realizar prestação periódica em face de um terceiro (art. 804, CC); o seguro em que o beneficiário nomeado não é próprio contratante, como no seguro de vida ou nos planos de saúde firmados pelo empregador em favor dos empregados, ou pela associação em favor de seus associados (arts. 757-802, CC); as doações modais, quando o encargo não reverte em favor do doador (arts. 136 e 562, CC); e os acordos firmados em partilha decorrente de separação ou divórcio, com prestações em favor dos filhos.

O adimplemento da obrigação assumida pelo promitente pode ser exigido tanto pelo estipulante, já que por ele contratada, quanto pelo

terceiro, que se torna credor da obrigação, nos termos do art. 436 do Código Civil.<sup>8</sup> Embora ambos possam exigir o cumprimento da prestação, somente o beneficiário pode recebê-la, razão pela qual o promitente somente poderá alegar perante o beneficiário as exceções pessoais a ele concernentes (por exemplo, remissão, prazo de favor, prescrição, compensação) e as exceções comuns decorrentes da relação instaurada pelo contrato (como nulidade e anulabilidade do negócio, ou mesmo exceção de contrato não cumprido, se firmado sinalagma entre o benefício do terceiro e a prestação não cumprida pelo estipulante).<sup>9</sup> Assim, não pode o terceiro exigir do promitente o cumprimento da obrigação se o estipulante não adimpliu, perante o promitente, a obrigação que dava causa àquela promessa, em relação de sinalagmaticidade, como, por exemplo, a sócia que exige de concessionária a entrega de veículo que lhe teria sido comprado pela pessoa jurídica, mas esta não pagou completamente o preço avençado.<sup>10</sup>

[Ausência de transmissão de direito]

Ressalte-se que não há transmissão de direito do estipulante ao beneficiário, por não se tratar de aquisição derivada: o direito já surge tendo por titular o próprio beneficiário.<sup>11</sup> Trata-se de direito autônomo, *ex novo*, embora condicionado aos termos do contrato. Diante disso, para que o beneficiário possa receber do promitente a prestação que lhe foi propiciada pelo contrato firmado pelo estipulante não será necessário arcar com imposto de transmissão, eis que não há circulação de bens ou direitos. Tampouco é possível, em caso de insolvência ou falência do estipulante, a penhora do crédito do beneficiário, visto que jamais integrou o patrimônio do estipulante. Isso não afasta a necessidade de controle do exercício da estipulação em favor de terceiro, reputando-se simulatório, por exemplo, o contrato firmado pelo insolvente que transmite bem ao promitente para que este o transmita a terceiro, visando, com isso, na realidade, à transmissão direta do bem ao beneficiário, de modo a fraudar seus credores.

A estipulação em favor de terceiro configura, em sua forma mais genuína, inflexão do princípio da relatividade, eis que o contrato, nesse caso, atribui direito a terceiro independentemente de sua manifestação de vontade.<sup>12</sup> A aceitação do terceiro não faz nascer o direito, mas o consolida, tornando-o definitivo.<sup>13</sup> A recusa, por sua vez, terá efeitos *ex tunc*, e poderá provocar a resolução do contrato, ou, conforme a interpretação do negócio, a extinção da obrigação ou a atribuição de sua titularidade a terceiro ou ao próprio estipulante.<sup>14</sup>

[Gratuidade]

Por conta dessa peculiaridade de produzir efeitos sobre a esfera jurídica de terceiro sem seu consentimento, ao arrepio do princípio da relatividade, entende-se de forma predominante que a estipulação em favor de terceiro, propriamente dita, somente é admitida se gratuita para o terceiro.<sup>15</sup> A imposição de encargo ou contraprestação ao terceiro condicionaria a eficácia do contrato ao seu assentimento, afastando a qualificação como estipulação em favor de terceiro propriamente dita.<sup>16</sup>

[Estipulação imprópria]

Não é incomum, todavia, que a composição de interesses firmada entre as partes modifique a pureza do modelo legal, não apenas pela imposição de algum ônus para o terceiro, mas especialmente privando-o da prerrogativa de exigir, de pleno direito, a satisfação da prestação que reverterá em seu favor.<sup>17</sup> Fala-se, nesse caso, de estipulação “imprópria”, já que, ao se afastar a prerrogativa prevista no parágrafo único do art. 436 do Código Civil, modifica-se significativamente a sua função.<sup>18</sup> O beneficiário, privado do poder de exigir o adimplemento, torna-se mero destinatário da prestação. Essa modificação pode ser expressa ou tácita, caso em que cumpre ao intérprete a árdua tarefa de verificar de qual das duas se trata.<sup>19</sup>

[Faculdade de revogação]

[Faculdade de substituição]

Exemplifica a subtração da prerrogativa do terceiro de exigir a prestação a inserção no contrato, pelo estipulante, de faculdade de revogação ou de substituição. A faculdade de revogação autoriza o estipulante a, entre a celebração do contrato e a execução, cancelar o crédito firmado em favor do terceiro, revertendo-o em seu favor ou mesmo extinguindo-o. Revela-se, conseqüentemente, incompatível com a exigibilidade da prestação pelo terceiro, como indica o disposto no art. 437 do Código Civil, já que fica condicionada à não revogação, ou ao decurso do prazo para o exercício dessa faculdade. A faculdade de substituição, por sua vez, atribui ao estipulante a possibilidade de, entre a celebração do contrato e a execução, alterar o beneficiário, conforme indicado no art. 438 do Código Civil. É o caso, por exemplo, do seguro de vida, no qual, o estipulante pode revogar o benefício ou alterar o beneficiário até o momento da sua morte.

### **3. PROMESSA DE FATO DE TERCEIRO**

A promessa de fato de terceiro consiste na estipulação contratual pela qual uma das partes assume, em face da outra, o compromisso de realização por terceiro de determinada prestação. Não compromete o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, já que não há repercussão do contrato para o terceiro enquanto este não manifestar seu assentimento: somente o promitente será responsabilizado se o terceiro não assentir, nos termos do art. 439 do Código Civil. O contratante, portanto, promete fato próprio, pois sua prestação consiste em obter de terceiro a concordância em realizar o fato prometido.

[Exemplos]

A hipótese é comum em casos em que, embora o promitente não tenha poderes de representação do terceiro (caso em que seria despicienda a estipulação, já que a manifestação do representante supre a do representado, em nome de qual atua), acredita ter facilidade para obter a sua concordância, como o empresário que se

compromete a promover apresentação de músico; o shopping center que promete a instalação de loja âncora a outro lojista; o comprador que se compromete perante o vendedor a obter financiamento da instituição financeira; o sócio que promete a ratificação da sociedade ao contrato firmado; ou o assistente que assegura a ratificação do incapaz quando emancipado.

#### [Nulidade da promessa coativa]

A promessa de fato de terceiro é lícita exatamente porque não há invasão indevida na esfera jurídica do terceiro, que pode livremente anuir ou recusar. Serão, por outro lado, nulas as promessas que sejam de qualquer forma coativas para o terceiro, impondo-lhe prejuízos em razão da recusa. Esse é o caso do cônjuge que promete o assentimento do outro cônjuge quando, pelo regime de bens, a recusa e a consequente caracterização do inadimplemento repercutirão sobre o patrimônio de ambos, razão pela qual a estipulação, nesse caso, é vedada expressamente pelo parágrafo único do art. 436 do Código Civil.

A promessa de fato de terceiro também sequencia o desenvolvimento da relação contratual em duas etapas.<sup>20</sup> No primeiro momento, há apenas promitente e promissário, como partes e interessados, e a obrigação do promitente perante o promissário consiste em conseguir que o terceiro se obrigue. Trata-se, a princípio, de obrigação de resultado, sendo irrelevantes os motivos da recusa do terceiro para a caracterização do inadimplemento do promitente.<sup>21</sup> Somente poderá exonerar-se se comprovar a real impossibilidade ou ilicitude da realização do fato pelo terceiro, e apenas se a responsabilidade por esse risco não tiver sido assumida contratualmente pelo promitente.<sup>22</sup> Com a recusa definitiva do terceiro, converte-se a obrigação do promitente em perdas e danos; com seu assentimento, transforma-se a relação contratual, que passa a se estabelecer diretamente entre o promissário e o terceiro, tendo por objeto o fato prometido. Promitente e terceiro são devedores sucessivos, não simultâneos, e de prestações diversas, o que diferencia essa figura do contrato com pessoa a declarar. Assim,



nos exemplos citados, enquanto o empresário se compromete a obter o consentimento do músico, este se obriga a se apresentar; enquanto o shopping center assegura o assentimento da loja âncora, esta obriga-se a abrir suas portas; enquanto o comprador garante a concordância da instituição financeira, esta deve fazer o aporte dos recursos em favor do vendedor. A aceitação do terceiro exonera o promitente de qualquer responsabilidade, como destaca o art. 440 do Código Civil. A denominação da figura não deve induzir em erro: o promitente se responsabiliza apenas pelo assentimento do terceiro, não pela efetiva realização do fato prometido. Não será, salvo estipulação em contrário, garantidor da prestação a ser efetuada pelo terceiro, cujo inadimplemento não lhe gera qualquer repercussão.<sup>23</sup>

#### **4. CONTRATO COM PESSOA A DECLARAR**

[Resistência doutrinária]

O contrato com pessoa a declarar caracteriza-se pela cláusula que atribui a um dos contratantes o direito potestativo de se fazer substituir por terceiro na posição contratual, transmitindo todos os direitos e deveres decorrentes do negócio, com efeitos retroativos, como se tivesse sido o terceiro, desde o início, a celebrar o contrato (CC, art. 467 e ss.). Positivada expressamente somente com o advento do Código Civil de 2002, a resistência doutrinária à figura deve-se ao fato de ser frequentemente utilizada para fins simulatórios, como meio para ocultar o real contratante por trás de interposta pessoa. No entanto, pode se destinar a expedientes legítimos, por exemplo,<sup>24</sup> quando o conhecimento prévio da identidade da parte for prejudicial às negociações, em razão de alguma circunstância pessoal, como uma desavença prévia com a outra parte, ou de sua situação econômica, para evitar com o anonimato a majoração do preço cobrado. A estipulação pode ser utilizada também sem prévio conhecimento do terceiro substituto, quando o sujeito identifica uma boa oportunidade comercial que não

deseja desperdiçar, sem pretender, contudo, granjear para si o objeto do negócio. A retroatividade dos efeitos da substituição traz também vantagens tributárias, evitando a dupla tributação que decorreria da realização de dois contratos sucessivos, em caso de compra para revenda. Costuma ocorrer na compra e venda de automóveis usados, com o fim de revender, e nas hastas públicas, que, devido à especialidade, poucos particulares participam. Nos compromissos de compra e venda de imóveis, manifesta-se por meio de cláusula pela qual o compromissário se reserva a opção de receber a escritura definitiva ou indicar terceiro para figurar como adquirente.<sup>25</sup>

A cláusula, em princípio, pode ser aposta em qualquer contrato em que seria cabível a representação na celebração e cuja execução não seja personalíssima, já que incompatível com eventual infungibilidade subjetiva determinada por características pessoais ou com relação ao objeto do contrato (por exemplo, doação, constituição de renda, transação, seguro), devendo-se, todavia, verificar a função concreta do negócio para analisar a compatibilidade com a cláusula em questão. Pode haver indicação prévia de quem será o terceiro que eventualmente assumirá a posição contratual (*pro amico electo*) ou pode autorizar ao contratante beneficiado pela faculdade que livremente escolha o terceiro após a celebração do negócio (*pro amico eligendo*).

O exercício do direito potestativo previsto na cláusula pressupõe a nomeação do terceiro, pela indicação de quem irá assumir a posição contratual, bem como a aceitação desse terceiro, cuja vontade deverá ser manifestada da mesma forma em que tenha sido celebrado o contrato original, conforme disposto no parágrafo único do artigo 468 do Código Civil. Justifica-se a exigência formal em razão do efeito retro-operante da substituição, que torna a aceitação do terceiro parte integrante do contrato inicial, de forma similar à ratificação de contrato celebrado por quem não tinha poderes suficientes.<sup>26</sup> A indicação e a aceitação são dispensáveis nos casos de cláusula *pro amico electo* em que o terceiro já tenha previamente autorizado o contratante a inseri-lo na relação contratual. No entanto, a substituição somente se torna eficaz perante o outro contratante

quando da sua comunicação, como ato receptício. Impôs o art. 468, *caput*, do Código Civil, o curto prazo decadencial de cinco dias para toda essa operação, com o objetivo de reduzir o período de incerteza, mas ao conferir caráter dispositivo a essa norma esvaziou esse objetivo. Operado esse ato complexo, o terceiro assume o lugar da parte contratante que o nomeou como se tivesse celebrado o pacto desde o início, ou seja, adquire todos os direitos e obrigações decorrentes do contrato, mesmo os anteriores à substituição (CC, art. 469). Pelo mesmo motivo, o nomeante exonera-se de qualquer efeito daquele contrato, deixando a relação contratual como se dela jamais houvesse participado.<sup>27</sup>

A relação contratual, todavia, pode se desenvolver regularmente entre os contratantes originários, já que a substituição é facultativa. Se o contratante beneficiado pelo direito potestativo de substituição dele não fizer uso, o terceiro recusar a nomeação ou for viciada sua manifestação de vontade, ou ainda se não houver a comunicação à outra parte no prazo, permanecerá como titular os direitos e obrigações decorrentes do negócio. Distingue-se, assim, da promessa de fato de terceiro, pois, sendo a inclusão do terceiro facultativa, na sua falta, cumpre ao contratante originário realizar a mesma prestação que caberia ao terceiro.

#### [Efeitos da insolvência]

De forma um pouco obscura, o Código Civil aborda os efeitos da insolvência prévia do terceiro nomeado: no art. 471 indica que esse fato, por si só, torna ineficaz a substituição, permanecendo o contratante originário obrigado, enquanto no art. 470, II, indica que a insolvência do nomeado deve ser desconhecida da outra parte para que a substituição não produza efeitos. Cumpre adotar interpretação teleológica para apartar as hipóteses, evitando a contradição decorrente. No caso da cláusula *pro amico electo*, em que o contrato é celebrado já com ciência de quem será o terceiro, a insolvência do terceiro por si só não afasta a substituição, já que assumido esse risco pela outra parte quando celebrado o contrato, razão pela qual aplicável o disposto no art. 470, II: a ineficácia da substituição

pressupõe o desconhecimento da situação de insolvência do nomeado. Já no caso da cláusula *pro amico eligendo*, deve-se aplicar o disposto no art. 471, no sentido de que o simples fato da insolvência prévia do terceiro torna ineficaz a substituição, pois ainda que ciente da insolvência do terceiro por ocasião da celebração do contrato, o outro contratante não sabia que seria aquele terceiro a ser indicado, razão pela qual seria injusto imputar-lhe a assunção desse risco.

## 5. DISTINÇÕES RELEVANTES: CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL E SUBCONTRATO

[Cessão da posição contratual: distinção]

A cessão da posição contratual, conforme abordado no volume II, capítulo 6, consiste na “substituição de um dos contratantes por outra pessoa que passa a figurar na relação jurídica como se fora a parte de quem tomou o lugar”.<sup>28</sup> Trata-se de um contrato que tem por objeto a transferência para um terceiro de todo o complexo formado por créditos e débitos resultantes de outro contrato. Especialmente em contratos complexos, cujo *iter* formativo envolve longas e custosas negociações, como observado no [capítulo IV](#), a posição contratual já consolidada adquire especial relevância, razão pela qual sua cessão pode revestir significativo interesse econômico.<sup>29</sup> Assim, a utilização da cessão de posição contratual, também chamada “cessão de contrato”, é comum em casos de contratos de fornecimento, transporte, empreitada, seguro, sociedade, e financiamento para construção de imóveis.<sup>30</sup>

Distingue-se do contrato com pessoa a declarar, na sua estrutura, porque a substituição de uma das partes não foi originalmente prevista na celebração do contrato inicial. Por esse motivo deve ser objeto de novo acordo de vontades.<sup>31</sup> Diferenciam-se igualmente quanto aos efeitos, já que a cessão da posição contratual tem eficácia *ex nunc*.

Trata-se de mais uma forma de circulação de obrigações, ao lado da cessão de crédito e da assunção de dívida. Sua peculiaridade reside em transmitir, por meio de um único negócio, a totalidade de direitos e deveres que compõem a posição contratual. Isso significa não apenas transmitir todos os créditos e todas as dívidas – ou, caso o contrato original seja unilateral, só os créditos ou só as dívidas –, mas também os direitos potestativos concernentes à relação contratual, como direitos de resolução, redução, denúncia, desistência etc.<sup>32</sup>

Embora não regulada expressamente pelo Código Civil, infere-se sua disciplina jurídica a partir da análise sistemática do instituto. Como antes observado, requer a manifestação de vontade do outro contratante, eis que não prevista no contrato inicial, mas a recusa deve ser objeto de controle de merecimento de tutela, especialmente em contratos em que a identidade do contratante não seja determinante para a realização da função do negócio.<sup>33</sup> A cessão produz efeitos somente a partir da sua celebração, não incluindo os direitos e deveres pretéritos, ante a ausência de efeito retroativo. Consequentemente, exonera o cedente de qualquer responsabilidade pelas dívidas vincendas e futuras, a partir da cessão, salvo estipulação em contrário.<sup>34</sup>

[Subcontrato: distinção]

Há de se examinar, ainda, o subcontrato, também denominado *contrato derivado*, mediante o qual “um dos contratantes transfere a terceiros, sem se desvincular, a utilidade correspondente à sua posição contratual”<sup>35</sup>. Os mais frequentes exemplos são a sublocação e a subempreitada, sendo a derivação também possível no comodato, no depósito, no transporte e no mandato, como se observa, na prática advocatícia, no caso do substabelecimento de poderes de representação. Na subcontratação, não há qualquer forma de transmissão de direitos ou deveres, já que, a rigor, não se estabelece relação direta entre contratante e subcontratado, diferenciando-a da cessão de posição contratual. Há aqui novo contrato cujo objeto abrange, totalmente ou em parte, o conteúdo do

contrato anterior. A relação contratual anterior permanece, todavia, intacta, sem qualquer modificação subjetiva, coexistindo esse contrato originário com o novo contrato, derivado e dependente. Excepcionalmente, todavia, pode o legislador atribuir ação direta entre o contratante e o subcontratado – desconsiderando o intermediário que foi parte em ambos os contratos –, com o objetivo de salvaguardar interesses merecedores de tutela.<sup>36</sup> Tal é o caso da pretensão subsidiária do locador em face do sublocatário prevista no art. 16 da Lei do Inquilinato, permitindo-se ao locador, que consentiu na sublocação de seu imóvel, pretender o pagamento dos aluguéis diretamente do sublocatário, quando o locatário direto não tiver condições de solvê-los.<sup>37</sup>

## PROBLEMA PRÁTICO

É válido o acordo pelo qual a CBF promete a certa emissora de televisão o direito de transmissão de jogos de futebol, sendo este direito reservado exclusivamente às entidades de prática desportiva? O que deve ocorrer se, posteriormente à assinatura de tal acordo, os clubes de futebol não aceitarem ceder tais direitos à emissora?

### • Vide Casoteca

- 
- 1 Sobre o tema, v. Luciano de Camargo Penteado, *Efeitos contratuais perante terceiros*, São Paulo: Quartier Latin, 2007.
  - 2 STJ, 2ª S., REsp 962.230/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 8.2.2012.
  - 3 A primeira ação corresponde a litígio entre as cervejarias envolvidas (TJSP, 5ª C.D.Priv., Ap. Cív. 9112793-79.2007.8.26.0000, publ. DJ 12.7.2013). A segunda ação, por sua vez, correu entre as agências publicitárias, e foi objeto de julgamento pelo STJ em sede de recurso especial (STJ, 3ª T., REsp 1.316.149, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, publ. DJ 27.6.2014).
  - 4 Essas transformações ora aduzidas não passaram despercebidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Reconhece a Corte que “o tradicional princípio da relatividade dos efeitos do contrato (*res inter alios acta*), que figurou por séculos como um dos primados clássicos do Direito das Obrigações, merece hoje ser mitigado por meio da admissão de que os negócios entre as partes eventualmente podem interferir na esfera jurídica de terceiros – de modo positivo ou negativo –, bem assim, têm aptidão para dilatar sua eficácia e atingir pessoas alheias à relação inter partes. As mitigações ocorrem por meio de figuras como a doutrina do terceiro cúmplice e a proteção do terceiro em face de contratos que lhes são prejudiciais, ou mediante a tutela externa do crédito” (STJ, 2ª T., REsp 468.062, Rel. Min. Humberto Martins, julg. 11.11.2008).
  - 5 Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXVI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 364.
  - 6 Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXVI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 418.
  - 7 Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I, Pamplona: Thomson-Civitas, 2007, 6ª ed., p. 532.
  - 8 Qualificando o beneficiário como credor condicional, Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. III, atualizado por Caitlin Mulholland, Rio de Janeiro: Forense, 2014 (1963), 18ª ed., p. 100.
  - 9 Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. I, Coimbra: Almedina, 1998, 9ª ed., p. 419.
  - 10 Em sentido contrário, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, por entender que: “a beneficiária consentiu e aderiu de boa-fé à relação

obrigacional; b) com a adesão, adquiriu o direito material à prestação prometida; c) com a adesão da beneficiária, o promitente não tem a faculdade de privá-la do seu direito, o que ocorreria por via indireta se admitida a resolução do contrato; d) a resolução do contrato tornaria sem efeito o direito do beneficiário já incorporado ao seu patrimônio jurídico” (STJ, 3ª T., REsp 1.086.989/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 23.2.2010)

- 11 Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXVI, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 360.
- 12 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. III, atualizado por Caitlin Mulholland, Rio de Janeiro: Forense, 2014 (1963), 18ª ed., pp. 96-97.
- 13 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. III, atualizado por Caitlin Mulholland, Rio de Janeiro: Forense, 2014 (1963), 18ª ed., p. 101, AW, p. 295. *Contra*: Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009 (1959), 26ª ed., p. 197.
- 14 Gabriel Seijo Leal de Figueiredo, Estipulação em favor de terceiro. In: Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni (coord.), *Teoria geral dos contratos*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 477.
- 15 Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009 (1959), 26ª ed., p. 197.
- 16 Nesse sentido, a indicação de que, no transporte, se o frete é a pagar, não se pode tratar de estipulação em favor de terceiro, mas promessa de fato de terceiro, e a mera aposição de assinatura indicativa do recebimento não significa anuência: STJ, 4ª T., REsp 3169, Rel. Min. Athos Carneiro, julg. 28.8.1990, publ. DJ 24.9.1990, p. 9984.
- 17 Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXVI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 354.
- 18 Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXVI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 367.
- 19 Afirma que, no silêncio das partes, cabe ao terceiro a possibilidade de exigir, que deve ser afastada expressamente, Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXVI São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 354. *Contra*, no sentido de presumir a faculdade do estipulante de substituir o terceiro, Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, vol. 2, São Paulo: Atlas, 2008, p. 474.



- 20 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. III, atualizado por Caitlin Mulholland, Rio de Janeiro: Forense, 2014 (1963), 18ª ed., p. 102.
- 21 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. III, atualizado por Caitlin Mulholland, Rio de Janeiro: Forense, 2014 (1963), 18ª ed., p. 103.
- 22 Nesse sentido, o entendimento de que não exoneram a incorporadora da mora as dificuldades na obtenção do financiamento prometido para a construção (TJRJ, 8ª C.C., Ap. Cív. 1999.001.20467, Rel. Des. Luiz Odilon Bandeira, julg. 14.03.2000).
- 23 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. III, atualizado por Caitlin Mulholland, Rio de Janeiro: Forense, 2014 (1963), 18ª ed., p. 103.
- 24 Os exemplos são referidos por Luiz Roldão de Freitas Gomes, *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro: Renovar, 1994, pp. 43-45.
- 25 Alessandra Cristina Furlan, Contrato com pessoa a declarar: aspectos controversos, [Civilitica.com](http://Civilitica.com), a. 9, n. 1, 2020, p. 7.
- 26 Cristiano Chaves de Almeida e Nelson Rosendal, *Curso de direito civil*, vol. 4, São Paulo: Atlas, 2015, 5ª ed., p. 455.
- 27 Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009 (1959), 26ª ed., p. 198.
- 28 Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009 (1959), 26ª ed., p. 175.
- 29 Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro*, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2016, 13ª ed., p. 241.
- 30 Marco Aurélio Bezerra de Melo, *Teoria geral dos contratos*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 229.
- 31 Luis Renato Ferreira da Silva, Cessão de posição contratual. In: Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni (coord.), *Teoria geral dos contratos*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 399.
- 32 Carlos Alberto da Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970, p. 284.
- 33 Hamid Charaf Bdine Júnior, *Cessão da posição contratual*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 42.

- <sup>34</sup> Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXIII, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 515.
- <sup>35</sup> Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009 (1959), 26<sup>a</sup> ed., p. 168. Sobre o tema, v. Pedro Romano Martinez, *O subcontrato*, Coimbra: Almedina, 1989.
- <sup>36</sup> Rafael Marinangelo, Subcontrato, *in* Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni (coord.), *Teoria geral dos contratos*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 317.
- <sup>37</sup> Lei n. 8.245/91, art. 16. “O sublocatário responde subsidiariamente ao locador pela importância que dever ao sublocador, quando este for demandado e, ainda, pelos aluguéis que se vencerem durante a lide”.



## **GARANTIAS CONTRA VÍCIOS E EVICÇÃO**

SUMÁRIO: 1. Conceito de garantia aplicado aos vícios e à evicção – 2. Garantia contra vícios redibitórios – 3. Responsabilidade por vícios nas relações de consumo – 4. Garantia contra evicção – Problema prático.

### **1. CONCEITO DE GARANTIA APLICADO AOS VÍCIOS E À EVICÇÃO**

[Conceito de garantia]

Em sentido mais restrito, a expressão garantia abrange apenas mecanismos acessórios que visam a assegurar ao credor a satisfação do crédito, capazes de superar os riscos de insolvência ou de falta de cooperação do devedor.<sup>1</sup> Nesta linha, seriam exemplos os direitos reais de garantia, como o penhor (CC, art. 1.431 e seguintes) e a hipoteca (CC, art. 1.473 e seguintes), em que o credor ganha preferência e seqüela sobre determinado bem, e as garantias pessoais, como a fiança (CC, art. 818 e seguintes) e o aval (CC, art. 897 e seguintes), nas quais o terceiro passa a responder também, com seu patrimônio, por solver da dívida. Por outro lado, o legislador faz uso, por vezes, do termo garantia em sentido mais amplo, abrangendo todos os mecanismos que protegem ou facilitam

a satisfação do credor em caso de inadimplemento do devedor. Nesse segundo sentido, estariam abrangidas outras figuras, tais como a cláusula penal, a solidariedade passiva, o direito de retenção e a compensação, que resguardam o credor contra vicissitudes do contrato principal. Somente nesse segundo sentido é que podem ser qualificadas como garantias a proteção contra vícios redibitórios, vícios do produto ou serviço e evicção.

[“Princípio de garantia”]

Trata-se de mecanismos inspirados no que a doutrina costuma referir como “princípio de garantia”, originalmente restrito à compra e venda e hoje reconhecido em todos os contratos onerosos.<sup>2</sup> Reputados originalmente cláusulas implícitas, constituem-se em meios de tutela de expectativas legítimas relativas ao equilíbrio estabelecido em contratos onerosos. Assim, em todo contrato em que a parte se submete a determinado sacrifício patrimonial, haveria a legítima confiança na integridade do objeto do direito a ser transmitido, bem como na titularidade do alienante, legitimado a transmiti-lo. Dessa forma, a garantia contra vícios redibitórios resguarda o adquirente contra imperfeições identificadas no bem transmitido, enquanto a garantia contra evicção o protege em face da perda do bem causada por fato anterior à alienação.<sup>3</sup>

[Modificação das garantias]

Tais garantias, todavia, no regime do Código Civil, não são essenciais aos contratos onerosos, mas apenas elementos naturais, uma vez que podem ser ampliadas, mitigadas ou mesmo afastadas pela vontade das partes. Já no âmbito das relações de consumo, a necessidade de tutela da vulnerabilidade do consumidor torna cogentes as normas que impõem a responsabilidade do fornecedor pelos vícios do produto ou serviço, como se observará no item 3.<sup>4</sup>

[Abrangência das garantias: contratos onerosos comutativos]

O fundamento de tais garantias se reflete na sua abrangência: de modo geral, a proteção será encontrada nos contratos comutativos, em que se pressupõe o equilíbrio entre as prestações de ambas as partes. Assim, a garantia, originária dos contratos de compra e venda, se expandiu também para a permuta, a sociedade, a dação em pagamento e a empreitada, bem como para as doações com encargo. Nestas, embora não haja sinalagma, o legislador protege o donatário na proporção do sacrifício econômico que lhe é imputado, fazendo incidir essas garantias até o valor representado pelo encargo. Por isso, o defeito do bem doado poderá justificar a liberação do encargo assumido. Apesar do uso da expressão *alienante* pelo legislador (art. 444, CC), entende-se que a garantia não se restringe a contratos que tenham por objeto transferência de domínio, abrangendo também as hipóteses de cessão da posse ou uso de coisa, como nas locações.<sup>5</sup>

[Hastas públicas]

Permanece, no tema, controvérsia histórica quanto às aquisições operadas por hasta pública, meio judicial de alienação forçada de bens penhorados.<sup>6</sup> Em tais casos, a transmissão do bem é levada a cabo pelo Poder Público, contra a vontade do proprietário; diversos são os potenciais adquirentes, e o valor pago é revertido diretamente para os credores do proprietário, em saldo de suas dívidas, restando ao proprietário original somente eventual saldo. O legislador de 2002 perdeu a oportunidade de pacificar os debates já existentes sob a vigência do Código Civil de 1916, o qual, nesses casos, afastava expressamente a garantia contra vícios redibitórios e silenciava quanto à evicção. O Código Civil vigente suprimiu o dispositivo quanto aos vícios redibitórios, gerando polêmica sobre o sentido da supressão, atribuída à alteração de política legislativa ou à simples constatação da desnecessidade do dispositivo, reafirmando-se o afastamento dos vícios redibitórios nas vendas em hastas públicas.<sup>7</sup> Por outro lado, incluiu o Código Civil expressamente a garantia no que tange à evicção, que, se não for expressamente afastada pelo

edital do leilão, imporá ao credor exequente a responsabilidade pelo valor recebido.<sup>8</sup>

A garantia não abrange os contratos gratuitos, salvo convenção das partes ou má-fé, diante da ausência de comutatividade e, pela mesma razão, costuma ser afastada dos contratos aleatórios, nos quais, embora onerosos, não há comutatividade entre as prestações e os respectivos sacrifícios econômicos.

## 2. GARANTIA CONTRA VÍCIOS REDIBITÓRIOS

A primeira garantia implícita nos contratos comutativos resguarda o adquirente contra vícios ou defeitos ocultos no bem objeto de transmissão, que o tornem impróprio ao uso a que é destinado, ou lhe diminuam o valor (CC, art. 441). Tais defeitos tomam o nome de vícios redibitórios em razão da *actio redhibitoria* do direito romano, pela qual se enjeitava a coisa dada.

[Preexistência do vício]

A caracterização do vício idôneo ao desfazimento dos efeitos do contrato demanda o preenchimento de três requisitos. Em primeiro lugar, o vício deve ser preexistente, isto é, ter surgido enquanto a coisa ainda pertencia ao alienante. Se posterior à tradição, a transmissão dos riscos afasta a pretensão do adquirente perante o alienante, já que a coisa já lhe pertencia, com todos seus bônus e ônus. Incide aqui o brocardo latino *res perit dominus*. A pretensão subsiste, todavia, se, embora o vício se manifeste ou se agrave somente após a aquisição, tenha origem anterior (CC, artigo 444), como o vazamento preexistente de água que somente se transforma em infiltração visível quando o bem já esteja com o alienante.

[Vício oculto e desconhecido]

Em segundo lugar, o vício deve ser oculto e desconhecido. O defeito ostensivo, identificável pelo credor no momento da entrega, justificaria que ele rejeitasse o bem naquele momento,

caracterizando inadimplemento do alienante. Isto porque, de acordo com os princípios da identidade e da integralidade do adimplemento, abordados no volume 2, pode o credor não receber prestação diversa, ainda que mais valiosa, ou pagamento em partes, se não convencionado. Se o credor aceita a entrega do bem com defeito visível, presume-se tolerância ao vício e renúncia às pretensões dele decorrentes.<sup>9</sup> O que caracteriza, portanto, o vício redibitório é a impossibilidade de percepção do defeito no momento da entrega, tanto em abstrato, isto é, o defeito oculto para pessoa normalmente diligente, como em concreto, ou seja, desconhecido por aquele que, no caso, não o percebeu nem devia tê-lo percebido.

[Gravidade do vício]

Em terceiro lugar, refere-se em doutrina ao requisito da gravidade do defeito, isto é, a sua idoneidade a tornar o bem impróprio ao uso a que se destina ou prejudicar sensivelmente seu valor, na expressão do art. 441 do Código Civil.<sup>10</sup> O requisito deve ser interpretado à luz do princípio da boa-fé e do próprio fundamento da garantia contra vícios redibitórios. Assim, não justificam o acionamento da garantia pequenas imperfeições, previsíveis conforme os usos e costumes, que não sejam suficientes a atingir a comutatividade do contrato ou o equilíbrio entre os sacrifícios econômicos contratualmente avençados.

[Distinção de figuras afins]

Controverte-se quanto à extensão do instituto e sua distinção em face da noção de erro, capaz de caracterizar vício do consentimento e a consequente invalidade do contrato. Enquanto o vício redibitório alcança a integridade da coisa transferida, sobre cuja identificação não se tem dúvida, o erro refere-se à formação da vontade relativamente à coisa transferida, alcançando, assim, a percepção das partes quanto ao objeto da prestação. Assim, a aquisição de automóvel sob a crença, por parte do comprador, de que possui tração nas quatro rodas, quando o modelo não inclui tal recurso,



poderá configurar erro, enquanto na venda de automóvel cujo modelo compreende a referida tração haverá vício redibitório se o defeito preexistente no mecanismo da tração vier a ser identificado após a alienação. A distinção, todavia, pode se tornar mais nebulosa em casos fronteiros, como no debate relativo à compra de quadro falso, em que se discute se a ausência de autenticidade poderia também ser enquadrada como defeito do próprio bem, tendo em vista que também há significativo mercado para quadros não autênticos, mas, naturalmente, de preço bastante inferior aos originais. O debate não é meramente conceitual, já que os prazos decadenciais para impugnação do contrato por erro ou por vício redibitório são bastante diversos.

A garantia contra vícios redibitórios oferece ao adquirente a opção entre duas medidas possíveis, referidas como ações edilícias por terem sido introduzidas no direito romano pelos *edis curuis*.<sup>11</sup> Diante da configuração do vício, poderá o adquirente resolver o contrato, rejeitando a coisa e recebendo de volta o preço pago: trata-se da chamada ação redibitória, que dá nome ao próprio instituto. Alternativamente poderá recorrer à ação estimatória (*actio quanti minoris*), mantendo os efeitos do contrato com o abatimento do preço, nos termos do art. 442 do Código Civil. Se, contudo, for comprovada a má-fé do alienante, se ele sabia ou deveria saber do vício, franqueia-se ao adquirente exigir indenização pelos prejuízos decorrentes da alienação do bem defeituoso (CC, artigo 443).

[Prazos decadenciais]

A redibição do contrato, ou o abatimento da contraprestação, configura direito potestativo do adquirente, que se submete a regime de prazos decadenciais, descrito no art. 445 do Código Civil. O prazo varia de acordo com a classificação do bem: se móvel, o prazo é de trinta dias, e se imóvel, de um ano, contados da entrega efetiva do bem, sob a premissa de que a descoberta de eventuais defeitos ocultos em imóveis costuma levar mais tempo do que em bens móveis. Além disso, se o adquirente já estava na posse do bem (por exemplo, o comprador do imóvel era seu locatário) os prazos

contam-se da data da alienação e caem pela metade (quinze dias se móvel, seis meses se imóvel), sob o fundamento de que o adquirente já conhecia o bem, então precisava de menos tempo para verificar defeitos ocultos. O legislador, a despeito das críticas,<sup>12</sup> não levou em conta há quanto tempo o possuidor se encontrava no bem, ou seja, estivesse ele na posse do bem há poucos dias ou há anos, em qualquer caso o prazo cairá pela metade.

O Código refere ainda a uma terceira hipótese, quando o vício só puder ser conhecido mais tarde, em razão de sua própria natureza, isto é, independentemente da diligência do adquirente. Servem de exemplos a hipótese de sementes adquiridas para futura plantação, cuja inaptidão para germinar só é percebida no momento do plantio; o animal que se revela estéril quando colocado para reprodução; imóvel, adquirido no inverno, que sofre enchente em condições meteorológicas próprias do verão; e a adulteração de chassi de carro que só é constada por órgãos oficiais, tempos depois. Nesses casos, o legislador estabeleceu duplo sistema de prazos. Em primeiro lugar, os prazos do *caput*, já examinados, serão contados da data em que foi descoberto o vício, e não da data da transmissão ou da alienação. Para evitar insegurança jurídica, o legislador estabelece prazo máximo dentro do qual essa descoberta deve ocorrer, que será de cento e oitenta dias para móveis e um ano para imóveis. Assim, para o adquirente poder exercer o direito decorrente da garantia, deve constatar o vício dentro do prazo máximo (cento e oitenta dias ou um ano), que se conta da transmissão ou alienação do bem, e deve exercer o direito nos prazos de trinta dias ou um ano, contados da data da descoberta.<sup>13</sup>

Na hipótese de venda de animais, todavia, respeitando a primazia da praxe no meio rural, o legislador instituiu regime de costume *secundum legem*, determinando que, na ausência de lei específica, devem ser observados, em primeiro lugar, os usos e costumes e locais e, somente na sua ausência, as regras expostas.<sup>14</sup>

Cumpra examinar ainda os prazos fixados em cláusulas de garantia, voluntariamente avençadas pelos contratantes. A garantia contratual há de ser interpretada como acréscimo à legal, devendo, portanto, ser somada aos prazos legais, os quais, na falta de disposição em sentido contrário, somente começariam a correr quando finda a garantia contratual. No entanto, o art. 446 do Código Civil impõe prazo adicional nesse caso, não para o exercício do direito decorrente da garantia, mas, em nome do princípio da boa-fé, para resguardar a confiança despertada pela previsão da garantia contratual.<sup>15</sup> Havendo garantia contratual, o adquirente deve denunciar o defeito ao alienante em 30 dias a partir do seu conhecimento, verdadeiro dever de informação e de colaboração. Espera-se, com isso, que o alienante cumpra voluntariamente com a garantia que ofereceu, evitando a judicialização da demanda. Se isso não ocorrer, continuam aplicáveis os prazos anteriormente expostos para o ajuizamento da ação.

### **3. RESPONSABILIDADE POR VÍCIOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

[Vulnerabilidade do consumidor]

O regime do Código Civil para os vícios redibitórios não se aplica às relações de consumo, para as quais o Código de Defesa do Consumidor impõe regras distintas, com objetivo de proteger melhor o consumidor, em razão de sua vulnerabilidade. A insuficiência do regime do Código Civil frente às características distintivas das relações de consumo foi amplamente destacada pela doutrina.<sup>16</sup> Configurou-se sistema próprio de garantia contra vícios redibitórios.<sup>17</sup>

O sistema de responsabilização do Código do Consumidor foi elaborado simultaneamente à formação da sociedade caracterizada por sua complexibilidade tecnológica, com produção em massa e consequente desindividualização do produto e despersonalização dos protagonistas da relação de consumo. O descompasso das

estruturas formais com tipologia social emergente evidenciou a necessidade de superação da dicotomia entre a responsabilidade contratual, restrita às partes do negócio jurídico, e a extracontratual, fundada na noção de culpa.<sup>18</sup>

[Distinção dos requisitos]

As diferenças se iniciam pela caracterização dos defeitos, albergando os vícios de qualidade e os de quantidade, e também os vícios do serviço. Não há necessidade de serem tais vícios graves ou ocultos, bastando que tornem o produto impróprio ou inadequado para o consumo, diminua-lhe o valor ou caracterizando disparidade com as suas indicações externas. Inclui-se também entre os produtos defeituosos aqueles aos quais falte informação adequada para o uso, bem como aqueles que não ofereçam a segurança esperada, interesse reputado fundamental nas relações de consumo.<sup>19</sup> Observa-se, com isso, aproximação funcional, no regime do CDC, entre o regime dos vícios e aquele do inadimplemento, que se reflete nas suas consequências jurídicas.

Os danos provocados pelos produtos ou serviços, comumente chamados de defeitos ou vícios de insegurança, relacionam-se não propriamente à capacidade intrínseca ao produto — de provocá-lo —, senão à sua desconformidade com a razoável expectativa do consumidor, baseada na natureza do bem ou serviço e, sobretudo, nas informações veiculadas, particularmente exigidas quando os possíveis efeitos danosos não são naturalmente percebidos. Assim é que, configurando exemplo elementar, o ferimento provocado no cozinheiro pela faca de que se utiliza não gera o dever de indenizar. O perigo — real e recorrente — criado por tal produto não contraria expectativa alguma de segurança dos consumidores, sendo efeito natural e indispensável à sua função específica. Já os produtos químicos em geral, cosméticos ou farmacêuticos, exigem minuciosa advertência aos consumidores, que não podem prever, à evidência, o grau de danosidade que se associa ao manuseio e à utilização do produto. Torna-se nesses casos extremamente importante o dever de informação por parte dos fornecedores de produtos ou serviços,

de modo a que o consumidor possa manuseá-los ou utilizá-los, evitando acidentes. As informações deficientes muitas vezes acabam por se constituir na causa imediata do dano (confundindo-se com o próprio defeito), causador do acidente de consumo.

[Efeitos]

No que tange aos efeitos, além do abatimento no preço ou a restituição da quantia, o adquirente poderá requerer a substituição do produto por outro da mesma espécie ou a reexecução do serviço. Além disso, independentemente de má-fé do alienante, terá o adquirente direito a perdas e danos. Ao lado da unificação dos sistemas de responsabilidade civil, o CDC estabeleceu a prescindibilidade da comprovação de culpa do responsável legal, trazendo um fundamento objetivo ao dever de indenizar. A rigor, não há cogitação de culpa: presentes os pressupostos da responsabilidade (o defeito, o dano e o nexo casual), não é dado ao responsável legal eximir-se do dever de indenizar com base na prova de ausência de culpa. Ainda quanto à responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, destaque-se a única hipótese em que o legislador adota integralmente a responsabilidade subjetiva: trata-se dos acidentes de consumo derivados dos serviços prestados por profissionais liberais. Conforme o art. 14, § 4º, do CDC, os profissionais liberais só serão responsabilizados pessoalmente mediante comprovação de culpa. O dispositivo, contudo, não beneficia a pessoa jurídica formada por profissionais liberais, aplicando-se a responsabilidade objetiva, por exemplo, no caso de centros médicos e hospitais.

A garantia contra os vícios não protege apenas o contratante, mas todo adquirente subsequente, que venha a utilizar o produto. Protege-se, assim, qualquer pessoa atingida pelo fato do produto ou serviço, independentemente da posição jurídica que ocupa. Ademais, a garantia pode ser invocada não apenas perante o alienante, mas perante todos que compõem a cadeia de consumo, considerando-se todos eles fornecedores solidários nessa responsabilidade. A responsabilidade do comerciante é condicionada à ocorrência de

alguma das situações previstas pelo art. 13 do CDC: produto anônimo, mal identificado, ou produto perecível malconservado. Verificada qualquer dessas hipóteses, a responsabilidade do comerciante equipara-se à dos demais obrigados. Por esta razão, não se pode considerar subsidiária: o ponto de vista implicaria a obrigatoriedade de uma prévia execução dos obrigados principais, anteriormente à do comerciante, o que não corresponde à disciplina do Código. A responsabilidade do comerciante, a rigor, nos termos do art. 12, equipara-se à dos demais responsáveis, diferenciando-se, tão somente, pelo fato de ser condicionada à ocorrência de uma daquelas situações acima mencionadas. A possibilidade de ação direta contra todos os fornecedores, além tutelar de modo mais eficaz o consumidor, pretendeu reduzir o custo da multiplicação de processos judiciais.<sup>20</sup>

Outro aspecto de interesse diz com o direito de regresso, previsto no art. 13, de quem efetivamente pagou em relação aos demais obrigados. O fato de o dispositivo referir-se exclusivamente ao comerciante levou parte da doutrina a restringir o seu âmbito de aplicação à hipótese textualmente prevista, restando os demais coobrigados sem o mesmo direito. Entretanto, há que se aplicar o preceito a todos os casos de solidariedade contemplados pelo Código, seja pela igualdade de situações, a reclamar idêntico tratamento, seja pela disciplina da solidariedade adotada pelo Código Civil brasileiro, invocada em qualquer relação obrigacional na ausência de dispositivo de lei especial em contrário. Aliás, se assim não fosse, estar-se-ia consagrando, muito provavelmente, o enriquecimento sem causa do devedor que não pagou em detrimento do coobrigado que efetuou o pagamento da indenização, desestimulando-se, de outra parte, o pagamento espontâneo — de resto, não incomum — de um dos coobrigados.

[Prazos]

Os prazos também são distintos, uma vez que, nas relações de consumo, a reclamação deve ser feita em trinta dias, se se tratar de produtos ou serviços não duráveis, e noventa dias, se duráveis,

contados da entrega do bem, se forem vícios aparentes ou de fácil constatação, ou da constatação do defeito, se for vício oculto. O decurso de tais prazos não prejudica o prazo quinquenal para a pretensão de indenização para eventuais danos causados ao consumidor em decorrência do defeito no produto ou serviço, tendo em vista a aproximação funcional operada pelo regime consumerista entre os vícios redibitórios e o inadimplemento.

Ademais, a incidência do Código de Defesa do Consumidor implica a atuação de outras normas protetivas, como os direitos básicos que lhe são atribuídos pelo art. 6º, especialmente relevante para casos de defeitos a inversão do ônus da prova, no que tange à preexistência do vício.<sup>21</sup> O consumidor limita-se a provar o dano e o nexo de causalidade, sendo certo que, nos termos do art. 6º, VIII, pode o juiz inverter o ônus da prova a seu favor, desde que verossímil a alegação ou em se tratando de consumidor hipossuficiente. Na mesma linha, tratando-se de norma de ordem pública, a garantia não pode ser renunciada pelas partes, nem pode ser objeto de cláusulas que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade pelos vícios.

A responsabilidade nas relações de consumo não é, contudo, absoluta. Em relação ao nexo causal, o legislador do CDC, no art. 12, § 3º, prevê taxativamente algumas excludentes de responsabilidade, afastando-se, assim, da teoria do risco integral. Nos termos do aludido preceito, o fornecedor só não será responsabilizado quando provar: “I. que não colocou o produto no mercado; II. que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III. a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.” Todas as hipóteses de excludentes agem sobre o nexo de causalidade, rompendo-o, de maneira a evitar a formação do dever de indenizar. Se houver concorrência entre o comportamento da vítima ou de terceiro e o defeito do produto não há exclusão da responsabilidade, apenas sua mitigação, uma vez que o nexo causal persiste no que tange à parcela do dano efetivamente causada pelo defeito.

Quanto ao conceito de terceiro, considera-se a pessoa alheia à relação de consumo. O comerciante, embora não incluído no rol do

art. 12, é parte na relação de consumo, não podendo ser qualificado como terceiro. Deste modo, ainda que o defeito se deva à culpa exclusiva do comerciante, aos responsáveis ali enumerados incumbe o dever de indenizar, cabendo-lhes o direito de regresso em face do comerciante culpado. Observe-se, ainda, que a presença de caso fortuito ou força maior, embora não prevista pelo CDC como excludente específica, serve a romper o nexo de causalidade, pressuposto indispensável, como já visto, para a caracterização da responsabilidade objetiva, nos moldes adotados pelo legislador especial.

[Risco do desenvolvimento]

Controvertido apresenta-se o fenômeno designado como risco de desenvolvimento. Alude-se à hipótese em que determinados produtos ou serviços, aparentemente seguros à luz da ciência e da técnica existente no momento em que foram colocados no mercado, vêm a causar danos em razão de estudos científicos posteriores, como no exemplo das deformações provocadas pelo uso da Talidomida. No caso, nos anos 60 do século passado, descobriu-se que remédio habitualmente ministrado a mulheres grávidas era o responsável por deformações nas crianças nascidas, vitimando-se assim mais de 10.000 bebês.<sup>22</sup> A despeito da tragédia, nas hipóteses de risco de desenvolvimento, não há propriamente defeito do produto ou serviço, nos termos definidos pelo art. 12, § 1º, cuja dicção é corroborada pela interpretação sistemática dos arts. 6º e 10 do CDC. Para o Código de Defesa do Consumidor, defeito não se confunde com nocividade (há inúmeros produtos, na praça, que, embora nocivos, não são defeituosos, desde que as informações prestadas pelo fornecedor esclareçam bem o seu grau de nocividade). E não há defeito imputável ao fornecedor quando, nos termos do art. 12, § 1º, III, tendo em conta a época em que o produto foi posto em circulação, inexistente vício de insegurança, consubstanciado na ruptura entre o funcionamento do produto ou serviço e o que deles espera legitimamente o consumidor, com base no atual conhecimento científico. A matéria, contudo, é controvertida e tem sido objeto de



regulamentação legislativa, tanto por diretiva da União Europeia (Diretiva 85/374/CEE),<sup>23</sup> quanto pelo direito interno de alguns países, como a Espanha (Ley 22/1994 – *Ley de responsabilidad por productos*).<sup>24</sup>

## 4. GARANTIA CONTRA EVICÇÃO

[Conceito de evicção]

Ao lado da garantia contra defeitos sobre o bem objeto do direito transmitido, encontra-se a garantia contra evicção, que se refere à própria titularidade do direito transmitido. Enquanto os vícios redibitórios privam o adquirente da posse útil do bem, a evicção impede a posse pacífica. De fato, a evicção é a privação do direito em razão de decisão que o atribui a outrem por fato anterior ao contrato aquisitivo. Ou seja, o adquirente é privado do direito sobre o bem em razão de sentença, fundamentada em fato jurídico anterior à alienação, que reconheceu que o bem não pertencia ao alienante, mas a terceiro. Assim, por exemplo, o sujeito que tem seu automóvel apreendido pelas autoridades porque se descobriu que o alienante não era seu legítimo proprietário. O adquirente diz-se então evicto do bem, enquanto o terceiro, evictor ou evincente, pode tomar dele o bem adquirido, em razão da oponibilidade *erga omnes* de seu direito. Diante do fato da evicção, resta ao adquirente evicto acionar aquele que lhe alienou o bem, com base na garantia contra evicção, própria dos contratos onerosos.

[Privação do direito]

Os requisitos para o exercício dos direitos decorrentes da garantia contra evicção vêm sendo reinterpretados, relativizados ou mesmo afastados. O primeiro requisito é a perda da titularidade do domínio. Embora tenha por pressuposto a transferência da propriedade sobre a coisa alienada, nas hipóteses em que se transmitiu apenas a posse do bem, como na locação, considera-se o desapossamento suficiente para a responsabilização do locador.<sup>25</sup>

Por outro lado, se o contrato era translativo de propriedade, a privação desta já justifica o acionamento da garantia, mesmo que ainda não tenha havido perda de coisa (como em bens imateriais, no exemplo de direito de autor ou propriedade industrial), nem desapossamento. Tampouco impede a interpelação do alienante o fato de o adquirente conseguir conservar o direito sobre o bem a outro título, como no caso de ser herdeiro do terceiro evictor, que venha a falecer.<sup>26</sup>

[Preexistência da causa]

O segundo requisito é a preexistência da causa para a evicção, isto é, a anterioridade do direito do terceiro evictor. Tal como observado quanto aos vícios redibitórios, os fatos posteriores à transmissão são risco do adquirente, sob o sistema do *res perit dominus*. Assim, a admoestação do alienante somente se justifica se, ainda que reconhecido posteriormente, a privação do direito se deu por fato antecedente à sua transmissão. A caracterização deste requisito é especialmente delicada nos casos em que o terceiro evictor adquire o direito por usucapião, cuja constituição efetiva só vem a ocorrer após a transmissão do bem, mas a maior parte do prazo para a aquisição decorreu enquanto o alienante detinha o bem. Nesses casos, costuma-se levar em conta se, entre a aquisição do bem a consumação do usucapião havia tempo hábil para o adquirente interromper a prescrição: se não lhe era possível evitar a perda do bem, considera-se haver responsabilidade do alienante, imputável pelo ocorrido.<sup>27</sup> Destaca-se ainda a evicção por desapropriação, quando, sob a mesma lógica, se entende que, mesmo que a ação de desapropriação seja ajuizada após a transmissão, haverá responsabilidade do alienante se o decreto de utilidade pública, indicativo da desapropriação, já fora publicado antes da alienação.<sup>28</sup>

[Sentença judicial]

Costumava-se aludir em doutrina à sentença judicial como terceiro requisito, isto é, somente poderia o adquirente interpelar o alienante quando a privação do direito já tivesse sido determinada por decisão judicial definitiva.<sup>29</sup> Contudo, a jurisprudência vem atenuando este último pressuposto, dispensando a exigência de sentença quando o direito do evictor for incontroverso, quando houver vias de fato de terceiro, ou diante da apreensão de bem por ato de autoridade administrativa, como o recolhimento, por ato policial, de bem que é produto de roubo.<sup>30</sup>

[Denúnciação da lide]

Por outro lado, restou definitivamente afastada a exigência de denúnciação da lide para invocação da garantia, o que já foi aventado como quarto requisito por certa doutrina.<sup>31</sup> A denúnciação da lide é ato formal de comunicação do processo a um terceiro, normalmente garantidor do direito litigioso, expressamente previsto no caso de evicção, nos termos do art. 125, I, do CPC de 2015. Justifica-se, no caso, em razão de o terceiro evictor invocar fatos que, por serem anteriores à aquisição pelo adquirente, somente poderiam ser refutados pelo alienante, que deveria ingressar no processo para esse fim. Não se trata de requisito de direito material para o exercício do direito do evicto em face do alienante, mas apenas de exigência processual para que esse direito possa ser estabelecido no mesmo processo que define a evicção.<sup>32</sup> Na falta de denúnciação da lide, a sentença que priva o adquirente do direito sobre o bem, em favor do evictor, não vincula o alienante, mas isso não impede que o evicto ajuíze nova ação, em face do alienante, para obter a sua responsabilização pela evicção, nos termos da garantia.<sup>33</sup> Dessa forma, a denúnciação da lide é conveniência processual para o evicto, que lhe garante maior celeridade no seu ressarcimento. Tal mecanismo permite, inclusive, que, caso o alienante não atenda à denúnciação e seja manifesta a procedência da evicção, o adquirente possa simplesmente deixar de contestar ou de oferecer recursos. O Código Civil previa ainda que, em caso de alienações sucessivas, o evicto pudesse acionar não apenas seu

alienante imediato, mas qualquer dos anteriores, se os fatos que ensejaram a evicção fossem contemporâneos da titularidade daqueles. A disposição foi revogada pelo Código de Processo Civil de 2015, que afastou a chamada denunciação da lide “por saltos”.<sup>34</sup>

[Efeitos]

O efeito da garantia contra evicção é diverso do sistema dos vícios redibitórios, pois envolve o pagamento de indenização independentemente de boa-fé do alienante, sendo a quantificação da indenização determinada por regras próprias. Em primeiro lugar, a indenização deve abranger o preço do bem, mas essa quantia não é determinada pelo valor indicado no contrato, ainda que atualizado monetariamente, mas por seu valor de mercado no momento da evicção, isto é, seu equivalente pecuniário.<sup>35</sup> Assim, o alienante deverá arcar com a valorização do bem posterior à alienação, mas não poderá alegar eventuais deteriorações do bem nesse período, ainda que decorrentes de negligência na conservação pelo adquirente, para reduzir o referido preço, calculada a indenização como se o bem estivesse íntegro.<sup>36</sup> O fundamento seria o fato de o adquirente acreditar que a coisa fosse sua. Por isso, só deixa de ser ressarcido pelas deteriorações causadas por dolo (CC, art. 451). De outra parte, se o adquirente obteve benefícios a partir da deterioração do bem, esses benefícios serão computados, descontados da indenização que ele poderia exigir do alienante. Assim, se houve a destruição de um armário no imóvel, isso não afeta o cálculo do preço a ser indenizado, que será calculado como se ainda contasse com o armário íntegro. Entretanto, se o evicto obteve lucro ao vender a madeira do armário em questão, esse lucro será subtraído do preço que ele poderá cobrar do alienante (CC, art. 452).

[Frutos e benfeitorias]

Além disso, o adquirente pode exigir do alienante indenização pelos frutos que tenha sido obrigado a restituir ao evictor, despesas

do contrato (escrituras, etc.), custas judiciais e honorários decorrentes do processo, bem como outros prejuízos resultantes da evicção (por exemplo, o adquirente que tinha dado o imóvel em locação e será privado dos aluguéis futuros). Da mesma forma, se o evictor, ao reaver o bem, não tiver sido obrigado a ressarcir ao evicto as benfeitorias que este fizera, poderá o adquirente evicto exigir esse ressarcimento no cálculo da indenização a lhe ser paga pelo alienante (CC, art. 453). Por outro lado, se o evictor tiver ressarcido o adquirente pelas benfeitorias, mas estas não tinham sido feitas pelo adquirente, e sim pelo alienante, esse valor será descontado da indenização que o adquirente pode exigir do alienante (CC, art. 454).

#### [Evicção parcial]

No caso de evicção parcial, isto é, a privação de parte do bem alienado, de apenas uma das diversas faculdades decorrentes do negócio, ou ainda a imposição de encargo não previsto, cumpre ao intérprete avaliar se a evicção foi considerável, levando em conta não apenas o parâmetro quantitativo, mas guiando-se principalmente por análise funcional do contrato firmado.<sup>37</sup> Se o prejuízo não for considerável, caberá ao adquirente apenas o direito à indenização proporcional ao prejuízo. Ao reverso, se considerável a perda, poderá resolver o contrato, devolvendo ao alienante a parte restante, e demandar indenização pela totalidade do bem, como se ocorrida a evicção total (CC, art. 455).

#### [Afastamento da garantia]

Destaque-se, ainda, que, embora a possibilidade de ampliação, redução ou mesmo exclusão das garantias se aplique tanto aos vícios redibitórios como à evicção, esta traz regime particular nesse ponto. A cláusula expressa de exclusão da garantia contra evicção, fixada em abstrato, afasta o dever de indenizar em caso de evicção, mas não o direito à devolução do valor pago, conforme determina o art. 449 do Código Civil. Em contrapartida, se o adquirente tinha

ciência do risco específico de evicção, assumindo-o, configura-se verdadeiro contrato aleatório, nos termos do art. 461 do Código Civil, afastando-se, por tal motivo, qualquer pretensão do adquirente em face do alienante.

## PROBLEMA PRÁTICO

Responde o vendedor por evicção pela venda de veículo cuja regularização no Detran não pode ser efetuada pelo comprador em razão da penhora do bem por dívida do vendedor, ainda que essa penhora tenha sido implementada somente após a alienação?

- **Vide Casoteca**

- 
- 1 Pablo Rentería, *Penhor e autonomia privada*, São Paulo: Atlas, 2016, p. 148.
  - 2 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. III, atualizado por Caitlin Mulholland, Rio de Janeiro: Forense, 2014 (1963), 18ª ed., p. 109.
  - 3 Para Pontes de Miranda, na evicção “o que é preciso é que na prestação recebida haja vício de direito” (*Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 304).
  - 4 Em doutrina, suscita-se também a irrenunciabilidade da garantia nos contratos de adesão, em razão do disposto no artigo 424 do Código Civil. Sobre o tema, v. Paulo Luiz Netto Lôbo, *Direito civil: contratos*, São Paulo: Saraiva, 2006, 2ª ed., p. 148.
  - 5 Clovis Bevilacqua, *Direito das obrigações*, Rio de Janeiro: Rio, 1982 (1977), p. 176.
  - 6 Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 286.
  - 7 Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., p. 112.
  - 8 Em doutrina, há polêmica quanto a quem será o garantidor: o Poder Público, que efetivou a alienação, o proprietário original, em cujo proveito indireto reverteu a alienação, ou os seus credores, que efetivamente receberam o pagamento dado, havendo ainda discussão sobre a possibilidade de mais de um responsável, em regime de solidariedade ou de subsidiariedade. Sobre o tema, v. Eduardo Heitor da Fonseca Mendes, *A incidência da garantia contra evicção nas hastas públicas*, Dissertação de mestrado, Rio de Janeiro: UERJ, 2015, para quem, no caso da evicção, o adquirente responde apenas pelo valor recebido, cumprindo ao proprietário original a responsabilidade pela indenização.
  - 9 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., p. 110.
  - 10 Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, vol. 3, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, p. 157.
  - 11 Paulo Luiz Netto Lôbo, *Direito civil: contratos*, São Paulo: Saraiva, 2006, 2ª ed., p. 151.

- 12 Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo curso de direito civil*, vol. IV, t. I, São Paulo: Saraiva, 2006, 2ª ed., p. 191.
- 13 Nesse sentido, o Enunciado n. 174 das Jornadas de Direito Civil CEJ/CJF. *Contra*: Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., p. 116, Paulo Nader, *Curso de direito civil*, vol. 3: Contratos, Rio de Janeiro: Forense, 2012, 6ª ed., p. 104, Flávio Tartuce, *Direito civil*, vol. 3, São Paulo: Método, 2014, 9ª ed., p. 203.
- 14 Marco Aurélio Bezerra de Melo, *Teoria geral dos contratos*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 280.
- 15 Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo curso de direito civil*, vol. IV, t. I, São Paulo: Saraiva, 2006, 2ª ed., p. 193.
- 16 Cláudia Lima Marques *et al.*, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 2ª ed., p. 336 e ss.
- 17 Marcelo Junqueira Calixto, *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 104.
- 18 João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra: Almedina, 1990, p. 478.
- 19 João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra: Almedina, 1990, p. 280.
- 20 Fábio Konder Comparato, A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico, In: *Ensaio e pareceres de direito empresarial*, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 492.
- 21 Paulo Luiz Netto Lôbo, *Direito civil: contratos*, São Paulo: Saraiva, 2006, 2ª ed., p. 158.
- 22 Marcelo Junqueira Calixto, *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 176-178.
- 23 O art. 7º da Diretiva 85/374 dispõe que: “O produtor não é responsável nos termos da presente directiva se provar: (...) e) que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência de vício”.
- 24 Informa o art. 6.1.e da aludida lei espanhola: “*el fabricante e importador no serán responsables si prueban:(...) e) que el estado de los*



*conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto”.*

- 25 Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 312.
- 26 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., p. 122.
- 27 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., p. 123.
- 28 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., p. 123.
- 29 Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, vol. 3, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, p. 163.
- 30 Entre tantos, v. o pioneiro STJ, 3ª T., REsp 12.663/SP, Rel. Min. Cláudio Santos, julg. 09.03.1992, publ. DJ 13.4.1992.
- 31 Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, vol. 3, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, pp. 164-165.
- 32 Sobre o tema, v. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo curso de direito civil*, vol. IV, tomo I, São Paulo: Saraiva, 2006, 2ª ed., pp. 213-221.
- 33 STJ, 3ª T., REsp 132.258, Rel. Min. Nilson Naves, julg. 06.12.1999
- 34 Sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior, Novidades no campo da intervenção de terceiros no processo civil: a denúncia da lide *per saltum* (ação direta) e o chamamento ao processo da seguradora na ação de responsabilidade civil, *Revista magister de direito civil e processual civil*, Porto Alegre, vol. 5, n. 27, nov./dez. 2008, pp. 16-37.
- 35 STJ, 3ª T., REsp 3.056, Rel. Min. Nilson Naves, julg. 28.06.1990.
- 36 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., p. 126.
- 37 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., p. 129.



SUMÁRIO: 1. Equilíbrio contratual e fatos supervenientes – 2. Pressupostos e requisitos da onerosidade excessiva – 3. Efeitos da onerosidade excessiva – 4. A onerosidade excessiva nas relações de consumo – Problema prático.

## **1. EQUILÍBRIO CONTRATUAL E FATOS SUPERVENIENTES**

O princípio do equilíbrio no âmbito dos contratos, como destacado no capítulo III, é corolário da opção constitucional pelo objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), que irradia imperativos de justiça e proporcionalidade no âmbito do direito contratual, de forma a temperar a força obrigatória do contrato e a intangibilidade do seu conteúdo. A igualdade substancial não suprime a liberdade contratual, nem coíbe as posições de vantagem legitimamente conquistadas na negociação dos contratos, contendo-se, no entanto, desproporções excessivas e injustificadas.

As relações contratuais não são indiferentes às situações de desigualdade fática, resguardando-se o legítimo exercício da autonomia negocial, desde que idôneo a atender a interesses merecedores de tutela. Em tal contexto insere-se a justiça contratual e a exigência de equilíbrio entre prestações, para a preservação de

interesses e posições jurídicas proporcionalmente negociadas entre as partes.

O princípio de equilíbrio contratual no direito contratual, que garante a correspectividade entre as prestações, manifesta-se principalmente, embora não exclusivamente, por meio de institutos como a lesão e a onerosidade excessiva. Enquanto a lesão coíbe contratos celebrados de forma desproporcional, com vício de origem, a onerosidade excessiva atinge os contratos que, embora celebrados de forma proporcional, tornaram-se desequilibrados por fato superveniente ao longo de sua execução.

[Cláusula *rebus sic stantibus*]

Entretanto, ao chamado “mundo da segurança”, do final do Século XIX, correspondia um Estado mantenedor das regras do jogo dos negócios privados, cujo conteúdo cabia às partes contratantes, exclusivamente, preencher, razão pela qual se baniu das codificações e das construções doutrinárias de então, qualquer referência à chamada *cláusula rebus sic stantibus*, a qual, concebida pelos pós-glosadores, do período medieval, no bojo da rica produção dos Tribunais Eclesiásticos, visava a temperar o rigor dos cumprimentos dos pactos, nem sempre compatíveis com a equidade reclamada pelos princípios morais do Direito Canônico.<sup>1</sup> Pretendia-se com tal cláusula, como se sabe, a inserção nas convenções de princípio implícito segundo o qual a obrigatoriedade do cumprimento das obrigações, consagrada pelo princípio romano *pacta sunt servanda*, condicionava-se à manutenção das circunstâncias imperantes quando da contratação, escapulindo, assim, da esfera de exigibilidade do credor, certas situações de inadimplência, justificadas pela alteração, sem culpa do devedor, das condições táticas asseguradoras do cumprimento da obrigação pactuada. Daí a cláusula em apreço, literalmente traduzida por “estando assim as coisas”, a condicionar a execução das obrigações à manutenção do *status quo* da época da contratação. O liberalismo, traduzido juridicamente pelo *Code Napoléon*, rompendo com os privilégios do período que o precedeu, refuga todos os entraves aos postulados de liberdade formal que

encerra o contrato, fruto da autonomia dos privados, por refletir a livre vontade dos contratantes, desde que formalmente válida fazia lei entre as partes, e, como tal, era dotado de exigibilidade insuscetível de atenuantes. É este, com efeito, o ambiente axiológico que marcou a política legislativa do Século XIX, permeando as principais codificações europeias, e, à esteira delas, o Código Civil de 1916.

O alvorecer do Século XX, contudo, altera profundamente os institutos jurídicos concebidos para o liberalismo. Dos escombros da Segunda Guerra, ponto culminante de longa sucessão de crises econômicas e sociais, renasceria um Direito interessado nos efeitos sociais dos contratos, antes que, somente, na sua estrutura formal. É a falência do individualismo jurídico, substituído, através de portentosa legislação extraordinária ou especial, por uma generalizada socialização do Direito.<sup>2</sup> Emblemática, em propósito, as leis do inquilinato francesa, italiana e inglesa, congelando alugueres e prorrogando coercitivamente contratos de locação, depauperando a autonomia das partes, por meio de recurso legislativo que desde o pós-guerra vem sendo sistematicamente utilizado por aqueles legisladores (e que, de recente, sob o estigma da extemporaneidade, mostra-se ainda capaz de entusiasmar o legislador pátrio).

O Direito brasileiro, em particular a partir da década de 1930, sofre indiscutível transformação. A par da discussão, ensejada pelo referido processo, sobre o ocaso das codificações, substituídas que seriam pela progressiva legislação especial de intervenção nos negócios privados, surge a certeza de que ao Estado já não mais escapa a proteção da finalidade social de cada contrato. Para resguardar os fins contratuais perseguidos, assinalando o ocaso do voluntarismo, vale-se o Direito de numerosos mecanismos, dentre eles, a reedição, sob fundamentações as mais diversas, da cláusula *rebus sic stantibus*, rebatizada com a pouco elegante expressão “Teoria da Imprevisão ou Superveniência”.

Diversas teorias sucederam-se no sentido de flexibilizar os requisitos da teoria da imprevisão original, reputados excessivamente rigorosos e calcados no voluntarismo, de forma incondizente com o novo contexto social.<sup>3</sup> A primeira elaboração sistemática do

ressurgimento da cláusula *rebus sic stantibus* deve-se, provavelmente, a B. Windscheid,<sup>4</sup> o qual propõe a Teoria da Pressuposição, fundada na ideia de condição não desenvolvida no contrato, como autolimitação da vontade. Cumpre referir à teoria da quebra da base subjetiva, de Paul Oertmann,<sup>5</sup> segundo a qual o contrato também se fundaria em representações mentais, comuns ou conhecidas, sobre a existência e permanência de certas circunstâncias que, embora não tenham chegado a fazer parte do negócio, fizeram parte de sua base.

[Base objetiva do negócio]

Indo além, a teoria da quebra da base objetiva do negócio, difundida por Larenz, sustenta que condições como a ordem econômico-social, o poder aquisitivo da moeda, as condições normais de tráfico são levadas em consideração na persecução do escopo do contrato, na distribuição de riscos e na ponderação de seus interesses, gerando a vinculação do contrato à conjuntura social, bem como o reconhecimento da sua mutabilidade.<sup>6</sup> Esses desenvolvimentos teóricos contribuíram para permitir condições de interferência sobre o equilíbrio contratual mais flexíveis, por vezes mesmo abrindo mão do requisito da imprevisibilidade do desequilíbrio.

[Cláusula de *hardship*]

No âmbito dos contratos internacionais, o problema vem sendo desenvolvido sob as vestes da chamada cláusula de *hardship*, a qual, seja expressamente prevista no contrato, seja em decorrência dos princípios aplicáveis, por força de *soft law* ou da *lex mercatória*, determina a revisão ou resolução do contrato em caso de eventos imprevisíveis e extraordinários que afetem significativamente a economia contratual, tornando o cumprimento excessivamente oneroso para uma das partes. As cláusulas, que podem ser bastante específicas na descrição dos eventos ou mais genéricas, indicando situações de “infortúnio” em geral, costumam conduzir à

renegociação pelas partes, ou à revisão ou resolução por um árbitro.<sup>7</sup> Cumpre ressaltar, todavia, que a vinculatividade dessas cláusulas restringe-se à alocação de riscos previstos entre os contratos, não atingindo as normas gerais de proteção ao equilíbrio contratual impostas pelos ordenamentos nacionais, no que tange aos fatos por elas não abarcados.

No ordenamento brasileiro, a hipótese somente veio a ser expressamente regulada no Código Civil em 2002, em que pese à existência de regras específicas sobre o assunto nos contratos de locação e de empreitada, como tratado na segunda parte deste volume, e nas relações de consumo, objeto do item 4 deste capítulo.<sup>8</sup> O Código Civil, nos arts. 478 a 480, inspirado no Código Civil italiano, de 1942, adotou a teoria da excessiva onerosidade, pela qual a intervenção judicial demanda acontecimentos “imprevisíveis e extraordinários” cumulada com prova de extrema vantagem da outra parte, e a manutenção do contrato pressupõe oferta do réu de reduzir equitativamente a sua vantagem.<sup>9</sup> Entretanto, a profícua atividade interpretativa já realizada pela jurisprudência permitiu acomodar os dispositivos em questão com o teor do art. 317, que, embora originalmente concebido para tratar somente da atualização monetária, ganhou terminologia abrangente, que vem sendo usada para temperar requisitos e efeitos da onerosidade excessiva entre nós, como se passa a observar.

## **2. PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DA ONEROSIDADE EXCESSIVA**

Por incidir sobre o desequilíbrio superveniente à celebração do pacto, a onerosidade excessiva pressupõe a existência de intervalo de tempo entre a formação do negócio e a sua execução, razão pela qual é próprio de contratos de duração, como aqueles de execução continuada ou diferida. Aplicam-se especialmente aos contratos bilaterais comutativos, já que a exigência de preservação da comutatividade, como índice de aferição da racionalidade econômica

engendrada pelas partes, mostra-se o núcleo justificador do princípio do equilíbrio das prestações.

#### [Contratos aleatórios]

Ao propósito, convém observar que em todo contrato sinalagmático encontram-se presentes, em alguma medida, a álea (risco normal) e a comutatividade (proporcionalidade entre os interesses). No contrato aleatório, predomina a álea em detrimento da comutatividade, enquanto no contrato comutativo ocorre o inverso, compreendendo-se, por isso mesmo, a distinção classificatória. Tal percepção permite admitir a caracterização da onerosidade excessiva também nos contratos aleatórios, nos quais, embora haja comutatividade menos intensa, é de se preservar o risco nos limites do razoavelmente pactuado. Nos contratos aleatórios, portanto, a onerosidade excessiva poderá configurar-se quando o desequilíbrio imprevisível decorrer de evento não alcançado pelo risco assumido pelas partes, isto é, pela álea contratualmente estabelecida.<sup>10</sup>

#### [Contratos unilaterais]

No caso de contratos unilaterais, o Código Civil, no art. 480, permite ao devedor a invocação da excessiva onerosidade, a qual será determinada, ante a impossibilidade da comparação com a contraprestação, pela variação do valor da prestação entre o momento da celebração do contrato e o momento da sua execução, nos mesmos moldes do art. 317. Nesse caso, todavia, em lugar do efeito resolutivo, a onerosidade excessiva somente poderá implicar a modificação dos termos do negócio, para a redução do ônus imposto ao devedor.

#### [Excessividade e álea normal]

Identificada a hipótese fática de incidência, a aplicação da excessiva onerosidade requer, em primeiro lugar, a superveniência de efetivo desequilíbrio econômico. A onerosidade produzida deve ser excessiva, o que significa ir além da álea própria do contrato, isto



é, dos riscos concretamente assumidos pelas partes no exercício legítimo da autonomia negocial.<sup>11</sup> Ela deve ser avaliada na comparação entre dois momentos distintos (na formação e na execução no negócio), como também pela comparação entre prestação e contraprestação, nos termos do art. 478. Assim, abrange tanto a chamada onerosidade direta, decorrente do aumento do custo para que o devedor possa adimplir sua prestação, como também a onerosidade dita indireta, decorrente de uma desvalorização significativa da contraprestação recebida em troca dela.<sup>12</sup> De qualquer forma, a caracterização da onerosidade excessiva é objetiva e geral, levando em conta aspectos quantitativos e qualitativos do equilíbrio contratual, razão pela qual, tradicionalmente, não são levados em conta, nas relações paritárias, elementos subjetivos, relativos à esfera individual de cada parte, que não integram a economia do contrato, como a perda de emprego ou um acidente sofrido pelo contratante.<sup>13</sup>

[Ausência de imputabilidade e mora]

Na mesma linha, são descartados desequilíbrios imputáveis ao próprio devedor, já que lhe cumpre arcar com os efeitos de sua culpa, bem como aqueles ocorridos quando ele já se encontrava em mora, pois a mora tem por efeito impor ao devedor todos os riscos que lhe forem supervenientes, inclusive os decorrentes de caso fortuito (conforme abordado no volume II). Cumpre, todavia, admitir as hipóteses em que o desequilíbrio, embora alegado posteriormente, antecedeu a mora, configurando a causa do atraso, razão pela qual poderia ser invocada a onerosidade excessiva.<sup>14</sup>

[Extrema vantagem]

O desequilíbrio, nos termos expostos, mostra-se suficiente como requisito objetivo para a onerosidade excessiva, em que pese a previsão, na redação do art. 478 do Código Civil, de extrema vantagem para a outra parte. Nos contratos sinalagmáticos, a excessiva onerosidade surgida para uma das partes costuma gerar,

de fato, extrema vantagem para a outra parte, mas isso pode não ocorrer, bastando pensar na imposição sobrevinda de imposto ou taxa para a satisfação da prestação, custo extra que não reverterá em favor do outro contratante. Nessa direção, há que se mitigar a caracterização da extrema vantagem como requisito para a aplicação do instituto, na linha seguida pelo art. 317.<sup>15</sup>

[Imprevisibilidade]

A imprevisibilidade é o requisito subjetivo para a caracterização da onerosidade excessiva, ao menos nas relações paritárias, regidas pelo Código Civil. Exercida a autonomia negocial de forma merecedora de tutela, somente acontecimentos fora do campo de previsibilidade das partes, que superam a oscilação normal da álea contratual, justificam a relativização da intangibilidade dos pactos (*pacta sunt servanda*), já que os demais eventos constituem riscos implicitamente assumidos e, portanto, integrantes do equilíbrio contratualmente estabelecido em concreto.<sup>16</sup> Na avaliação da imprevisibilidade, a referência generalista e tradicional ao “homem médio” ou “bom pai de família” deve ser temperada por padrões de conduta individualizantes, que levem em conta, por exemplo, a natureza do contrato, as características dos contratantes, seus conhecimentos e aptidões, bem como as condições do mercado, em termos de uma análise também de probabilidade.<sup>17</sup>

[Efeitos da pandemia de Covid-19]

A pandemia de Covid-19 (SARS-CoV-2) atingiu de forma significativa numerosos contratos, muitas das vezes caracterizando efetivamente situações de onerosidade excessiva. Entretanto, comparando negócios variados, tais como locações comerciais em *shopping centers* que foram fechados, serviços educacionais que passaram a ser prestados de forma remota e contratos de fornecimento de equipamentos de proteção que se valorizaram subitamente em razão da alta demanda, constata-se a grande diversidade de efeitos que a pandemia produziu nos distintos

contratos. Diante disso, mostram-se inadequadas as generalizações que associam a avaliação de imprevisibilidade à pandemia em si mesma, em abstrato: cumpre ao intérprete averiguar a caracterização da onerosidade excessiva imprevisível e de seus demais requisitos em cada contrato concreto, analisando o impacto da pandemia na economia interna daquele negócio específico.<sup>18</sup> Em tal perspectiva, não parece contribuição positiva o disposto no art. 7º do Regime Jurídico Emergencial e Transitório – Lei nº 14.010/2020 (RJET), que assevera, de forma geral, que não se consideram fatos imprevisíveis o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou a substituição do padrão monetário. O dispositivo foi originalmente vetado, sob o argumento de que o ordenamento já dispõe de mecanismos adequados para a modulação das obrigações contratuais em situações excepcionais. Entretanto, o veto presidencial foi derrubado pelo Congresso Nacional.

### **3. EFEITOS DA ONEROSIDADE EXCESSIVA**

[Resolução e retroatividade]

Tradicionalmente, o efeito cominado para a caracterização da onerosidade excessiva, preenchidos os requisitos citados, é a resolução do contrato. Embora pareça solução drástica, foi por muito tempo reputada a única solução possível com o necessário respeito à vontade das partes, pois, impossibilitada a manutenção do vínculo nos termos originais, não seria admissível sua modificação, tendo em vista a intangibilidade do conteúdo do negócio. A resolução produz-se, nesse caso, por decisão judicial, não sendo permitido ao contratante cessar a execução antes de autorizado para tanto, nem poderá a decisão alcançar as prestações já cumpridas, limitando-se o seu alcance retroativo ao momento da citação.<sup>19</sup>

[Oferta de redução equitativa]

Resta claro, todavia, o inconveniente do desfazimento do vínculo, especialmente se já iniciada a execução, levando em conta não

apenas o interesse das partes, mas também a função social do contrato.<sup>20</sup> Nesse sentido, procurou-se construir em doutrina outras possibilidades de solução para a onerosidade excessiva. O Código Civil limitou-se a permitir a manutenção do contrato em caso de oferta do réu no sentido de reduzir equitativamente a vantagem que obteve em virtude do desequilíbrio, recebendo prestação menor do que pactuado, retribuindo com contraprestação maior ou modificando-se a forma de execução do negócio. A *reductio ad aequitatem* configuraria a resposta processual idônea a evitar o fim do contrato se a modificação ofertada fosse suficiente para afastar um dos requisitos para a caracterização da onerosidade excessiva, ainda que não permita o retorno ao equilíbrio original.<sup>21</sup> A solução do legislador é objeto de críticas, pois permite ao devedor o pedido resolutório, enquanto imobiliza o réu à oferta de redução.<sup>22</sup>

[Dever de renegociação]

Outro mecanismo construído doutrinariamente para evitar a resolução foi a afirmação da existência de um dever de renegociação do contrato diante do desequilíbrio superveniente.<sup>23</sup> Como corolário do princípio da boa-fé, deveriam as partes adotar conduta colaborativa no sentido de buscar a autocomposição do conflito resultante do acontecimento imprevisto, redistribuindo negocialmente os ônus dele decorrentes. A solução tem o mérito de conduzir a meio adequado de solução da controvérsia, de modo a assegurar a continuidade da relação, com a efetivação do resultado econômico pelo meio mais eficaz para garantir, ao mesmo tempo, a necessária flexibilidade.<sup>24</sup> No entanto, encontra-se adstrito às hipóteses em que se façam presentes os requisitos da onerosidade excessiva, de modo a evitar sua invocação abusiva pelo devedor em dificuldade, e, na falta de acordo entre as partes, a questão será inevitavelmente conduzida ao Judiciário.

[Revisão judicial]

Em consonância com o princípio da conservação dos contratos, sempre que possível a sua manutenção, tendo em vista a sua função e os interesses tutelados, a solução com base na onerosidade excessiva há de ser a revisão judicial do negócio, mantendo-se o vínculo em novos termos.<sup>25</sup> Em que pese a maior compressão à autonomia negocial – já que imporá às partes manterem-se em negócio sob condições diversas daquelas originariamente pactuadas – a revisão mostra-se condizente com o princípio da conservação dos negócios e com a leitura funcional dos contratos, na qual a autonomia somente é protegida se (e na medida em que) merecedora de tutela, à luz da principiologia constitucional. Diferente da redução equitativa, a revisão não demanda consenso entre as partes, bastando pedido de um dos contratantes nesse sentido.<sup>26</sup> A possibilidade encontra guarida no disposto no art. 317 do Código Civil,<sup>27</sup> que, embora originalmente concebido no Projeto de Código Civil somente para atualização monetária de obrigações pecuniárias, foi aprovado pelo Congresso com redação ampla, permitindo-o atuar como verdadeira cláusula geral de revisão judicial de contratos desequilibrados por fatos supervenientes imprevisíveis.<sup>28</sup>

#### **4. A ONEROSIDADE EXCESSIVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

[Objetividade da onerosidade]

A vulnerabilidade presumida do consumidor – tomada pelo legislador como pessoa em condição de particular vulnerabilidade – conduz à atenuação do rigor nos requisitos para a caracterização da onerosidade excessiva, alargando o espaço de intervenção judicial. Assim, o Código de Defesa do Consumidor garante objetivamente ao consumidor o direito à modificação de cláusulas que imponham prestações desproporcionais ou à sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (CDC, art. 6º, V). Dessa forma, no teor do dispositivo, não há imposição do requisito da imprevisibilidade, razão pela qual se vem afirmando que

a revisão e a resolução, nas relações de consumo, poderiam ocorrer de forma objetiva.<sup>29</sup>

Cumpra, todavia, avaliar a distribuição de riscos entre as partes, pois pode ser legítima a assunção de risco de evento desfavorável pelo consumidor e, nesse caso, a intervenção judicial que, a pretexto de reequilibrar o contrato desconsidera o equilíbrio originalmente firmado entre as partes, pode acabar por inviabilizar o acesso do consumidor a determinados produtos e serviços. Na jurisprudência, no caso da desindexação cambial ocorrida em 1999, nas prestações de contrato de *leasing* vinculadas a moeda estrangeira, construção paradigmática considerou que os custos decorrentes da súbita desvalorização da moeda nacional frente ao dólar deveriam ser repartidos pela metade entre devedor e credor.<sup>30</sup> Nesse caso, embora o risco de desvalorização cambial tivesse sido assumido pelo consumidor, entendeu a Corte ser justificável a intervenção e, por um critério de equidade, decidiu por dividir o prejuízo decorrente da mudança cambial entre as partes, o que, a longo prazo, acabou por causar o fim da oferta desse tipo de contrato, o que poderia ter sido evitado caso o foco da revisão tivesse se dado sobre a adequação da informação prestada.

Distingue-se, igualmente, a caracterização da onerosidade excessiva nas relações de consumo pelo efeito cominado, pois o legislador determinou, como solução expressamente prioritária, a revisão dos termos do negócio, não a sua resolução, levando em conta a importância do princípio da conservação dos contratos nas relações de consumo.<sup>31</sup> Observe-se, ainda, no âmbito do direito consumerista – em que a revisão é deflagrada sem qualquer elemento de imprevisibilidade – a maior receptividade para a consideração de fatos subjetivos referentes à esfera pessoal do consumidor, como justificadores para a caracterização da onerosidade. Especialmente nos casos de superendividamento, circunstâncias como a perda de emprego do devedor e problemas de saúde na família são levados em consideração para a atenuação dos rigores do *pacta sunt servanda*.<sup>32</sup>

## PROBLEMA PRÁTICO

Fazendeiro que se compromete a vender safra futura de soja, cuja lavoura, antes da execução do contrato, é atingida por “ferrugem asiática”, doença que atinge as plantações de soja no Brasil desde 2001, diminuindo consideravelmente sua produtividade, pode alegar onerosidade excessiva para pretender a resolução ou revisão do contrato?



**Acesse o QR Code e assista à aula explicativa sobre este assunto.**

> <https://uqr.to/ntj3>

- **Vide Casoteca**

- 
- 1 Para ampla resenha histórica sobre o tema, v. Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, Rio de Janeiro: Forense, 1958, 3ª ed., *passim*.
  - 2 Michele Giorgianni, O direito privado e suas atuais fronteiras, *Revista dos Tribunais*, vol. 747, Rio de Janeiro: jan. 1988, pp. 35-55.
  - 3 Para um exame das diversas teorias sobre a matéria, v. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 293 e ss.
  - 4 *Diritto deite Pandette*, trad. it. de C. Fadda e P. E. Densa, vol. I, UTET, Torna°, 1930, rest. (15ª ed. 1902), §§ 97 e 100.
  - 5 *Das Recht Der Schuldverhältnisse*, Berlin : Heymann , 1910.
  - 6 Karl Larenz, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Editorial Revista de derecho privado, 1956, *passim*.
  - 7 Sobre o tema, v. Judith Martins-Costa. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 25, São Paulo: abr.-jun./2010, pp. 11-39.
  - 8 Sobre o tema, no ordenamento brasileiro anterior à codificação, v. Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, *passim*.
  - 9 Nesse sentido, Judith Martins-Costa, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. V, t. I, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 245, que destaca que houve um temperamento entre nós em razão da convivência, no Código Civil, do art. 478 com o art. 317.
  - 10 Paula Greco Bandeira, *Contratos aleatórios no direito brasileiro*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 155. Enunciado nº 440 da V Jornada de Direito Civil – CEJ/CJF: “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”.
  - 11 Pietro Perlingieri, *Manuale de diritto civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 466. Enunciado nº 366 da IV Jornada de Direito Civil – CEJ/CJF: “O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação”.



- 12 Vincenzo Roppo, *Il contratto*, Milano: Giuffré, 2001, p. 1021.
- 13 Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009 (1959), 26<sup>a</sup> ed., pp. 214-215.
- 14 Paulo Luiz Netto Lôbo, *Direito civil: contratos*, São Paulo: Saraiva, 2006, 2<sup>a</sup> ed., p. 197.
- 15 Em crítica ao então projeto legislativo, v. Luis Renato Ferreira da Silva, *Revisão dos contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 113.  
Enunciado nº 365 da IV Jornada de Direito Civil – CEJ/CJF: “A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração das circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena”.
- 16 Enunciado n. 175 da III Jornada de Direito Civil – CEJ/CJF: “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”.
- 17 Vincenzo Roppo, *Il contratto*, Milano: Giuffré, 2001, p. 1025; Ruy Rosado de Aguiar Jr., *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 155. Enunciado n. 25 da I Jornada de Direito Comercial – CEJ/CJF e Enunciado 439 da V Jornada de Direito Civil – CEJ/CJF: “A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada”.
- 18 Sobre o tema, remeta-se a Gustavo Tepedino, Milena Donato Oliva e Antônio Pedro Dias, *Contratos, força maior, excessiva onerosidade e desequilíbrio patrimonial. Conjur*, 20 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/opiniao-efeitos-pandemia-covid-19-relacoes-patrimoniais>. Acesso em: 27 ago. 2020.
- 19 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. III, atualizado por Caitlin Mulholland, Rio de Janeiro: Forense, 2014 (1963), 18<sup>a</sup> ed., p. 149.
- 20 Flávio Tartuce, *Direito civil*, vol. 3, São Paulo: Método, 2014, 9<sup>a</sup> ed., p. 169.

- 21 Sobre o procedimento, v. Paulo Magalhães Nasser, *Onerosidade excessiva no contrato civil*, São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 167-173.
- 22 Nelly Potter, *Revisão e resolução dos contratos no Código Civil*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 174.
- 23 Sobre o tema, v. Anderson Schreiber, *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, São Paulo: Saraiva, 2018.
- 24 Pietro Perlingieri, *Manuale de diritto civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 468.
- 25 Enunciado n. 367 da IV Jornada de Direito Civil – CEJ/CJF: “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 sua vontade e observado o contraditório” e Enunciado n. 176 da III Jornada de Direito Civil – CEJ/CJF: “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”.
- 26 Nelly Potter, *Revisão e resolução dos contratos no Código Civil*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 178.
- 27 Código Civil, art. 317: “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.
- 28 Em sentido contrário, Francisco Paulo De Crescenzo Marino, *Revisão contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*, São Paulo: Almedina, 2020, *passim*.
- 29 Paulo Luiz Netto Lôbo, *Direito civil: contratos*, São Paulo: Saraiva, 2006, 2ª ed., p. 196. Tendo em vista que Karl Larenz ressalva que “*la desaparición de la base del negocio objetiva no puede tenerse en cuenta cuando el acontecimiento que la produzca fuese previsible, ya que en tal caso las partes hubiesen podido tomar medidas y, a falta de las mismas, debe considerarse asumido el riesgo por la parte afectada*” (*Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Editorial Revista de derecho privado, 1956, p. 169), Fabiana Barletta defende que a previsão do CDC é de tal modo objetiva que sequer seria manifestação da teoria da base objetiva de Larenz, já que,

para a autora, em virtude dessa ressalva, “adotar a teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico de Larenz é o mesmo que adotar mais uma das variações da teoria da imprevisão” (*A revisão contratual no Código civil e no Código de defesa do consumidor*, São Paulo : Saraiva, 2002, p. 168, nota de rodapé 531).

<sup>30</sup> STJ, 2ª S., REsp 473.140/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. p/ Acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, julg. 12.2.2003, publ. DJ 4.8.2003, p. 217.

<sup>31</sup> Paulo Luiz Netto Lôbo, *Direito civil: contratos*, São Paulo: Saraiva, 2006, 2ª ed., p. 196.

<sup>32</sup> Otavio Luiz Rodrigues Junior, *Revisão judicial dos contratos*, São Paulo: Atlas, 2006, p. 209. Sobre o tema, v. Daniel Bucar, *Superendividamento*, São Paulo: Saraiva, 2017, e, sob uma perspectiva preventiva do problema, Cíntia Muniz de Souza Konder, *A concessão abusiva de crédito por informação inadequada*, Tese de doutorado, Rio de Janeiro: UERJ, 2018.



## Capítulo XI

# EXTINÇÃO DOS CONTRATOS

SUMÁRIO. 1. Causas de extinção dos contratos – 2. Resilição e distrato – 3. Resolução por inadimplemento – 4. A cláusula resolutiva expressa – 5. Exceções de suspensão de eficácia do contrato – Problema prático.

## 1. CAUSAS DE EXTINÇÃO DOS CONTRATOS

[Extinção pela execução]

A transitoriedade mostra-se recorrente nas relações contratuais, destinadas precipuamente ao intercâmbio de prestações. A execução do contrato, com o adimplemento das prestações convencionadas, define o propósito almejado: “o fim que polariza e dinamiza a relação obrigacional”.<sup>1</sup> Uma compra e venda destina-se ao intercâmbio entre a transferência de propriedade da coisa e o pagamento do preço, e cessa seus efeitos quando este fim é atingido. Ao lado desse processo natural ou fisiológico de extinção das relações obrigacionais, são diversas as formas pelas quais pode se extinguir a produção de efeitos do contrato.

[Causas extintivas de todos os negócios jurídicos]

Como espécie de negócio jurídico, os contratos também podem se extinguir pelas causas extintivas comuns a todos os negócios jurídicos, abordadas no volume I, tais como sua invalidação, pelo advento de termo ou condição resolutiva, e pela impossibilidade definitiva e superveniente do objeto. Imagine-se um contrato de locação, que pode: (i) ser anulado por coação; (ii) caducar, com o encerramento do prazo de vigência sem sua prorrogação ou renovação; (iii) se tornar impossível em virtude de desapropriação pelo Poder Público do bem alugado. Vale lembrar, todavia, que neste caso de impossibilidade da prestação, se meramente temporária e persistindo o interesse útil na prestação, sua consequência será tão somente a suspensão dos efeitos do contrato enquanto durar o fato impeditivo de sua execução, como ocorreu, por exemplo, com casas de espetáculo e certos meios de transporte que foram impedidos de funcionar durante a pandemia de Covid-19.

[Causas extintivas das relações obrigacionais]

Ademais, os efeitos dos contratos podem cessar também pela extinção das obrigações por ele geradas, em virtude das causas de extinção comuns a todas as relações obrigacionais. Nesse sentido, são aplicáveis às relações contratuais as regras relativas aos pagamentos especiais (como a consignação, a imputação e a dação em pagamento), bem como aquelas relativas à novação, compensação, confusão e remissão, objeto de exame no volume II.

[Causas extintivas próprias dos contratos]

Existem, todavia, formas de extinção exclusivas das relações contratuais. Trata-se de causas extintivas próprias dos contratos, peculiares, portanto, às relações oriundas de negócios jurídicos bilaterais e patrimoniais. A terminologia utilizada para sistematizar as formas de extinção dos contratos é bastante diversificada, abordada pela doutrina com riqueza de designações e significados.<sup>2</sup>

As formas de extinção específicas das relações contratuais podem ser divididas em três grandes grupos. Em primeiro lugar, os

efeitos do contrato cessam por *resilição*, quando a extinção decorre exclusivamente de manifestação unilateral de vontade, ou, ainda, quando a extinção decorre de acordo entre partes, no *distrato*, também chamado de *resilição bilateral*. Da mesma forma, e nos mesmos limites que o ordenamento franqueia liberdade às partes para dar origem aos vínculos contratuais, no exercício da autonomia negocial, permite-se aos particulares pôr fim aos seus efeitos em razão de nova manifestação de vontade nesse sentido. Em segundo lugar, o contrato pode ser extinto em razão de *resolução* por inadimplemento. Nesse caso, não é a simples manifestação de vontade do contratante que justifica a extinção do contrato, mas o seu descumprimento, imputável à outra parte, relativamente à obrigação essencial ao negócio. Enfim, a terceira forma de extinção dos contratos é a resolução por onerosidade excessiva, quando os efeitos do contrato cessarão em virtude de fato superveniente que lhe alterou significativamente o equilíbrio contratual, conforme examinado no capítulo precedente.

## 2. RESILIÇÃO E DISTRATO

O termo *resilição* – importado do direito francês (*résiliation*) – tem sido utilizado com significados contrastantes na doutrina brasileira. A exemplo do que ocorre no país de origem do termo, nota-se corrente *confusão de palavras*,<sup>3</sup> acentuada pela própria opção legislativa de reunir, sob a denominação *distrato*, o distrato propriamente dito (CC, art. 472) e a *resilição unilateral* (CC, art. 473).

O distrato consiste no “acordo entre duas pessoas obrigacionalmente vinculadas, para o efeito de extinguir-se a obrigação contraída, por convenção”.<sup>4</sup> Trata-se, portanto, de negócio jurídico por meio do qual as partes de determinado contrato promovem sua extinção,<sup>5</sup> regulamentando, da forma que melhor lhes aprouver, os efeitos de tal dissolução.<sup>6</sup> Como negócio jurídico bilateral patrimonial, configura também um contrato, mas de natureza peculiar, visto que não visa criar relação jurídica, nem precisa conter

promessas, mas sim extinguir o vínculo preexistente. Trata-se, assim, de contrato liberatório ou extintivo, destinado a pôr fim ao regulamento de interesses, com base em consenso no sentido contrário àquele que o estipulou.<sup>7</sup> À natureza contratual do distrato opunham-se alguns autores, afirmando que “o distrato, em pontos essenciais se distingue do contrato”,<sup>8</sup> mas pode-se afirmar a prevalência da orientação que classifica o distrato como verdadeiro contrato, tendo em vista que “a imprescindibilidade de um novo consentimento manifestado pela mesma forma do contrato torna indubitável esse caráter contratual”.<sup>9</sup> O acordo de vontades como elemento constitutivo do distrato, a confirmar sua natureza contratual, comprova-se no âmbito de conhecida controvérsia em torno da expressão *mutuus dissensus*, cuja utilização como sinônimo de distrato foi objeto de críticas por parte da doutrina brasileira.<sup>10</sup>

A resilição (unilateral), por sua vez, constitui direito potestativo à extinção do contrato “por simples declaração de vontade” de uma das partes contratantes.<sup>11</sup> O exercício da resilição, portanto, não depende da ocorrência de inadimplemento ou qualquer outro evento objetivo, dispensando mesmo motivação que transcenda a mera vontade das partes.<sup>12</sup>

[Forma do distrato]

Para o distrato, o disposto no art. 472 do Código Civil impõe regra de atração de forma em relação ao contrato: “o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato”. Dito por outros termos, o distrato deve revestir o mesmo requisito formal legalmente exigido para o contrato. Não se demanda a adoção do instrumento formal que o contrato, por opção espontânea, revestia, mas a forma a ele imposta por exigência legal. Assim, se a forma adotada decorreu de ajuste convencional, ao distrato não será imposto o mesmo instrumento.<sup>13</sup> Em termos práticos, se a lei exige para o contrato instrumento público (p. ex., contrato de aquisição de bem imóvel acima de certo valor), o distrato se submeterá ao mesmo requisito formal. Por outro lado, se a forma pública revestiu o contrato por



opção das partes, sem que decorresse de exigência legal, o distrato não precisa respeitá-la, podendo dispensar o instrumento público.

[Efeitos do distrato]

Fundado o efeito extintivo no exercício da autonomia negocial, o distrato tem, salvo disposição diversa das partes, efeitos *ex nunc*, respeitando-se, portanto, as repercussões que o contrato tiver anteriormente produzido, sem retroação.<sup>14</sup> Importa apenas cessação de eficácia do vínculo, razão pela qual, muitas vezes, o distrato implicará, por exemplo, nova incidência de tributo.

[Resilição unilateral]

A resilição unilateral poderá decorrer da lei ou ser estabelecida no próprio instrumento contratual. Assim, somente nas hipóteses consensualmente previstas, ou em que a lei expressa ou implicitamente o permita, poderá a manifestação de vontade de apenas um dos contratantes por fim aos efeitos do negócio. Mesmo quando autorizada, a resilição poderá não gerar efeitos imediatos se houver a necessidade de resguardar o outro contratante que confiava na manutenção do vínculo.<sup>15</sup> O contrato continuará a produzir efeitos nos termos do parágrafo único do art. 473 do Código Civil, por prazo que for compatível com a natureza e o vulto dos investimentos, levando em conta: (i) o tipo e as características do negócio, como, por exemplo, a existência de exclusividade e o tempo de vigência do contrato; (ii) eventual assimetria (técnica ou econômica) entre as posições contratuais, de modo a permitir que o outro contratante mitigue os prejuízos resultantes do fim daquela relação; ou, ainda, (iii) o interesse social subjacente à execução do contrato, para que se mantenha o trânsito jurídico advindo do contrato até que se encontre alternativa à satisfação dos interesses existenciais de terceiros atingidos pela relação contratual.

[Denúncia]

Cumpra-se verificar, nessa perspectiva, se o direito de rescindir foi exercido de modo compatível com a boa-fé objetiva, tutelando-se a confiança criada na outra parte, como por vezes ocorre quando a relação contratual é regularmente mantida por prazo indeterminado, criando-se expectativa de continuidade do vínculo. No contrato por prazo indeterminado – incluídas as hipóteses em que o contrato se prolonga mediante sucessivas renovações do contrato com sinalização de nova prorrogação – o direito à rescisão decorre da natureza do vínculo, justamente por inexistir prazo convencionado para o fim da relação contratual. Nesses casos, denomina-se *denúncia* a manifestação da vontade de terminar o vínculo contratual que vigia por prazo indeterminado.<sup>16</sup>

Em hipóteses especiais, contudo, o legislador menciona o termo denúncia para se referir ao direito à resolução do contrato. Com efeito, a chamada denúncia cheia seria o direito à extinção *motivada* do contrato. É o caso, por exemplo, da locação de imóvel urbano residencial, na qual paralelamente à denúncia imotivada (designada difusamente como denúncia vazia) – cabível nos contratos por prazo indeterminado que tenham durado por pelo menos trinta meses –, o legislador prevê a possibilidade de extinguir unilateralmente o contrato diante de certas situações fáticas apresentadas como motivo para a denúncia.

No entanto, a chamada denúncia cheia corresponde, a rigor, à resolução do contrato,<sup>17</sup> seja em virtude da previsão contratual que estabelece os eventos cuja ocorrência autoriza o exercício do direito de resolução,<sup>18</sup> seja nas hipóteses em que o legislador definiu previamente os fatos que autorizam a resolução contratual.<sup>19</sup> Interessante notar, nessa direção, que a Lei nº 4.886/1965 inclui entre aqueles que “constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial” a “força maior” (arts. 35, e, e 36, e), afirmando-se em doutrina que tal hipótese seria “caso de denúncia motivada”,<sup>20</sup> embora, como se sabe, a impossibilidade de cumprimento não imputável ao devedor – situação normalmente ilustrada com hipóteses de força maior ou caso fortuito – configure o suporte fático (não da rescisão ou denúncia, mas) da resolução.

Deve-se reservar o termo *denúncia*, portanto, preferencialmente à resilição dos contratos por tempo indeterminado, nos termos do art. 473 do Código Civil. A nota que individualiza a resilição, diferenciando-a da resolução e de outros direitos potestativos extintivos, consiste na ausência de qualquer pressuposto associado ao inadimplemento, à impossibilidade de cumprimento não imputável ao devedor ou ao desequilíbrio superveniente do contrato. Em outras palavras, o direito à resilição pode ser exercido independentemente de qualquer descumprimento contratual da outra parte ou da comprovação de desequilíbrio contratual, bastando a simples manifestação de uma das partes.

A extinção por manifestação de vontade unilateral pode dar-se em outras situações que não a denúncia dos contratos por tempo indeterminado, como ocorre na revogação, na renúncia e no direito de arrependimento. A revogação a que se faz referência, registre-se, encontra-se prevista na disciplina da extinção do contrato de mandato, sendo necessário diferenciá-la da revogação mencionada no âmbito do contrato de doação, a qual não se confunde com a resilição. Isso porque, na doação, somente se admite a revogação se verificada a ingratidão do donatário ou o incumprimento do encargo.<sup>21</sup> Dessa sorte, o exercício do direito à revogação da doação – direito potestativo à extinção do contrato – afigura-se subordinado ao incumprimento de obrigação legal ou contratual pelo donatário, o que o aproxima, em termos funcionais, do direito à resolução do contrato.<sup>22</sup>

Na revogação do mandato, por sua vez, não se exige qualquer motivação, o que leva a doutrina a afirmar que, “tal como a denúncia, consiste a revogação numa declaração receptícia de vontade, que opera extrajudicialmente, e, como ela, é direito potestativo. Os contratos estipulados no pressuposto da confiança recíproca entre as partes podem resilir-se *ad nutum*, mediante revogação”.<sup>23</sup> Com efeito, nota-se que a revogação – e, à simetria, a renúncia<sup>24</sup> – vem identificada ora como “feição especial” da resilição,<sup>25</sup> ora como “forma especial de resilição unilateral”.<sup>26</sup> Trata-se efetivamente de resilição contratual,<sup>27</sup> embora tenha o legislador reservado o termo revogação ao contrato de mandato, em relação ao qual se admite a

resilição – ou revogação –, mesmo na hipótese em que o contrato não foi celebrado por tempo indeterminado.<sup>28</sup>

Outro direito potestativo que equivale funcionalmente à resilição é o denominado direito de arrependimento associado às arras penitenciais. Prevê o art. 420 do Código Civil que as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória “se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes”. Distanciando-se da noção tradicional de arras,<sup>29</sup> admite-se que as partes, dando determinada quantia em dinheiro ou bem móvel, reservem-se o direito de se desvincular do contrato independentemente de qualquer motivação, valendo a quantia ou o bem móvel como *preço do arrependimento*. Torna-se possível, nessa medida, a extinção do contrato desvinculada de qualquer motivação, bastando, para tanto, que sejam dadas arras e que se estabeleça seu caráter penitencial, sendo inexigível qualquer outra parcela a título de reparação de danos pela extinção do contrato.

Faz-se alusão, ainda, à resilição – ou direito de arrependimento – decorrente da pactuação de multa penitencial.<sup>30</sup> Tal multa, embora se aproxime das arras penitencias, delas se diferencia pela natureza consensual. Diversamente das arras, não se exige para a constituição da multa penitencial a entrega da quantia em dinheiro ou outro bem móvel. A multa penitencial consiste, portanto, “no ajuste por meio do qual preveem as partes o pagamento de certo valor como consequência da desistência do vínculo obrigacional, comportamento que, nessa hipótese, não caracteriza inadimplemento”.<sup>31</sup> Embora sua estrutura não se identifique com a das figuras positivadas no Código Civil, notadamente a cláusula penal compensatória<sup>32</sup> e as arras penitenciais, sua função revela-se idêntica à desta última, o que se evidencia pelo emprego indistinto da expressão *direito de arrependimento*, tanto nas arras penitenciais, quanto na multa penitencial. Configura-se, portanto, a exemplo do direito advindo das arras penitenciais, como resilição.<sup>33</sup>

A legislação assegura o direito de arrependimento, independentemente de previsão contratual, em determinados contratos, como ocorre nos firmados em stands de vendas e fora da sede do incorporador (art. 67-A da Lei nº 4.591/1964, com a

redação dada pela Lei nº 13.786/2018 – “Lei do distrato”), bem como, de forma geral, nos contratos firmados pelo consumidor fora do estabelecimento comercial (CDC, art. 49). Trata-se de proteção legal contra técnicas de contratação agressiva que levam a aquisições por impulso, como a venda de porta em porta, bem como visa permitir ao consumidor verificar a adequação do produto ou serviço às suas expectativas quando adquirido a distância, por meio de imagens ilustrativas.<sup>34</sup> A abrangência do dispositivo consumerista, todavia, demanda interpretação teleológica e sistemática, de modo a afastar sua utilização abusiva, como em hipóteses em que não seja possível o retorno ao estado anterior (produtos perecíveis e de consumo imediato).<sup>35</sup> O referido dispositivo foi suspenso temporariamente pelo art. 8º do Regime Jurídico Emergencial Transitório – RJET (Lei nº 14.010/2020) no que tange a essas hipóteses e à aquisição de medicamentos, pelo sistema de entrega domiciliar (*delivery*) durante a pandemia de Covid-19. A norma emergencial pretendeu, com isso, desonerar os fornecedores, no momento de crise econômica, em que se intensificam os segmentos de entrega em domicílio, dos custos com a devolução imotivada daqueles produtos, evitando, por outro lado, que a recolocação do produto no mercado pudesse ampliar os riscos de contaminação com o coronavírus.

Outra figura usualmente associada à resilição é o denominado *resgate*.<sup>36</sup> Se parte da doutrina considerava, com base nos arts. 693 e 751 do Código Civil de 1916, que o resgate aplicar-se-ia “unicamente nos contratos de enfiteuse e constituição de renda”,<sup>37</sup> certo é que o Código Civil de 2002 refere-se ao resgate apenas na disciplina do pacto de retrovenda.<sup>38</sup> Em síntese, o pacto de retrovenda confere ao vendedor o direito de (re)adquirir o imóvel vendido, em operação denominada *resgate*.<sup>39</sup> Dessa sorte, encerra o resgate verdadeiro contrato de compra e venda, o qual vem a ser celebrado mediante exercício do direito de opção do vendedor, nos termos preestabelecidos no pacto de retrovenda.<sup>40</sup> Trata-se, nessa medida, de direito formativo gerador, não já extintivo, como a resilição.<sup>41</sup>

### 3. RESOLUÇÃO POR INADIMPLEMENTO

O segundo grupo de causas de extinção do contrato configura a resolução por inadimplemento. Por destinar-se à satisfação das obrigações nele contidas, seu descumprimento atribuído a uma parte poderá representar para a contraparte a perda da utilidade da prestação, com conseqüente desinteresse na manutenção da relação contratual. De modo geral, designa-se resolução à extinção do contrato em virtude da sua inexecução. Caso a inexecução não decorra do comportamento culposo de uma das partes, hipótese em que a impossibilidade da prestação não é imputável ao devedor, deflagra-se a extinção do contrato com a restituição das prestações já efetuadas. Em contrapartida, se a causa da inexecução for imputável um dos contratantes, dá-se a possibilidade de resolução por inadimplemento, entendida como o exercício de direito potestativo extintivo da parte prejudicada por inadimplemento da outra parte, com a dissolução da relação contratual. A controvérsia terminológica também se espraia por esse ponto, já que, em lugar de referir à resolução por inadimplemento, tornou-se recorrente na linguagem forense a referência à *rescisão* do contrato nesses casos, em que pese à expressão ter sido cunhada originalmente para a hipótese de anulação de negócio jurídico por vício de lesão ou estado de perigo.<sup>42</sup> Em tais casos, a imputabilidade da causa da resolução justifica também a obrigação de indenizar o credor vítima do inadimplemento, normalmente pelo interesse negativo, isto é, a recomposição da situação em que a vítima estaria se a negociação não tivesse ocorrido (abstração do ocorrido), e não o interesse positivo, a situação que seria obtida caso a contratação tivesse sido bem-sucedida (adição do não ocorrido).<sup>43</sup> A resolução por inadimplemento pode, ainda, ter efeitos retroativos, salvo se se tratar de obrigação de execução continuada ou periódica.<sup>44</sup>

[Cláusula resolutiva tácita]

Nos contratos bilaterais ou sinalagmáticos, a possibilidade de resolução do contrato por inadimplemento decorre da lei, quando o

descumprimento de obrigação atingir o sinalagma, eis que a reciprocidade prestacional compõe a função do contrato. Trata-se do que se convencionou referir por cláusula resolutiva tácita, decorrente da interpretação de que, ao eleger o intercâmbio daquelas prestações como razão de ser do contrato, restou implícito que a falta de uma delas rompe a comutatividade que lhe é essencial, permitindo à parte lesada desfazê-lo. Com efeito, o art. 475 do Código Civil prevê que: “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”, ou seja, se não mais lhe interessar exigir o cumprimento da obrigação, terá a faculdade de resolver o negócio.

[Alcance da cláusula resolutiva tácita]

A alusão a uma suposta *cláusula tácita* revela, a rigor, resquício de concepção voluntarista em que as situações jurídicas subjetivas relacionadas ao contrato deveriam decorrer exclusivamente da vontade das partes, a exigir o recurso à noção de cláusulas tácitas.<sup>45</sup> O direito à resolução por inadimplemento, nos termos do art. 475 do Código Civil, portanto, não depende de previsão em cláusula tacitamente extraída do contrato, podendo ser exercido sempre que configurado descumprimento contratual culposos, associado à impossibilidade da prestação ou à perda do interesse útil do credor. A chamada cláusula resolutiva tácita deve ser lida sob perspectiva funcional, compreendendo o descumprimento de todos aqueles deveres que vierem a prejudicar a produção dos efeitos essenciais que o contrato visava a produzir. Assim, também o descumprimento de deveres laterais, decorrentes da incidência do princípio da boa-fé, pode ensejar a resolução, se for capaz de comprometer o interesse do credor na utilidade da prestação.

[Interpretação do art. 475 do CC]

Além disso, a resolução por inadimplemento, tal qual regulamentada no art. 475, demanda, para a sua adequada

compreensão, a leitura holística da disciplina contratual, notadamente quanto aos demais dispositivos do Código Civil cujo objeto é precisamente o inadimplemento das obrigações,<sup>46</sup> sob pena de incorrer em incongruência hermenêutica na identificação das opções de que dispõe o credor lesado pelo inadimplemento absoluto. Com efeito, identificada a impossibilidade da prestação ou sua inutilidade para o credor à luz da função da relação obrigacional, não seria lógico admitir a execução do contrato. Em tais casos, a alusão à possibilidade de a parte lesada pelo inadimplemento da obrigação “pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento” (CC, art. 475) deve ser interpretada no sentido de que cabe ao credor, vítima do inadimplemento absoluto, decidir entre exercer o direito à resolução contratual, com o retorno ao *status quo ante*, e a devolução das prestações anteriormente transferidas no âmbito da relação contratual; ou, se preferir não exigir a devolução das prestações já efetuadas, exigir valor equivalente à prestação que lhe era contratualmente devida.<sup>47</sup> Seja qual for o caso, reserva-se à parte lesada pelo inadimplemento, evidentemente, o direito à reparação dos danos eventualmente sofridos em virtude do inadimplemento.

O exercício do direito à resolução por inadimplemento não se subtrai, todavia, do controle de abusividade, de modo a averiguar, à luz da função negocial concreta e do princípio da boa-fé, a substancialidade do inadimplemento sobre a economia contratual, levando-se em conta critérios não apenas quantitativos como qualitativos, conforme a doutrina do adimplemento substancial, abordada no volume II.<sup>48</sup> Cumpre ainda observar que o legislador impôs que o exercício do direito potestativo à resolução, nesses casos, ocorra no âmbito judicial, como forma de proteger a parte inadimplente no que tange à verificação dos pressupostos para a resolução. Dessa forma, será a sentença, e não manifestação de vontade, que terá o condão de desconstituir os efeitos do contrato, na forma do art. 474 do Código Civil.

#### **4. A CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA**



As partes podem, de todo modo, no exercício de sua autonomia negocial, estabelecer a cláusula resolutiva de forma expressa, prevendo para quais obrigações o inadimplemento terá o condão de autorizar a resolução do contrato pela outra parte. A cláusula resolutiva expressa tem a vantagem não apenas de previamente elencar as hipóteses de inadimplemento essencial, autorizadoras da resolução, mas também de permitir a resolução de pleno direito, por mera notificação à outra parte, nos termos do art. 474 do Código Civil. Assim, eventual disputa judicial subsequente gerará decisão meramente declaratória, já que, salvo hipóteses especiais ressalvadas pelo legislador, a resolução terá se operado de pleno direito com a notificação. Observou-se, contudo, certa resistência jurisprudencial a reconhecer a eficácia resolutória da notificação extrajudicial nesses casos, a despeito da clareza da linguagem do legislador, postura que se revela especialmente injustificada quando não se trata de relação de consumo, faltando fundamento para a proteção do devedor nesse contexto.

Em sede de compromisso de compra e venda de imóvel, onde essa tendência se disseminou, o próprio legislador reformou o texto legal para prever que a ausência de purga da mora pelo devedor, após interpelado para fazê-lo em quinze dias, leva à resolução de pleno direito do contrato.<sup>49</sup> Justifica-se historicamente essa preocupação com a compra e venda em loteamentos populares, nas quais, para a proteção do promitente comprador em situação de vulnerabilidade, se impõe a exigência de notificação para a constituição em mora, restringindo assim a possibilidade de autotutela do promitente vendedor.<sup>50</sup> A generalização desse raciocínio, todavia, conduziu o Superior Tribunal de Justiça a editar a súmula 369, em que a eficácia da cláusula resolutiva expressa estaria aparentemente limitada pela exigência da notificação prévia do arrendatário para sua constituição em mora.<sup>51</sup> Não se confundem, todavia, a extinção do contrato fundada na cláusula resolutiva com a constituição em mora do devedor, que é pressuposto daquela: a proteção do promitente comprador se dá pela exigência de

notificação do devedor para a constituição em mora – afastando-se a regra do *dies interpellat pro homine* –, mas uma vez constituído em mora e decorrido o prazo sem purgação, a cláusula resolutiva expressa autoriza a resolução extrajudicial.<sup>52</sup> Assim, tratando-se de mora *ex persona*, notificação prévia será necessária para a constituição do devedor em mora, não para a resolução do negócio. Enfim, cumpre também ressaltar que, tal qual observado quanto à cláusula resolutiva tácita, tampouco o direito à resolução do contrato fundado na cláusula resolutiva expressa pode ser exercido de forma abusiva, em violação ao princípio da boa-fé, como poderia ocorrer em caso de conduta do credor posterior ao inadimplemento que crie expectativa legítima de continuidade do vínculo.<sup>53</sup> Dessa forma, para além da exigência de que seja substancial o inadimplemento – sob pena de sequer nascer o direito à resolução, já que haveria somente inadimplemento relativo – o exercício do direito de resolver não pode frustrar confiança que tenha sido incutida pelo credor no devedor no sentido da manutenção do contrato.<sup>54</sup>

## 5. EXCEÇÕES DE SUSPENSÃO DE EFICÁCIA DO CONTRATO

O inadimplemento de obrigação que integra o sinalagma contratual e, portanto, a função concreta negocial, enseja ao credor não somente o recurso aos mecanismos de extinção do contrato. Nos casos em que persiste o seu interesse em receber a prestação, o ordenamento oferece a possibilidade de somente suspender os efeitos do negócio, resguardando-se, por um lado, do prejuízo decorrente de eventual falta de reciprocidade prestacional, mas, por outro lado, evitando temporariamente a solução mais drástica de ruptura definitiva do vínculo. Franqueia-se, nesse sentido, ao contratante a possibilidade de invocar, por meio de exceção substancial,<sup>55</sup> a violação ao sinalagma como fundamento para reter a sua própria prestação, deixando de cumprir a obrigação que lhe incumbia, até que esteja assegurado do adimplemento da obrigação recíproca, imposta à outra parte.

[Exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*)]

O principal mecanismo nesse sentido é a exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), reputada “defesa oponível pelo contratante demandado, contra o cocontratante inadimplente”.<sup>56</sup> Esse instrumento, que também pressupõe que o inadimplemento da outra parte tenha atingido o sinalagma e que a prestação a ser retida tenha se tornado exigível juntamente ou após aquela inadimplida, encontra respaldo no disposto no art. 476 do Código Civil, que impede que o contratante inadimplente exija do outro a satisfação de sua prestação.

[*Exceptio non rite adimpleti contractus*]

Embora sem expressa previsão legal, a doutrina admite a ampliação da prerrogativa para abranger também situações em que a outra parte tenha cumprido sua obrigação, mas de forma insatisfatória ou incompleta, configurando a *exceptio non rite adimpleti contractus*.<sup>57</sup> Nesse caso, todavia, a realização da prestação faz presumir a regularidade do pagamento, incumbindo ao excipiente o ônus de provar a inadequação do adimplemento realizado.

[Exceção de contrato não cumprido e prestações essenciais]

Como mecanismo de autotutela, o exercício da exceção deve ser avaliado de forma condizente com a principiologia contratual e a tábua axiológica da Constituição, de maneira a coibir que a retenção da prestação ocorra de forma abusiva ou incompatível com a proteção dos interesses envolvidos.<sup>58</sup> Assim, em que pese grande controvérsia sobre o tema, tem predominado o entendimento de que a suspensão do contrato não é cabível quando, apesar do inadimplemento da outra parte, a prestação a ser retida revela-se essencial e predomina na ponderação dos princípios em jogo. Assim, por exemplo, entendeu-se que o fornecimento de eletricidade às unidades públicas provedoras de necessidades inadiáveis da

comunidade (hospitais, prontos-socorros, centros de saúde, escolas e creches) não pode ser cortado, bem como deve ser abrandado se o corte puder causar lesões irreversíveis à integridade física do usuário, isso em razão da supremacia da cláusula de solidariedade prevista no art. 3º, I, da CF/1988.<sup>59</sup> Nesses casos, não poderá o contratante vítima do inadimplemento suspender o fornecimento do bem essencial, cumprindo-lhe apenas adimplir com o que deve e cobrar a prestação que lhe é devida.

[Exceção de *insegurança*]

As exceções de suspensão dos efeitos do contrato não se restringem às hipóteses de inadimplemento configurado, beneficiando também o contratante ameaçado pelo fundado risco de descumprimento da prestação pela contraparte. Nessa direção, diante da significativa redução do patrimônio do devedor, o credor poderá reter a prestação até que aquele cumpra ou lhe dê garantia idônea de fazê-lo. Trata-se da chamada exceção de insegurança, prevista pelo art. 477 do Código Civil, que pode ser invocada mesmo quando ao excipiente incumbia cumprir primeiro, se presente a redução patrimonial suficiente a tornar duvidoso o adimplemento da contraprestação.

## PROBLEMA PRÁTICO

Pode a concessionária de energia elétrica interromper o fornecimento de luz a um hospital que se encontra inadimplente, com fundamento na exceção de contrato não cumprido?

### • Vide Casoteca

- 
- 1 Clóvis V. do Couto e Silva. *A obrigação como processo*, cit., p. 17.
  - 2 Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009 (1959), 26<sup>a</sup> ed., p. 202; Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 365.
  - 3 Thomas Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris: LGDJ, 2007, p. 19.
  - 4 Clovis Bevilacqua, *Direito das obrigações*, Salvador: Livraria Magalhães, 1896, p. 150. Afirma o autor que o distrato “segue em tudo as mesmas regras do contrato, do qual é antítese direta” (*Direito das obrigações*, cit., p. 150).
  - 5 “O distrato (art. 472 do Código Civil; *contrarius consensus* – mútuo dissenso) é um negócio jurídico bilateral com fim extintivo, em que se exercitam manifestações de vontade para a desconstituição da eficácia do contrato” (Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 71).
  - 6 Araken de Assis, Do distrato no Código Civil, *Revista CEJ*, n. 24, jan.-mar./2004, pp. 60-61.
  - 7 Daí a definição de Caio Mário da Silva Pereira, para quem o distrato consiste em “contrato liberatório” (*Instituições de direito civil*, vol. III, cit., p. 131).
  - 8 João Manoel de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 263. O motivo da distinção é desenvolvido por Manoel Ignacio Carvalho de Mendonça, para quem, “apesar de todas as semelhanças, existem diferenças que hão de sempre extremar o distrato de contrato. Assim: a) no distrato não existe promessa propriamente; b) ele pressupõe contrato anterior; c) o distrato depende de novo consentimento. O que há de inteiramente comum entre o contrato e o distrato é serem atos jurídicos voluntários, espécies de um só gênero e para os quais se exigem os mesmíssimos requisitos, relativos à capacidade e ao consentimento. Só a vontade dos contraentes dissolve o contrato” (*Doutrina e prática das obrigações*, t. II, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911, p. 284).
  - 9 Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, vol. III, cit., p. 172. Na mesma direção, Orlando Gomes afirma que o distrato é o “negócio jurídico pelo qual as partes, declarando conjuntamente a vontade de

dar cabo do contrato, rompem o vínculo, extinguindo a relação jurídica. É, em síntese, um contrato para extinguir outro” (*Contratos*, cit., p. 222). V. tb. Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes *et al.*, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 113; Paulo Luiz Netto Lôbo, *Direito civil: contratos*, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 191. Não destoia a configuração contratual do distrato na experiência italiana, em relação à qual afirma-se: “*On considère en effet que le mutuus consensus est constitutif d’un contrat. Ainsi, de la même façon qu’elles ont conclu un premier contrat, les parties peuvent en conclure un second, de nature extinctive*” (Rodolfo Sacco e Michele Graziadei, *La rupture du contrat*, in *Le contrat: travaux de l’Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*, Paris: Société de Législation Comparée, 2005, p. 845). Na experiência portuguesa, o distrato corresponde à chamada “revogação bilateral”. Segundo Inocêncio Galvão Telles, “a revogação pode ser bilateral ou unilateral: a primeira dá-se quando o contrato se extingue por mútuo consentimento dos contraentes, que de acordo o desfazem, só para o futuro ou também no pretérito (*contrarius consensus*); a segunda verifica-se quando, excepcionalmente, é reconhecida a uma das partes a faculdade de, por si, dar sem efeito o contrato, igualmente com ou sem retroactividade” (*Manual dos contratos em geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 380). Na mesma direção, v. Carlos Alberto da Mota Pinto, António Pinto Monteiro, Paulo Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, Coimbra: Coimbra, 2005, p. 629.

- 10 Clovis Bevilacqua posicionava-se contrariamente à utilização da expressão latina: “Não tenho por correta essa sinonímia. Dissenso é desacordo. Se for mútuo e anterior impossibilitará o distrato, pois que este pressupõe o acordo em fazer cessar a obrigação consequente ao contrato” (*Direito das obrigações*, cit., p. 151). Na mesma direção, Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. III, cit., p. 131: “Algumas vezes é chamado [o distrato] de mútuo dissenso. Não nos parece adequada a designação, pois que dissenso sugere desacordo, e esta modalidade de ruptura do liame contratual resulta da harmonia de intenções, para a obtenção do acordo liberatório, tendo em vista obrigações ainda não cumpridas”. V., ainda, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. VI, t. II, cit., p. 192; Araken de Assis, *Do distrato no Código Civil*, cit., p. 59. Utilizando a expressão “mútuo dissenso”, v. Vincenzo Roppo, *Il contratto*, cit., pp.

539-540: “*il mutuo dissenso – più comunemente risoluzione consensuale o convenzionale – è il contratto con cui le parti sciolgono un precedente contratto fra loro, liberandosi dal relativo vincolo (contratto risolutorio)*”. Tradução livre: “o mútuo dissenso – comumente denominada resolução consensual ou convencional – é o contrato com o qual as partes desfazem um contrato anterior entre elas, liberando-se do vínculo correspondente (contrato resolutório)”. Na mesma direção, v. Philippe Stoffel-Munck, *La rupture du contrat*, in *Le contrat: travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*, Paris: Société de Législation Comparée, 2005, p. 803.

- 11 Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 221.
- 12 Gustavo Tepedino, Validade e efeitos da rescisão unilateral dos contratos. *Soluções Práticas de Direito*, vol. II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 573. V., ainda, Luiz Edson Fachin, Responsabilidade civil contratual e a interpretação da cláusula de não indenizar. In: *Soluções Práticas de Direito*, vol. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 301-319.
- 13 STJ, 3ª T., REsp 5.317/RS, Rel. Min. Dias Trindade, julg. 30.4.1991, publ. DJ 3.6.1991.
- 14 Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 366-367.
- 15 Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009 (1959), 26ª ed., p. 227.
- 16 Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009 (1959), 26ª ed., p. 224. A expressão denúncia é empregada por metonímia, já que traduz mais propriamente a comunicação que veicula a rescisão unilateral. Sobre o tema, v. Francisco de Assis Viégas, *Denúncia contratual e dever de pré-aviso*, Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- 17 Na experiência portuguesa, António Pinto Monteiro observa que, diante da extinção motivada do contrato, “parece, pois, mais adequado falar de resolução do que de denúncia” (António Pinto Monteiro, *Denúncia de um contrato de concessão comercial*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 69). Na mesma direção, Manuel Januário da Costa Gomes equipara a denúncia motivada à resolução: “segundo nos parece, a causa da denúncia referida na alínea a) do artigo 1.101 do Código Civil passou a ser, face ao NRAU, uma causa de resolução do contrato de arrendamento celebrado por tempo indeterminado, já que é dado ao

senhorio o direito de operar, por via judicial, a extinção do contrato, desde que invoque e faça a devida prova duma causa específica indicada na lei, bem como dos demais requisitos” (Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento: considerações gerais. *O direito*, a. 143, n. 1, 2011, p. 19). Para uma noção ampla de justa causa como pressuposto da resolução dos contratos duradouros, v. também Francisco Pereira Coelho, Cessação dos contratos duradouros: regime específico e contrato de agência, *Actas do Colóquio Distribuição Comercial nos 30 anos da Lei do Contrato de Agência*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, p. 239.

- 18 Tal situação pode ocorrer tanto na hipótese em que as partes fixam o descumprimento contratual culposo (inadimplemento) que ensejará a resolução, quanto na hipótese em que as partes redistribuem outros riscos contratuais, estabelecendo o direito de resolução via cláusula resolutiva expressa diante de qualquer “evento que incida diretamente sobre a relação, inviabilizando a atuação do programa contratual” (Aline de Miranda Valverde Terra, *Cláusula resolutiva expressa*, cit., p. 54).
- 19 Especificamente no caso da Lei nº. 8.245/1991, seu art. 9º menciona as hipóteses de distrato e resolução do contrato, o que não passou despercebido em doutrina: “das quatro causas apontadas no art. 9º, a primeira é regra genérica dos contratos (o distrato), as duas seguintes decorrem da cláusula resolutiva tácita inerente a todos os contratos sinalagmáticos ou bilaterais (além da disposição do inciso III se incluir na disposição do inciso II), e a quarta causa é alheia à vontade das partes, constituindo autêntico ‘fato do príncipe’ a tornar sem objeto o contrato de locação” (Nagib Slaibi Filho; Romar Navarro de Sá, *Comentários à lei do inquilinato*, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 109). Em outras situações, o legislador editou normas que, com o escopo de distribuir, em caráter supletivo, os riscos do contrato de locação, permitem a extinção do contrato, ora em benefício do locatário, “compreendendo seus interesses não especulativos, em tutela de valores extrapatrimoniais, atinentes à moradia e ao trabalho” (Gustavo Tepedino, *Anotações à lei do inquilinato. Temas de Direito Civil*, t. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 4ª ed., p. 176), ora na proteção dos interesses de terceiros, como o nu-proprietário e o adquirente do imóvel locado sem cláusula de vigência registrada (Lei nº. 8.245/1991, arts. 7º e 8º).
- 20 Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. VI, t. II, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 339.



- 21 Gustavo Tepedino, O regime jurídico da revogação de doações, In: *Soluções práticas de direito*, vol. II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 497-499.
- 22 Nessa direção, Ruy Rosado de Aguiar Júnior afirma que “a revogação da doação modal, por supor o incumprimento do encargo, é resolução” (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 71). Orlando Gomes observa igualmente que a doação “pode ser revogada, mas o poder de revogação não se exerce livremente, estando condicionado a causas peculiares. Neste caso, a revogação confunde-se com a resolução, porque depende de condição resolutiva a ser apreciada pelo juiz” (Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 226). Ao examinar a disciplina do Código Civil, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino observa, nessa direção, que “a revogação ocorre, normalmente, nos negócios jurídicos gratuitos, sem a exigência, em regra, de motivação para o ato voluntário do seu autor (...)”. Diversamente, no contrato de doação, a sua revogação pelo doador somente é admissível com fundamento nas hipóteses expressamente previstas pelo legislador” (*Contratos nominados II: contrato estimatório, doação, locação de coisas, empréstimo*. In: Miguel Reale; Judith Martins-Costa (coord.), *Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 164).
- 23 Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 226.
- 24 Revogação e renúncia constituem duas faces da mesma moeda. Enquanto a revogação consiste na resilição de que pode se valer o mandante, a renúncia se refere ao direito de resilição do mandatário. Assim sintetiza Bernhard Windscheid: “*nè il mandante né il mandatario sono vincolati al mandato più a lungo di quanto essi vogliono esservi vincolati; quegli può revocare il mandato, questio rassegnarlo*” (*Diritto delle pandette*, trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, vol. II, p. II, Torino: Unione tipografico-editrice, 1904, p. 181).
- 25 Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 224.
- 26 Paulo Eduardo Razuk, *Da notificação*, cit., p. 66.
- 27 Nessa direção, Caio Mário da Silva Pereira, ao comentar o art. 349 do anteprojeto de Código Civil – o qual viria a originar o art. 473, *caput*, do Código Civil de 2002 –, equipara resilição e revogação: “acrescentei a resilição unilateral, ou revogação, nos casos em que a lei o permite, dos quais o exemplo mais frisante é o mandato” (Exposição de Motivos ao

Anteprojeto de Código de Obrigações, in Brasil, Senado Federal, *Código Civil: Anteprojeto*, vol. 3, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1989, p. 115).

- 28 Segundo Miguel Maria de Serpa Lopes, tal direito se justifica diante do caráter *intuitu personae* do contrato de mandato: “o mandato é um contrato *intuitu personae*, em virtude de se fundar na confiança do mandante quanto à idoneidade técnica e moral do seu mandatário. Tanto que desapareça ou tenha motivos para não estar dela seguro, concede-lhe a lei o poder de revogar *ad nutum* os poderes representativos concedidos” (Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, vol. IV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, p. 281). Cf. também Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, vol. 5, São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 287-288. Tal é a importância da revogabilidade do contrato de mandato que, mesmo nas hipóteses em que o legislador afastou os efeitos da revogação (CC, arts. 684 e 686, parágrafo único), observa-se que tais casos não se referem tecnicamente ao contrato de mandato: “esses casos podem parecer exceção à revogabilidade *ad nutum* do contrato de mandato, mas não o são. Isso porque esses artigos não tratam do contrato de mandato, mas da representação vinculada a outro negócio jurídico. A irrevogabilidade decorre da aderência da outorga de poderes a negócio insuscetível de revogação ou denúncia. Não se trata, em definitivo, de mandato irrevogável, mas de outorga de poderes que, por se relacionar a ajuste diverso do mandato, que não pode ser unilateralmente extinto por qualquer das partes, afigura-se insuscetível de revogação” (Gustavo Tepedino; Milena Donato Oliva, Notas sobre a representação voluntária e o contrato de mandato, *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 12, 2017, p. 31).
- 29 Segundo Darcy Bessone, as arras penitenciais, presentes na tradição grega, acabaram incorporadas ao instituto, ao lado das arras confirmatórias do direito romano clássico, no direito justiniano (*Da compra e venda*: promessa, reserva de domínio e alienação em garantia, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 170).
- 30 Manoel Ignacio Carvalho de Mendonça, *Doutrina e prática das obrigações*, t. I, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911, pp. 387-388; Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 225; António Pinto Monteiro, *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra: Almedina, 1999, pp. 185-186; Vincenzo Roppo, *Il contratto*, cit., p. 548.

- 31 Vivianne da Silveira Abílio, *Cláusulas penais moratória e compensatória*: critérios de distinção, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 101.
- 32 Na lição de Manoel Ignacio Carvalho de Mendonça, a cláusula penal, “instituída só por utilidade do credor, tem por fim dispensá-lo da prova do dano e exigir logo a indenização estipulada como pena. A multa, instituída em favor do devedor, tem por fim salvaguardá-lo dos efeitos do arrependimento, uma espécie de obrigação facultativa para o caso de querer rescindir o contrato, ou uma espécie de novação que a parte efetua à vontade” (*Doutrina e prática das obrigações*, t. I, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911, p. 388). “Quando sia prevista una penale, il contraente di fronte all’inadempimento dell’altra parte può scegliere se escuterla oppure se adire il giudice per ottenere l’adempimento coattivo. Quando, invece, sia prevista la multa penitenziale, il contratto si scioglie, nonostante l’inadempimento del recedente, il quale sarà tenuto a corrispondere la multa penitenziale. Pertanto l’altro contraente deve subire l’iniziativa del recedente (seppure inadempiente)” (Massimo Franzoni, Il danno risarcibile, in Massimo Franzoni (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, Milano: Giuffrè, 2010, p. 238).
- 33 Nessa direção, Fran Martins afirma que, “ao contratar, as partes estabelecem que o contrato pode ser *resilido* pela vontade unilateral de um contratante desde que pague certa importância para compensar o seu arrependimento. A essa importância a ser paga dá-se o nome de multa penitencial” (*Contratos e obrigações comerciais*, cit., p. 113). Na mesma direção, Orlando Gomes afirma tratar-se de resilição (*Contratos*, cit., p. 225).
- 34 Claudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais, São Paulo: Thompson Reuters, 2019, 9ª ed., p. 965.
- 35 Camila Ferrão dos Santos e Gustavo Souza de Azevedo, Direito de arrependimento e abuso de direito: uma análise dos casos de aquisição de passagem aérea fora do estabelecimento comercial, [Civillistica.com](http://Civillistica.com), a. 8, n. 3, 2019, p. 12.
- 36 Equiparando resilição e resgate, v., a título ilustrativo, Manoel Ignacio Carvalho de Mendonça, *Contratos no direito civil brasileiro*, t. II, Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 786; Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 227,

para quem o resgate seria um “modo especialíssimo de resilição unilateral”.

37 Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 227.

38 Eis a redação dos arts. 505 e 506 do Código Civil: “Art. 505. O vendedor de coisa imóvel pode reservar-se o direito de recobrá-la no prazo máximo de decadência de três anos, restituindo o preço recebido e reembolsando as despesas do comprador, inclusive as que, durante o período de resgate, se efetuaram com a sua autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias”; “Art. 506. Se o comprador se recusar a receber as quantias a que faz jus, o vendedor, para exercer o direito de resgate, as depositará judicialmente”.

39 Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 172. Como destaca Caio Mário da Silva Pereira, “o resgate tem o efeito essencial de operar a resolução da venda, com reaquisição do domínio pelo vendedor, a quem a coisa será restituída com seus acréscimos e melhoramentos” (*Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., p. 182). Na mesma direção, v. Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 306: “Pelo pacto de resgate, o vendedor se reserva o direito de, mediante ato unilateral, com eficácia *erga omnes*, reaver o bem vendido”. Sobre o tema remete-se ao vol. IV, referente aos contratos em espécie.

40 Consoante observa Orlando Gomes, “a *retrovenda* (*pactum de retrovendendo*) é o pacto adjeto ao contrato de compra e venda pelo qual o comprador promete revender ao vendedor a coisa comprada, tendo este a faculdade de exigir a celebração do contrato de revenda” (*Contratos*, cit., p. 305). Assim também o magistério de Pontes de Miranda, para quem, “certamente, pactuam os figurantes que o imóvel seja revendido ao vendedor quando esse emita declaração de vontade, mas essa é ato de exercício do direito formativo gerador; não há condição, nem suspensiva, nem resolutiva; o comprador fica obrigado desde essa declaração” (*Tratado de direito privado*, t. XXXIX, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 244). V. também Paulo Lôbo, *Direito Civil: contratos*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 246: “A cláusula de retrovenda origina obrigação de fazer oponível ao comprador, consistente na celebração de novo contrato para revender o imóvel ao vendedor”.

- 41 Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXXIX, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 240; José Carlos Moreira Alves, *A retrovenda*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 108. Em sentido contrário, afirmando que “a retrovenda tem a significação de uma cláusula resolutiva”, v. Eduardo Espínola, *Garantia e extinção das obrigações: obrigações solidárias e indivisíveis*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 248.
- 42 Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 227. No direito italiano, v. C. Massimo Bianca, *Diritto civile*, vol. III, Milano: Giuffrè, 1987, p. 643. O termo *rescisão* assume, na prática, os mais diversos significados, o que se pode atribuir, em parte, à atecnia legislativa que, por exemplo, levou à designação, já no Código Civil de 1916, da resolução por inadimplemento como hipótese de rescisão contratual. Há quem atribua ao termo rescisão, ainda, significado idêntico ao de resilição (Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, vol. III, cit., p. 172), o que, a rigor, é feito pelo próprio Código Civil, cujo art. 607 prevê que “o contrato de prestação de serviço (...) termina, ainda, (...) pela rescisão do contrato mediante aviso prévio”. Não obstante o termo rescisão, tecnicamente, estivesse associado apenas à extinção do contrato por lesão ou estado de perigo, a fluidez do conceito não permite reprovar seu emprego com significação genérica.
- 43 Contra: Renata C. Steiner, *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*, São Paulo: Quartier Latin, 2019. Sobre os conceitos, v. Paulo Mota Pinto, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- 44 Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009 (1959), 26<sup>a</sup> ed., p. 210. Sobre o tema, v. Araken de Assis, *Resolução do contrato por inadimplemento*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 4<sup>a</sup> ed., p. 149 e ss.
- 45 Como anota Aline de Miranda Valverde Terra, “a cláusula resolutiva tácita, por se entender subentendida nos contratos, sequer é cláusula: trata-se de regra legal, que não oferece às partes qualquer espaço para disciplinar outros riscos contratuais; na realidade, é ela mesma uma espécie de alocação estabelecida pela teoria legal do risco” (*Cláusula resolutiva expressa*, Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 58).
- 46 Ilustrativamente, vale destacar, quanto ao inadimplemento das obrigações de dar coisa certa, o art. 234, parte final, que trata da hipótese de perda da coisa por culpa do devedor, e o art. 236, que se

refere à hipótese de deterioração da coisa por culpa do devedor. No caso das obrigações de restituir coisa certa, incidem, relativamente ao inadimplemento, os arts. 239 e 240, parte final (este com erro de remissão do legislador). Sobre o tema, v. o volume II destes Fundamentos.

- 47 Sendo a execução específica viável somente em caso de mora, configurado o inadimplemento absoluto a opção que se coloca é entre a resolução ou a execução pelo equivalente, como esclarece Aline de Miranda Valverde Terra: “Em síntese, quando o artigo 475 determina que o credor, configurado o inadimplemento, pode optar entre resolver o contrato ou exigir-lhe o cumprimento, deve-se entender que a opção há de ser feita entre a resolução e a demanda de cumprimento pelo equivalente, e não pela execução específica, restrita às hipóteses de mora” (*Cláusula resolutiva expressa*, Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 138). Sobre o tema, v. também Francisco Paulo De Crescenzo Marino, Responsabilidade contratual. In: Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni (coord.), *Teoria geral dos contratos*, São Paulo: Atlas, 2011, pp. 409-431.
- 48 Ruy Rosado de Aguiar Jr., *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 255. Sobre os critérios para a verificação da substancialidade do inadimplemento, v. Gabriel Rocha Furtado, *Mora e inadimplemento substancial*, São Paulo: Atlas, 2014.
- 49 Art. 62 da Lei 13.097/2015, que alterou o Decreto-Lei 745/1979, que por sua vez disciplina o Decreto-Lei 58/1937: “Nos contratos nos quais conste cláusula resolutiva expressa, a resolução por inadimplemento do promissário comprador se operará de pleno direito (art. 474 do Código Civil), desde que decorrido o prazo previsto na interpelação referida no *caput*, sem purga da mora”.
- 50 Art. 32 da Lei 6.766/79: “Vencida e não paga a prestação, o contrato será considerado rescindido 30 (trinta) dias depois de constituído em mora o devedor”.
- 51 Súmula 369: “No contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituí-lo em mora”.
- 52 Aline de Miranda Valverde Terra, *Cláusula resolutiva expressa*, Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 171-172.

- 53 STF, 1ª T., RE 67205, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, julg. 6.4.1973, publ. DJ 1.6.1973.
- 54 Aline de Miranda Valverde Terra, *Cláusula resolutive expressa*, Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 163-165.
- 55 Segundo Serpa Lopes, “A exceção é a razão do réu que paralisa a razão do autor, permitindo ao primeiro recusar a prestação, apesar de fundada em direito do pretendente” (*Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 52), enquanto a exceção substancial “tem como qualidade própria a de ser um direito contraposto ao pretendido pelo autor” (p. 86).
- 56 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2014 (1963), 18ª ed., atualizado por Caitlin Mulholland, p. 142.
- 57 Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 303.
- 58 Raquel Bellini Salles, *Autotutela nas relações contratuais*, Rio de Janeiro: Processo, 2019, *passim*.
- 59 STJ, 2ª T., REsp 853.392/RS, Rel. Min. Castro Meira, julg. 21.9.2006, publ. DJ 5.9.2007.





GUSTAVO **TEPEDINO**

PAULA GRECO **BANDEIRA**

PARTE 2

**CONTRATOS EM ESPÉCIE**



**COMPRA E VENDA.  
MODALIDADES ESPECIAIS DA COMPRA E VENDA.  
CONTRATO ESTIMATÓRIO.  
TROCA**

SUMÁRIO: COMPRA E VENDA – 1. Conceito e efeitos essenciais – 1.1. Preço – 1.2. Coisa – 1.3. Consenso – 1.4. Causa da compra e venda – 2. Alocação de riscos no contrato de compra e venda – 3. Venda *ad corpus* e *ad mensuram* – 4. Contrato de compra e venda aleatório – 4.1. Compra e venda da esperança (*emptio spei*) – 4.2. Compra e venda da coisa esperada (*emptio res speratae*) – 4.3. Compra e venda de coisa exposta a risco – 5. Vícios na compra e venda – MODALIDADES ESPECIAIS DA COMPRA E VENDA – 6. Retrovenda – 7. Venda a contento ou venda sujeita à prova – 8. Preempção ou preferência – 9. Venda com reserva de domínio – 10. Venda sobre documentos – 11. Promessa de compra e venda – CONTRATO ESTIMATÓRIO – TROCA – Problema prático.

## **COMPRA E VENDA**

### **1. CONCEITO E EFEITOS ESSENCIAIS**

A compra e venda consiste no mais corriqueiro meio de circulação de mercadorias. Nem sempre foi assim, porém. De início, havia a tomada de bens alheios pela violência; posteriormente, as sociedades praticavam o escambo, propiciando a troca de bens.

Somente com o desenvolvimento do comércio se procedeu à monetarização da economia, o que permitiu a instituição de um denominador comum de valores, representado pela moeda, possibilitando, assim, o desenvolvimento do contrato de compra e venda.

[Conceito e efeitos essenciais]

O contrato de compra e venda consiste em negócio jurídico por meio do qual o vendedor se obriga a transferir o domínio de certo bem ao comprador, que, em contrapartida, se obriga ao pagamento de determinado preço em dinheiro (CC, art. 481). O sinalagma do contrato reside, portanto, na obrigação de transmissão da propriedade contra o pagamento do preço, de modo que uma prestação constitui a causa e efeito da outra. Pode-se afirmar, assim, que os efeitos essenciais do contrato de compra e venda, aptos a qualificá-lo como tal, constituem-se nas prestações da *traditio* da coisa mediante o pagamento do valor em pecúnia.

De outra parte, o preço, a coisa e o consenso consistem nos elementos essenciais do contrato, a seguir examinados. Uma vez definidos o preço e a coisa, considera-se perfeita e obrigatória a compra e venda pura (CC, art. 482). O contrato de compra e venda configura o negócio jurídico bilateral, oneroso e sinalagmático por excelência, que permite a circulação de riquezas e o fomento à economia. Classifica-se ainda como contrato consensual, que poderá ser aleatório ou comutativo.

[Efeito obrigacional]

Tal como se passa nos negócios jurídicos em geral, o contrato de compra e venda tem natureza obrigacional, de sorte que constitui causa ou título para a transferência da propriedade. Diz-se, portanto, que a estrutura desse negócio é composta de dois atos distintos: a celebração do contrato e o subsequente ato translativo do domínio, o qual ocorrerá com a tradição, na hipótese de bem móvel, ou com o registro, em caso de bem imóvel. O contrato de compra e venda,

assim, constitui título para a transferência da propriedade, a qual se efetivará apenas se o aludido título que lhe der causa for válido, ou seja, se o contrato existir e cumprir os pressupostos legais de validade.

Nessa direção, a tradição é a efetiva entrega da coisa móvel ao comprador, apta a transferir a sua propriedade. Esta entrega, que poderá ser material ou ficta, deve se dar no tempo e no lugar acordados, cabendo, via de regra, as despesas desse ato ao vendedor (CC, art. 490). O registro, por sua vez, ato necessário para a transferência do domínio de bens imóveis, se dá no Cartório de Registro de Imóveis responsável pela matrícula do respectivo bem. Além de efetivamente transferir a propriedade, o registro promove a publicidade do ato, tornando o direito real de propriedade oponível *erga omnes*.<sup>1</sup>

O registro, necessário para a transferência do domínio, não se confunde com a escritura pública. Essa última é formalidade prevista em lei para contratos que versem sobre direitos reais de imóveis de valor superior a 30 (trinta) salários-mínimos (CC, art. 108), de modo que consiste em solenidade referente à constituição do negócio jurídico causal, não já à transferência do direito real. Ao contrário do registro, que ocorre no Cartório de Registro de Imóveis, a escritura se dá no Cartório de Notas.

## 1.1. Preço

[Prestação em pecúnia]

O preço da compra e venda deverá constituir prestação em pecúnia, sob pena de se desnaturar a compra e venda, e constituindo-se em troca. O preço poderá ser determinado ou determinável. As partes poderão, assim, convencionar que o preço será determinado no futuro, segundo critérios previamente acordados no momento da contratação, tais como taxa de mercado ou de bolsa, em certo e determinado dia e lugar (CC, art. 486); ou,

ainda, de acordo com índices ou parâmetros eleitos pelas partes e sujeitos à objetiva determinação (CC, art. 487).

[Lacuna na determinação do preço]

Se as partes deixarem o preço em branco e não estabelecerem critérios para sua determinação, inexistindo tabelamento oficial, aplicar-se-á, para fins de integração do contrato, o preço corrente nas vendas habituais do vendedor. De outra parte, se não houver acordo entre as partes quanto ao preço, prevalecerá o termo médio (CC, art. 488). Relevam, aqui, os usos e costumes de mercado, que servirão como fonte de integração contratual, disciplinando diretamente o regulamento de interesses, a preencher as lacunas do contrato.

O preço lacunoso poderá ser determinado por uma das partes, por ambas ou por terceiros, indicados pelos contratantes, que determinarão o preço observando os critérios definidos de antemão pelas partes. Na hipótese de determinação do preço por terceiro, caso este não aceite a incumbência ou, aceitando, não se desincumbir, o contrato ficará sem efeito, salvo se as partes nomearem outra pessoa (CC, art. 485). Por outro lado, se o preço estiver sujeito à determinação de apenas uma das partes, o contrato será válido apenas se os contratantes tiverem acordado critérios objetivos quanto à determinação de preço. A fixação do preço mediante o puro arbítrio de uma das partes tornará nula a compra e venda (CC, arts. 122 e 489).

[Responsabilidade pelas despesas]

Salvo pactuado diversamente pelas partes, as despesas de escritura e registro, existentes nos negócios imobiliários, ficarão a cargo do comprador; e as da tradição ao vendedor (CC, art. 490).

[Exceção de contrato não cumprido e exceção de insegurança]

Se a venda for à vista, o vendedor poderá reter a coisa até que seja pago o preço, incidindo a exceção de contrato não cumprido

(CC, arts. 476 e 491). Caso o devedor caia em insolvência antes de o preço se tornar exigível, o vendedor poderá reter a coisa até que o devedor apresente caução que garanta o cumprimento de sua prestação no tempo acordado. Tal regra, prevista no art. 495 do Código Civil, corresponde à exceção de inseguridade, reproduzindo, na disciplina da compra e venda, a regra geral contida no art. 477 do Código Civil.<sup>2</sup> Compreende-se a insolvência em sentido amplo, abrangendo não apenas a insolvência em sentido estrito, recuperação judicial ou falência, mas também o abalo patrimonial superveniente do devedor que comprometa ou torne duvidoso o cumprimento da prestação.

## 1.2. Coisa

[Objeto da compra e venda]

Podem ser objeto da compra e venda as coisas corpóreas e incorpóreas. Dentre os bens incorpóreos, cada vez mais numerosos na contemporaneidade, podem-se enumerar, exemplificativamente, os direitos, a tecnologia e as ações.

A coisa poderá, ainda, ser atual ou futura, sendo certo que, se a coisa não vier a existir, o contrato será nulo por falta de objeto, salvo se as partes tiverem convencionado contrato aleatório (CC, art. 483). A coisa futura não poderá corresponder à herança, vez que não é dado dispor de herança de pessoa viva, vedando-se o denominado pacto corvina (CC, art. 426). Com efeito, a proibição dos pactos sucessórios já constava do art. 1.089<sup>3</sup> do Código Civil de 1916 e tem por escopo impedir que as partes violem as regras de ordem pública relativas à vocação hereditária e à liberdade de testar, de modo a refrear o desejo da morte do autor da herança (*votum alicujus mortis*) estimulado por esse tipo de negócio. Todavia, como advertido pela doutrina, tal proibição há de ser interpretada com cautela, para não obstaculizar o planejamento sucessório, cada vez mais necessário na sociedade contemporânea. De fato, em alguns casos, os contratos sobre herança futura poderão ser merecedores

de tutela, se realizarem as escolhas existenciais das partes, sendo certo que, em algumas hipóteses, o legislador admitiu figuras semelhantes, que se lastreiam na esperança da morte do outro, a exemplo da doação com cláusula de reversão e da substituição fideicomissária.<sup>4</sup>

[Venda à vista de amostra, protótipo ou modelo]

A compra e venda poderá se realizar à vista de amostras, protótipos ou modelos, que deverão apresentar a mesma qualidade das coisas efetivamente vendidas (CC, art. 484). Faculta-se, assim, ao comprador, examinar a coisa por ocasião de seu recebimento, podendo recusá-la na hipótese de desconformidade com a amostra, protótipo ou modelo apresentado pelo vendedor no momento da celebração do contrato, a caracterizar o inadimplemento deste último. Caso haja contradição ou divergência entre a amostra, o protótipo ou o modelo e a descrição do bem no contrato, prevalece o primeiro.

[Venda conjunta de coisas]

Determinada universalidade pode constituir objeto de compra e venda.<sup>5</sup> Na hipótese de a venda ter por objeto um conjunto de coisas, o defeito oculto de uma delas não autoriza a rejeição de todas as outras (CC, art. 503).

[Direito de preferência]

No que tange à coisa em condomínio, em estado de indivisão, os condôminos terão o direito de preferência na aquisição da cota parte daquele que quiser se retirar, em igualdade de condições com terceiros. Na hipótese de múltiplos condôminos, preferirá o que tiver benfeitorias de maior valor e, na falta de benfeitorias, o de quinhão maior. Se as partes forem iguais, obterá a parte vendida aquele que depositar previamente o preço. Caso haja violação ao direito de preferência, o condômino prejudicado 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 (CC, art. 504).

É possível, ainda, a compra e venda de coisa futura, pois, como o contrato de compra e venda apenas gera efeitos obrigacionais, o vendedor poderá celebrar contrato sobre bem que ainda não lhe pertence. Se, nesse caso, não for possível a aquisição da coisa vendida, o contrato será ineficaz e se resolverá em perdas e danos.<sup>6</sup>

### 1.3. Consenso

[Negócio consensual]

Por se tratar de negócio consensual, a simples manifestação de vontade perfectibiliza o contrato de compra e venda, exceto nas hipóteses em que a forma se afigura essencial à validade do negócio, como no caso de compra e venda de imóvel de valor superior a 30 (trinta) salários-mínimos (CC, art. 108).

Para que possa consentir validamente, fundamental que a parte tenha capacidade para os atos da vida civil. Além disso, o vendedor deve ter o poder de disposição em relação ao bem vendido, ou seja, é necessário que possa alienar o bem oferecido.

[Capacidade das partes]

Outro requisito subjetivo para a validade da compra e venda é a legitimação das partes, consistente na capacidade específica de figurar em um dos polos da compra e venda. Estão impossibilitados de vender, exemplificativamente, o condômino de coisa indivisível, o falido, e a pessoa casada (exceto no regime de separação absoluta), se ausente outorga uxória. Há, ainda, as ilegitimidades específicas, que impedem a formação da relação com contraparte determinada, como na hipótese de ascendente que não pode celebrar venda com descendente sem consentimento dos demais.

A legitimidade incide também no que diz respeito ao comprador, de modo que tutores, curadores, testamenteiros e administradores

não podem comprar bens confiados à sua guarda, tutela ou gestão.<sup>7</sup>

## 1.4. Causa da compra e venda

Embora o Código Civil não contemple expressamente, todo negócio jurídico contém, como elemento essencial, a sua causa ou função, consistente na mínima unidade de efeitos essenciais, que o qualifica e o distingue dos demais negócios jurídicos.<sup>8</sup> Vale dizer, ainda que o conteúdo contratual abranja diversas prestações, a compra e venda caracteriza-se por duas prestações essenciais contrapostas, que, a um só tempo, definem o seu sinalagma e a sua causa: as prestações de entrega do bem para a transferência da propriedade e o pagamento do preço convencionado. Sem a causa, não se tem a perspectiva funcional da qualificação, já que os demais elementos essenciais se limitam a definir a estrutura da compra e venda.<sup>9</sup> Cuida-se, portanto, da identificação da função prático-social<sup>10</sup> alcançada pela autonomia privada, mediante a mínima unidade de efeitos essenciais produzidos pelo negócio jurídico, a serem analisados em concreto.

O estudo da causa assume ainda maior relevo na economia contemporânea, em que se descortinam novos negócios a partir de recentes ferramentas tecnológicas, com vistas ao atendimento dos interesses privados. Tome-se como exemplo a *sharing economy* (ou *share economy*), que consiste em movimento de consumo sustentável, em contraposição ao consumismo de massa.<sup>11</sup>

Na economia de compartilhamento, rompe-se com a lógica da acumulação que orienta a ordem econômica global. A compra e a aquisição de bens deixam de ser os meios primordiais de acesso aos bens e serviços. Ao contrário, valoriza-se o uso da tecnologia da informação “em prol da otimização do uso de recursos, através de sua redistribuição, compartilhamento e aproveitamento de suas capacidades excedentes”.<sup>12</sup> Nessa lógica, ganham papel de destaque os agentes intermediários, afastando-se da tradicional lógica dos grandes fornecedores. É o que ocorre, exemplificativamente, com os aplicativos de transporte individual, que

não dispõem de frota própria de carros, contando, ao contrário, com a participação de motoristas particulares com seus veículos pessoais.

Essa nova economia, em paulatina expansão na sociedade contemporânea, denota a relevância da análise da causa do contrato, compreendida como a mínima unidade de efeitos essenciais de um negócio jurídico. Torna-se, assim, fundamental que o intérprete analise, na hipótese concreta, o escopo econômico perseguido pelas partes, permitindo-se identificar o negócio em questão e a consequente disciplina jurídica aplicável.

## **2. ALOCAÇÃO DE RISCOS NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA**

O contrato de compra e venda, como qualquer contrato, representa instrumento de gestão de riscos ou de superveniências que atingem a sua execução. Evidentemente, os riscos que constituirão objeto de gestão pelos particulares hão de ser previsíveis, de modo a que se possa atribuir a um ou outro contratante os efeitos de sua verificação. Assim, verificado o risco previsto, deflagram-se as responsabilidades dos contratantes, segundo a alocação de riscos estabelecida pelas partes.

[Gestão positiva de riscos]

Dois são os mecanismos de gestão de riscos: a gestão positiva e a gestão negativa.<sup>13</sup> Na gestão positiva, as partes distribuem os riscos econômicos previsíveis a partir das cláusulas contratuais. Aludida alocação de riscos, que será identificada com base na vontade declarada<sup>14</sup> pelos contratantes, estabelece o equilíbrio econômico do negócio. Tal equação econômica, que fundamenta o sinalagma ou a corresponsabilidade entre as prestações, deve ser observada no curso da relação contratual, em atenção aos princípios da obrigatoriedade dos pactos e do equilíbrio dos contratos.<sup>15</sup>

Ao ser repartido entre os contratantes, o risco previsível passa a integrar a álea normal do contrato, compreendida como o risco externo ao contrato, o qual, embora não integre a sua causa, mantém com ela *relação de pertinência*, por representar o risco econômico previsível assumido pelos contratantes ao escolher determinado tipo ou arranjo contratual. A definição da álea normal irá se operar no concreto regulamento de interesses, mostrando-se possível que determinado evento previsível não se insira na álea normal e, portanto, não figure como fato previsto, objeto de gestão pelas partes. Por outro lado, as partes poderão alargar a álea normal, incluindo na gestão do risco eventos previsíveis que ordinariamente não sejam associados a determinada espécie negocial (e que, portanto, no comum dos casos, seriam considerados fatos extraordinários).

A Lei nº 13.874/2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, alterou o Código Civil justamente para consagrar a obrigatoriedade de as partes observarem, na execução do contrato, os riscos assumidos e alocados no negócio jurídico.<sup>16</sup> Com efeito, incluiu-se no Código Civil o art. 421-A,<sup>17</sup> que determina que os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos. Em seus incisos, determinou-se que as partes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas contratuais, bem como seus pressupostos de revisão ou de resolução. Além disso, previu-se expressamente que a alocação de riscos definida pelas partes deve ser observada e que a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

É dizer: a alocação de riscos estabelecida pelos contratantes há de ser respeitada, em consonância com os princípios contratuais clássicos da autonomia privada e da obrigatoriedade dos pactos, os quais, sem embargo de seu controle valorativo, têm extrema importância no direito dos contratos. Afastam-se, por isso mesmo, pleitos de revisão contratual que, sob o fundamento do reequilíbrio negocial, não observem os seus pressupostos legais.

Ao lado da gestão positiva da álea normal, os contratantes poderão optar por gerir negativamente os riscos econômicos previsíveis supervenientes, deixando deliberadamente em branco certos elementos da relação contratual, a serem determinados, em momento futuro, pela atuação de uma ou ambas as partes, de terceiro ou mediante fatores externos, segundo o procedimento contratualmente previsto para a integração da lacuna. Trata-se do contrato incompleto.<sup>18</sup>

[Contrato incompleto]

No âmbito da gestão negativa, situam-se as hipóteses de contrato de compra e venda incompleto, em que os contratantes deixam o preço em branco, a ser determinado consoante determinado fator externo, eleito pelas partes (índices ou parâmetros), pela atuação de ambas as partes, de uma delas ou de terceiro.

[Alocação legal de riscos]

Para além da alocação convencional de riscos, a lei também reparte os riscos entre os contratantes, sendo certo que as partes poderão alterar a alocação de riscos estabelecida pelo legislador. Do ponto de vista legal, até a transferência do domínio, o vendedor responde pelos riscos da coisa (*res perit domino*) e o comprador, pelos riscos do preço. Todavia, o comprador responderá pelos riscos da coisa, caso esteja em mora de recebê-la ou, ainda, se a coisa estiver à sua disposição e o risco se verificar no ato de contar, marcar ou assinalar a coisa que normalmente se recebe pesando, medindo ou assinalando (CC, art. 492), vez que se considera que o ato de pôr à disposição a coisa ao comprador equivale à tradição.

[Débitos da coisa]

Como decorrência do princípio segundo o qual a coisa perece para o dono (*res perit domino*), o vendedor, salvo disposição em

contrário, responderá por todos os débitos que gravem a coisa até o momento da tradição (CC, art. 502).

[Local da tradição]

As partes poderão, ainda, convencionar de que modo se dará a tradição. Na hipótese de inexistência de previsão, a tradição irá se operar no local em que se encontra a coisa no momento da venda (CC, art. 493).

Por outro lado, se a coisa for expedida para lugar diverso, por ordem do comprador, a tradição se operará com a entrega da coisa ao transportador, passando, a partir desse momento, a correr por conta do comprador os riscos da coisa, salvo se o vendedor não observar as suas instruções e dessa inobservância resultar danos à coisa (CC, art. 494).

### **3. VENDA *AD CORPUS* E *AD MENSURAM***

[Venda *ad corpus*]

A venda *ad corpus* consiste naquela em que o imóvel é vendido como coisa certa e determinada, de modo que as dimensões se afiguram meramente enunciativas (v.g. sítio Vista Alegre, de 5 hectares). Por isso mesmo, não se admitem reclamações do vendedor ou do comprador quanto à sua área. Não se mostra necessário constar expressamente no contrato que a venda é *ad corpus*, bastando que haja a venda de imóvel certo e discriminado, não sendo preponderante suas medidas e dimensões (CC, art. 500, § 3º).

[Venda *ad mensuram*]

A venda *ad mensuram* ou “por medida de extensão”, por sua vez, constitui aquela em que o imóvel é vendido pelo preço correspondente ao produto da soma do preço estipulado para cada unidade de medida (ex.: um sítio de 5 hectares, em que cada

hectare custa R\$ 100.000,00 reais, será vendido por R\$ 500.000,00), de sorte que as medidas se revelam essenciais à definição do preço global.

Na venda *ad mensuram*, sendo a extensão exata decisiva para a definição do preço, se a área for menor do que a anunciada pelo vendedor, o comprador terá o direito de exigir o seu complemento e, subsidiariamente, não sendo isso possível, poderá requerer a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço.

Por outro lado, se a área real for maior do que a anunciada pelo vendedor, para que não haja enriquecimento indevido por parte do comprador, caber-lhe-á, à sua escolha, completar o valor correspondente ao preço ou devolver o excesso, desde que o vendedor comprove que tinha motivos para ignorar a medida exata da área vendida (CC, art. 500, § 2º).

A lei presume de modo relativo que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa quando a diferença encontrada não exceder a 1/20 (um vigésimo) da área total enunciada. Afasta-se a presunção se o comprador demonstrar que não teria realizado o negócio caso conhecesse sua área real (CC, art. 500, § 1º).

[Prazo decadencial de 1 ano]

O vendedor ou o comprador terá o prazo de 1 (um) ano, a contar do registro do título no RGI, para exercer pretensões decorrentes da discrepância entre a área real e a área anunciada, sob pena de decadência (CC, art. 501). Se houver atraso na imissão na posse, por culpa do alienante, a partir dela fluirá o prazo decadencial.

## **4. CONTRATO DE COMPRA E VENDA ALEATÓRIO**

### **4.1. Compra e venda da esperança (*emptio spei*)**

[Vendas aleatórias]

O Código Civil estabelece, na seção VII dedicada aos contratos aleatórios, os negócios aleatórios pela vontade das partes, nos quais a aleatoriedade não integra sua causa originária, mas resulta precisamente da criação da autonomia privada, que insere o risco nos contratos comutativos com vistas a alcançar determinado resultado.<sup>19</sup> Como já se observou, o codificador se restringiu a disciplinar, no âmbito da matéria em discussão, as vendas aleatórias, sem destinar dispositivos gerais à regulamentação dos contratos aleatórios, que estabelecessem os traços essenciais do instituto.<sup>20</sup>

Ao propósito, dentre os dispositivos que regulam o contrato de compra e venda, o art. 483<sup>21</sup> do Código Civil brasileiro, na mesma esteira do art. 1.472<sup>22</sup> do Código Civil italiano, determina que a compra e venda que tenha por objeto coisa atual ou futura ficará sem efeito se a coisa não vier a existir, salvo se a intenção das partes era a de concluir contrato aleatório.

*[Emptio spei]*

Nesta direção, o art. 458 consagra a compra e venda da esperança (*emptio spei*), em que as partes, ao celebrarem o contrato de compra e venda, essencialmente comutativo, inserem o elemento álea, de sorte que o lucro ou o prejuízo dos contratantes, em termos de atribuição patrimonial, irá depender da verificação de evento que, embora previsto pelas partes, é de ocorrência incerta e independe de seu comportamento. Do ponto de vista estrutural, o evento incerto irá recair sobre a própria existência e consistência física da prestação do vendedor de entrega da coisa. Segundo o dispositivo, na hipótese de o evento incerto não se implementar, e, em consequência, nada do avençado vir a existir, ainda assim será devido o preço pelo comprador, vez que esse assume integralmente o risco da não existência da coisa adquirida. Todavia, se o alienante tiver concorrido com dolo ou culpa para a não deflagração do evento, não fará jus ao recebimento do preço.

*[Risco de inexistência da coisa]*



Como se vê, de um lado, o comprador se obriga a efetuar o pagamento do preço, independentemente da coisa adquirida vir a existir, e, de outro lado, o alienante se compromete a entregar a coisa futura que venha a existir. No momento da contratação, as partes desconhecem se irão lucrar ou ter prejuízo, em termos de atribuição patrimonial, com o negócio, o que dependerá da verificação do evento incerto. Se, por hipótese, a coisa vier a existir, a partir da ocorrência do evento incerto, ter-se-á perda patrimonial para o alienante, o qual irá transferir a coisa de seu patrimônio para o do adquirente que, por conseguinte, extrairá vantagem patrimonial do ajuste. Dito por outras palavras, do ponto de vista jurídico, o alienante, que desempenha a prestação disparada pelo evento incerto em favor do comprador, sofre perda, ao passo que o comprador, que recebe a prestação, auferirá lucro. Ao revés, se for constatada a inexistência da coisa, ter-se-á vantagem patrimonial para o alienante, o qual irá receber o preço sem a transferência do bem. Eis a álea que integra a causa da compra e venda da esperança, ao lado do pagamento do preço em contraprestação à obrigação de entrega da coisa eventualmente existente. A título ilustrativo, tem-se compra e venda da esperança quando as partes ajustam a aquisição do resultado de colheita de certa fazenda em determinado período, sendo devido o preço ainda que nada seja colhido.

#### [Caracterização do contrato aleatório]

Como registrado em outra sede, o ganho ou a perda do ponto de vista jurídico, isto é, em termos de atribuição patrimonial, não se confunde com o lucro ou prejuízo econômico, o qual se mostra irrelevante para fins de caracterização dos contratos aleatórios. Assim, por exemplo, mesmo que a coisa venha a existir, o vendedor pode ter lucro em termos econômicos se o preço pago pelo adquirente for superior ao valor da coisa surgida posteriormente, embora, em termos de atribuição patrimonial, o alienante tenha sofrido uma perda, com a saída de um ativo – especificamente, a coisa – do seu patrimônio, mediante o desempenho da prestação em

favor da contraparte, em virtude da verificação do evento incerto.<sup>23</sup> Sob o aspecto estrutural, o evento incerto determinará a existência da coisa e, portanto, da própria prestação do alienante consubstanciada na entrega do bem, assim como sua consistência física. Diz-se, pois, que, no perfil estrutural, a compra e venda da esperança se assemelha a contrato de compra e venda de coisa futura ao qual se apõe cláusula em que o comprador se obriga a adimplir a prestação de pagamento mesmo que a coisa não venha a existir ou se manifeste em quantidade ou qualidade diversa daquela esperada.<sup>24</sup>

[Sinalagma na compra e venda aleatória]

Afirma-se que o sinalagma da relação contratual reside na corresponsividade de uma prestação certa do comprador (o pagamento do preço) e uma prestação incerta em seu *an* e *quantum* do vendedor (entrega da coisa), o que somente se torna possível com a vontade das partes de introduzir a álea como elemento essencial do contrato.<sup>25</sup> Na feliz síntese de Rosario Nicolò, na compra e venda da esperança, a álea “incide de modo essencial e necessário, no sentido de que a prestação do vendedor é necessariamente incerta e querida como tal pelas partes, as quais estão conscientes de fazer depender exclusivamente de um evento futuro a existência e a qualidade da mesma prestação”.<sup>26</sup>

O contrato de compra e venda da esperança se aperfeiçoa no momento do acordo de vontades, mesmo que a coisa não exista. Por outro lado, a *spei* constitui objeto da prestação do vendedor, no sentido de que basta a expectativa de transferência da propriedade da coisa para dar conteúdo à venda.<sup>27</sup>

[Inexistência da coisa: disciplina]

Na hipótese de a coisa vir a existir, aplicar-se-á ao negócio a disciplina geral da compra e venda. Por outro lado, se a coisa não vier a existir, há que se diferenciar duas hipóteses: aquela em que o

vendedor concorre para impedir a existência da coisa daquela em que a coisa não vem a existir por fato não imputável ao vendedor.

Evidentemente que o alienante não terá direito ao preço se obstar com dolo ou culpa a verificação do evento incerto. Com efeito, se houver culpa ou dolo do alienante na obstaculização do evento incerto, tal equivalerá à exclusão do risco, sendo certo que a coisa não virá a existir por força de conduta do alienante. Nesse caso, a atuação dolosa ou culposa do alienante dirigida a impedir a realização do evento consiste em ilícito contratual, autorizando-se o comprador a resolver o negócio e pleitear perdas e danos.

[Compra e venda de coisa futura ou compra e venda da esperança?]

Em caso de dúvida quanto à celebração de contrato de compra e venda de coisa futura ou de compra e venda da esperança, se presume o primeiro, tendo em vista que o negócio aleatório deve resultar de manifestação de vontade expressa e inequívoca dos contratantes, em consonância com a parte final do art. 483 do Código Civil: “salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório”.

## **4.2. Compra e venda da coisa esperada (*emptio res speratae*)**

[*Emptio res speratae*]

O Código Civil disciplina, na seção dos contratos aleatórios, a compra e venda da coisa esperada (*emptio res speratae*), na qual o adquirente assume o risco de que a coisa exista em qualquer quantidade, embora não avoque a si o risco de sua inexistência. Da mesma forma que na compra e venda da esperança, trata-se de contrato aleatório pela vontade das partes, em que os particulares introduzem a álea na compra e venda comutativa, transformando-a em aleatória.

[Risco quanto à extensão da prestação]

Segundo o art. 459 do Código Civil,<sup>28</sup> o comprador se obriga a pagar o preço ajustado desde que a coisa exista, independentemente de sua quantidade ou qualidade. Vale dizer, mesmo que a coisa exista em quantidade ou qualidade inferior à esperada pelo adquirente, o vendedor fará jus ao preço integral acordado. O alienante, a seu turno, compromete-se a entregar a coisa futura que necessariamente venha a existir. Entretanto, caso a coisa se verifique em quantidade inferior à esperada por culpa do vendedor, este terá cometido inadimplemento, podendo o credor, a seu critério, resolver o contrato e pleitear as perdas e danos cabíveis ou, se o vínculo contratual ainda lhe for útil, manter o ajuste exigindo o abatimento do preço.

[Inexistência da coisa]

Por outro lado, se a coisa não vier a existir, o legislador determina, no parágrafo único do art. 459, que “alienação não haverá”, devendo o alienante restituir o preço recebido. Neste particular, o legislador não diferenciou a hipótese em que a coisa não existe por culpa do alienante daquela em que fato alheio à vontade dos contratantes determina a inexistência da coisa. Se houver culpa do vendedor, está-se diante de ilícito contratual (ou inadimplemento) consistente na violação do dever negativo de não impedir a deflagração do evento incerto, devendo o alienante restituir o preço recebido e responder pelos danos causados. Constatada, por outro lado, a alteridade do fato que acarretou a inexistência da coisa, as partes retornarão aos *status quo ante*, com a devolução do preço pelo alienante, sem que seja devida qualquer reparação de parte a parte.

A inexistência da coisa representa a ausência da prestação do vendedor de entrega do bem, a qual integra o objeto do contrato de compra e venda da coisa esperada, razão pela qual o contrato restará sem objeto e, por isso mesmo, será inexistente. Justamente por se cuidar de contrato aleatório, as partes desconhecem *ab initio* se irão lucrar ou ter prejuízo, em termos de atribuição patrimonial, com o negócio, o que dependerá da verificação do evento incerto.

Se, por hipótese, a coisa vier a existir em quantidade ou qualidade igual ou superior à esperada pelo adquirente, a partir da ocorrência do evento incerto, ter-se-á perda patrimonial para o alienante, o qual irá transferir a coisa de seu patrimônio para o do adquirente que, por conseguinte, extrairá vantagem patrimonial do ajuste. Ao revés, se for constatada a existência da coisa em quantidade ou qualidade inferior à aguardada pelo comprador, ter-se-á vantagem patrimonial para o alienante, o qual irá receber o preço mediante a transferência da coisa na qualidade e quantidade verificada. Tal é a álea que integra a causa da compra e venda da coisa esperada, cujo desfecho dependerá da verificação de evento incerto, que, embora previsto pelas partes, se mostra incontrollável. Do ponto de vista estrutural, o evento incerto irá recair sobre a quantidade e qualidade da prestação do vendedor de entrega da coisa, isto é, sua consistência física, não já sobre sua existência.

[Causa da *emptio res speratae*]

A causa do contrato de compra e venda da coisa esperada consiste, pois, na álea, somada aos elementos essenciais da compra e venda, quais sejam, o pagamento do preço pelo adquirente, e a obrigação do alienante de entrega, para transferência da propriedade, necessariamente existente, cuja quantidade e qualidade, contudo, dependerão do evento incerto.

[Qualificação]

No intuito de se diferenciar o contrato de compra e venda da esperança do contrato de compra e venda da coisa esperada, o intérprete há de investigar a intenção comum dos contratantes consubstanciada na vontade declarada pelas partes no ajuste, verificando se pretenderam que o risco recaísse sobre a existência da coisa (*emptio spei*) ou tão somente sobre a sua consistência física (*emptio rei speratae*).<sup>29</sup>

### 4.3. Compra e venda de coisa exposta a risco

[Coisa exposta a risco]

O legislador, por fim, disciplinou na seção dedicada aos contratos aleatórios, precisamente nos arts. 460 e 461 do Código Civil, a compra e venda de coisa exposta a risco, na qual, embora a coisa já exista, encontra-se sujeita a risco de deterioração ou perda, cuja consumação é ignorada pelo vendedor e assumida pelo comprador.

Nesta hipótese, o alienante terá direito a todo o preço, mesmo que a coisa não exista, no todo ou em parte, no momento da conclusão do contrato, desde que tal fato seja dele desconhecido, e o comprador tenha assumido expressa e inequivocamente o risco de deterioração ou perda da coisa, tendo em vista que se trata de contrato aleatório pela vontade das partes.

[Risco anterior desconhecido dos contratantes]

Assim, por ocasião da celebração do negócio, as partes desconhecem se irão lucrar ou ter prejuízo, em termos de atribuição patrimonial, com a avença, o que dependerá da verificação do evento incerto, isto é, da consumação do risco de deterioração ou perda da coisa, o qual, embora previsto expressamente no ajuste, mantém relação de alteridade com as partes. Note-se que o risco, por expressa disposição legislativa, pode ser mesmo anterior ao acordo de vontades, mas ignorado pelos contratantes, a denotar a prescindibilidade da futuridade do evento incerto.

Sob o aspecto estrutural, o evento incerto incidirá sobre a existência e a consistência física da prestação do vendedor de entrega da coisa, vez que essa pode não mais existir ou estar deteriorada no momento da celebração do negócio; ou, ainda, deixar de existir ou se deteriorar posteriormente. Como exemplo de contrato de compra e venda de coisa exposta a risco, tem-se a hipótese de aquisição de mercadoria embarcada, assumindo o adquirente o risco de ela chegar ou não ao seu destino. Mesmo que

a mercadoria não mais exista ou já tenha perecido, a venda é válida, tendo o alienante direito ao preço ajustado.<sup>30</sup>

[Causa da compra e venda de coisa exposta a risco]

A causa do contrato de compra e venda de coisa exposta a risco consiste, pois, na álea, no pagamento do preço pelo adquirente, e na obrigação de entrega, pelo vendedor, de coisa existente, sujeita à deterioração ou perda. Percebe-se, assim, a aderência da exposição ao risco à causa dessa espécie de compra e venda, como elemento essencial e peculiar ao negócio. Por isso mesmo, na hipótese em que o vendedor conhece a consumação do risco a que se encontrava exposta a coisa e, ainda assim, induz o adquirente a concluir o contrato, o art. 461 determina como sanção a anulabilidade do negócio por dolo, a critério do prejudicado.

[Inexistência ou anulabilidade]

Neste particular, há que se estabelecer diferente regime jurídico para a hipótese em que o vendedor conhece o perecimento da coisa e aquela em que sabe de sua deterioração. No primeiro caso, o contrato será inexistente por falta de objeto,<sup>31</sup> ao passo que, no segundo, anulável por dolo, porque dolosamente o alienante contratou afirmando a integridade de coisa de cuja deterioração tinha conhecimento.<sup>32</sup>

## 5. VÍCIOS NA COMPRA E VENDA

[Venda de ascendente para descendente]

Na disciplina da compra e venda, prevê-se que a venda de ascendente para descendente se revela anulável, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido. Na hipótese de o regime de bens ser o de separação obrigatória, dispensa-se a outorga uxória (CC, art. 496). O legislador presume que a venda de ascendente a descendente poderá ocorrer

em prejuízo dos demais herdeiros necessários, violando, assim, a sua legítima. Daí a *ratio* da exigência legal do consentimento dos herdeiros para a validade do ato.

[Venda entre cônjuges]

Cuidando-se de vício de anulabilidade, o negócio resta passível de confirmação, salvo direito de terceiro (CC, art. 172); a anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença; não se pronuncia de ofício; apenas os interessados podem alegar (CC, art. 177), salvo nos casos de solidariedade ou indivisibilidade, nos quais, diante da pluralidade de sujeitos, a anulabilidade invocada por um deles atingirá aos demais; e o prazo decadencial para se pleitear a anulação é de dois anos, a contar da data da conclusão do negócio (CC, art. 179). Mostra-se, por outro lado, válida a venda de bens entre os cônjuges, desde que estes bens não integrem a comunhão, isto é, consistam em bens particulares (CC, art. 499).

[Nulidade da compra e venda ou cessão de crédito]

De outra parte, o art. 497 do Código Civil trouxe as hipóteses em que a compra e venda ou a cessão de crédito será nula, ainda que os bens sejam alienados em hasta pública.<sup>33</sup> Trata-se da compra: (i) pelos tutores, curadores, testamenteiros e administradores, dos bens confiados à sua guarda ou administração; (ii) pelos servidores públicos, em geral, dos 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, dos bens ou direitos sobre que se litigar em tribunal, juízo ou conselho, no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade; e (iv) pelos leiloeiros e seus prepostos, dos bens de cuja venda estejam encarregados. A nulidade tem por objetivo impedir a vantagem indevida que poderia ser obtida pelo agente em razão do exercício da função, o que poderia acarretar prejuízos ao vendedor.<sup>34</sup>

[Exceções à nulidade]



A proibição contida no inciso III do artigo 497 não compreende os casos de compra e venda ou cessão entre coerdeiros, ou em pagamento de dívida, ou para garantia de bens já pertencentes a pessoas designadas no referido inciso (CC, art. 498).<sup>35</sup>

## **MODALIDADES ESPECIAIS DA COMPRA E VENDA**

### **6. RETROVENDA**

[Conceito]

O pacto de retrovenda consiste em modalidade especial de compra e venda de bens imóveis segundo a qual o vendedor se reserva ao direito de resolver o contrato de compra e venda, recuperando a coisa imóvel, desde que pague ao comprador o preço, monetariamente corrigido, as despesas suportadas pelo comprador e o valor equivalente às benfeitorias necessárias, bem como as benfeitorias úteis e voluptuárias expressamente consentidas, na forma escrita (CC, art. 505). Cuida-se, em uma palavra, de propriedade resolúvel segundo o arbítrio do vendedor, que deverá notificar o comprador de sua intenção de resolver o contrato dentro do prazo decadencial de 3 (três) anos ou em prazo menor, se assim ajustarem as partes.

[Consignação em juízo]

Caso o comprador se recuse a receber as quantias a que faz jus, o vendedor poderá depositá-las em juízo, a fim de exercer o direito de resgate. Verificada a insuficiência do depósito judicial, o vendedor apenas será restituído no domínio da coisa quando pagar integralmente os valores devidos ao comprador (CC, art. 506).

[Cessibilidade e transmissibilidade do direito de retrato]

O direito de retrato, isto é, o direito de o vendedor resolver a compra e venda recuperando a coisa, mostra-se cessível e

transmissível a herdeiros e legatários, podendo ser exercido contra terceiro adquirente. Tendo em conta que a cláusula de retrovenda consta do registro de imóveis, o terceiro adquirente conhece a natureza resolúvel da propriedade, sujeitando-se ao exercício do direito de retrato pelo vendedor (CC, art. 507).

Se o direito de retrato sobre o mesmo imóvel couber a duas ou mais pessoas, e apenas uma delas o exercer, o comprador poderá intimar as demais para que manifestem o seu de acordo. Caso os demais condôminos não queiram exercer o seu direito de retrato, a coisa será recuperada pelo condômino que o exerceu, desde que deposite o preço integral da coisa (CC, art. 508).<sup>36</sup>

## **7. VENDA A CONTENTO OU VENDA SUJEITA À PROVA**

[Conceito]

A venda a contento consiste em modalidade especial de compra e venda cujo aperfeiçoamento depende do consentimento do comprador após examinar a coisa, pesando-a, medindo-a ou mesmo experimentando-a, de modo a verificar se esta atende ao que deseja comprar. A vontade do comprador consiste, assim, em condição suspensiva à compra e venda, de modo que o negócio apenas se perfectibiliza com a manifestação de seu agrado, ainda que a coisa esteja em seu poder (condição simplesmente potestativa). São exemplos de produtos comumente objeto de venda a contento os perfumes, vinhos, azeites e gêneros alimentícios em geral (CC, art. 509).

A manifestação do agrado pelo comprador poderá ser expressa ou tácita, mediante a prática de atos incompatíveis com a vontade de rejeitar a coisa, como o pagamento do preço ou o seu integral consumo.

[Venda sujeita a prova]

A compra e venda sujeita à prova, a seu turno, consiste em negócio que se aperfeiçoa com a verificação, pelo comprador, de que a coisa tenha as qualidades declaradas pelo vendedor ou seja idônea ao uso a que se destina. Diversamente da compra e venda a contento, cuja eficácia se sujeita ao arbítrio do comprador, a venda sujeita à prova produz efeitos se objetivamente se constatar que a mercadoria possui a qualidade assegurada pelo vendedor ou seja idônea ao fim a que se presta, a prescindir da satisfação do comprador (CC, art. 510). Enquanto não verificada a condição suspensiva, o comprador, que tem a posse da coisa, ocupa posição jurídica análoga à do comodatário (CC, art. 511).

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 (CC, art. 512). Em alguns casos, o silêncio importará anuência se os usos e costumes o autorizarem e não for necessária a declaração de vontade expressa (CC, art. 111).

## **8. PREEMPÇÃO OU PREFERÊNCIA**

[Conceito]

A preferência ou preempção consiste em cláusula especial introduzida no contrato de compra e venda que atribui ao vendedor o direito potestativo de adquirir a coisa oferecida pelo comprador, nas mesmas condições ofertadas por terceiro interessado na sua aquisição (CC, arts. 513 e 515). Afirma-se, assim, que o comprador assume promessa unilateral de oferecer a coisa ao primitivo vendedor, pelo preço equivalente ao da oferta feita por um terceiro interessado na sua aquisição. Desse modo, caso o comprador pretenda alienar a coisa adquirida e tenha recebido oferta de terceiro, deverá notificar o vendedor, por qualquer meio idôneo, para que este exerça o seu direito de preferência, adquirindo a coisa pelo preço equivalente ao que seria pago pelo terceiro.

[Direito pessoal e personalíssimo]

Cuida-se de direito *personalíssimo*, e, por isso mesmo, não se mostra passível de cessão ou transmissão aos herdeiros (CC, art. 520). O direito de preferência tem natureza obrigacional, não já real, de modo que sua inobservância não acarreta o desfazimento do negócio celebrado em violação à preferência, mas tão somente deflagra pretensão de perdas e danos do vendedor preterido.<sup>37</sup> Com efeito, no direito brasileiro, os direitos reais, que atribuem ao seu titular o poder de sequele sobre o bem, podendo recuperá-lo das mãos de quem quer que o possua, se submetem ao princípio da taxatividade e da tipicidade. Vale dizer: constituem direitos reais aqueles previstos pelo legislador em rol taxativo, com o conteúdo indicado em lei. Cite-se, a título ilustrativo, o direito real de aquisição, criado pelo art. 1.417<sup>38</sup> do Código Civil, que investe o promitente comprador da pretensão de requerer a execução específica da promessa de compra e venda registrada no Registro Geral de Imóveis, com a adjudicação compulsória do bem (CC, art. 1.418<sup>39</sup>). Da mesma sorte, e por identidade de fundamento, atribui-se eficácia real aos direitos nas hipóteses legais. Por outras palavras, a eficácia real, no sistema jurídico brasileiro, depende de específica previsão legislativa, justamente em razão de sua oponibilidade *erga omnes*, em coerência com a dogmática dos direitos reais. Assim se dá, por exemplo, nos contratos de locação que contenham cláusula de preferência averbada na matrícula do imóvel no Registro Geral de Imóveis, que se mostra oponível a terceiros, de modo a atribuir ao locatário o direito de desfazer a venda em violação ao seu direito de preferência, com a adjudicação compulsória do bem, se a requerer no prazo de 6 (seis) meses, mediante o depósito do preço e demais despesas do ato de transferência, e o contrato de locação tiver sido averbado pelo menos 30 (trinta) dias antes da alienação (art. 33,<sup>40</sup> Lei n.º 8.245/91) (v. Capítulo III).

[Direito de preferência em acordo de acionistas]

Tal não ocorre, contudo, com o direito de preferência previsto no Código Civil ou em acordo de acionistas registrado na sede da companhia, que não é dotado de eficácia real, por ausência de

previsão legal nesse sentido. Diversamente do que ocorre no direito português, cujos arts. 421<sup>o41</sup> e 1.410<sup>o42</sup> do Código Civil português e art. 3<sup>o43</sup> do Código de Registro Comercial Português reconhecem a eficácia real do direito de preferência estipulado em acordos de acionistas,<sup>44</sup> no direito brasileiro, referida preferência tem caráter meramente obrigacional, de sorte que a sua violação não confere ao seu titular o direito de desfazer a venda com terceiro e pleitear a adjudicação compulsória das ações. Tal conclusão não se altera em razão do art. 118, § 1<sup>o</sup>,<sup>45</sup> e § 3<sup>o</sup>,<sup>46</sup> da Lei 6.404/76, que preveem, respectivamente, a oponibilidade do acordo em face de terceiros e a execução específica das obrigações. O registro do acordo de acionistas na sede da companhia cria para esta, bem como para os acionistas e terceiros o dever de respeito às suas disposições, cuja violação poderá ensejar a execução específica ou as perdas e danos, a depender da natureza da obrigação. Na hipótese do direito de preferência, a sua oponibilidade frente a terceiros não quer significar que esse direito tenha eficácia real, o que dependeria de previsão legislativa expressa, como sói ocorrer com os direitos reais. Na ausência de disposição específica, prevalece a natureza pessoal do direito de preferência, impossibilitando o desfazimento da venda com terceiros em violação à preferência.

[Solução indenizatória]

Desse modo, não tem o credor, diante da violação, direito à execução específica da preferência, com o poder de sequela sobre o bem, sendo certo que a alienação da coisa a terceiro revela-se inteiramente válida e eficaz. A solução preconizada pelo legislador consiste, portanto, nas perdas e danos em face daquele que violou a preferência (CC, art. 518),<sup>47</sup> já que a natureza pessoal do direito de preferência revela-se mesmo incompatível com a execução específica.<sup>48</sup> Se o terceiro adquirente tiver agido de má-fé, responderá solidariamente com o comprador, pela violação à preferência (CC, art. 518).

O direito de preferência poderá ser convencional ou legal. O convencional traduz pacto adjeto à compra e venda, ao passo que o

legal pode constituir o exercício do direito de preferência pelos entes federativos, em certas circunstâncias previstas em lei;<sup>49</sup> ou pelo particular expropriado, caso a coisa expropriada não tenha o destino em razão do qual se operou a desapropriação ou não seja utilizada em obras ou serviços públicos, pagando o seu preço atual – retrocessão (CC, art. 519).

[Prazo decadencial]

O exercício do direito de preferência, convencionado pelas partes, sujeita-se ao prazo decadencial máximo de 180 (cento e oitenta) dias se a coisa for móvel e de 2 (dois) anos se imóvel, a contar da ciência do vendedor, mediante notificação, quanto à intenção do comprador de vender a coisa a terceiro. A lei faculta, ainda, ao vendedor, se antecipar ao comprador, intimando-o quanto ao exercício do direito de preferência (CC, art. 514). Caso as partes não tenham convencionado prazo para o exercício do direito de preferência, este caducará se não for exercido em 3 (três) dias na hipótese de bem móvel ou em 60 (sessenta) dias, caso se trate de bem imóvel, contados da data em que o comprador tiver notificado o vendedor (CC, art. 516).

[Direito de preferência em condomínio]

Caso o direito de preempção seja atribuído a 2 (dois) ou mais indivíduos em comum, somente poderá ser exercido em relação à coisa no seu todo. Ou seja: em razão da indivisibilidade da coisa, os condôminos apenas poderão exercer o direito em conjunto; ou, caso apenas um dos condôminos queira exercer a preferência, deverá pagar o preço integral oferecido pelo terceiro (CC, art. 517).

## **9. VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO**

[Conceito]

[Alocação de riscos]

A venda com reserva de domínio consiste em pacto adjecto ao contrato de compra e venda consoante o qual o vendedor reserva para si a propriedade do bem móvel até que o preço seja integralmente pago pelo comprador (CC, art. 521). Embora a posse directa da coisa seja imediatamente transferida ao comprador por ocasião da celebração do contrato, este se torna proprietário apenas com o pagamento integral do preço. Afirma-se, nessa direcção, que a venda com reserva de domínio configura modalidade especial de venda a crédito, vez que o pagamento do preço se dá em prestações, no decorrer do prazo convencionado. Caso haja o financiamento da compra pela instituição financeira, esta se sub-rogará nos direitos do credor para exigir o pagamento frente ao comprador. O financiamento e a ciência do comprador deverão constar do registro do contrato (CC, art. 528), o qual se afigura essencial para que a cláusula de reserva de domínio tenha eficácia perante terceiros. A se considerar que o comprador é imitado na posse da coisa incontinenti, o legislador, afastando o princípio geral de que a coisa perece para o dono (*res perit domino*), aloca os riscos da coisa ao comprador a partir do momento em que a posse directa lhe é transferida (CC, art. 524).

[Negócio jurídico formal]

A cláusula de reserva de domínio deverá ser ajustada por escrito, a traduzir negócio jurídico formal.<sup>50</sup> Como mencionado, para que possa valer frente a terceiros, deverá ser levada a registro no domicílio do comprador (CC, art. 522), no Registro de Títulos e Documentos. Cuida-se de medida protetiva ao vendedor, que poderá recuperar a coisa, em exercício ao seu direito de sequência, se o comprador a alienar a terceiros (venda *a non domino*), resguardando, assim, a sua propriedade.<sup>51</sup> Se, por outro lado, a compra e venda com reserva de domínio não estiver registrada, incide a proteção a terceiros de boa-fé,<sup>52</sup> restando ao vendedor apenas a pretensão de perdas e danos em face do comprador, que, dolosamente, vendeu a coisa de que não era dono a terceiro, que ignorava o vício. Nessa direcção, o art. 129<sup>53</sup> da Lei n.º 6.015, de 31

de dezembro de 1973, denominada Lei de Registros Públicos, ao exigir o registro da compra e venda com reserva de domínio para que o negócio produza efeitos perante terceiros, garante o direito de sequela do vendedor ao mesmo tempo em que protege o terceiro adquirente de boa-fé nos casos em que o contrato não tenha sido levado a registro.<sup>54</sup>

#### [Objeto]

A compra e venda com reserva de domínio terá por objeto coisa sujeita à caracterização precisa, que permita distingui-la de outros bens congêneres. Por outras palavras, o bem há de ser individualizado, de modo a se identificar perfeitamente o objeto da venda com reserva de domínio. Caso existam dúvidas quanto à coisa objeto do negócio, esta se resolverá em favor do terceiro adquirente de boa-fé (CC, art. 523). Significa dizer que, na hipótese de o comprador ter alienado a coisa a terceiro, e o vendedor, no exercício de seu direito de sequela, não conseguir demonstrar que a coisa que se encontra em poder de terceiro é sua, esta permanecerá na titularidade do terceiro.

#### [Inadimplemento do comprador]

O comprador que violar suas obrigações contratuais deverá ser constituído em mora pelo credor, mediante protesto do título ou interpelação judicial, de modo a caracterizar o seu inadimplemento (CC, art. 525). Caso o comprador não corrija o seu descumprimento, o vendedor poderá, alternativamente, segundo o critério do interesse útil do credor (CC, art. 395, parágrafo único): (i) requerer a execução específica das prestações inadimplidas cumulada com as perdas e danos; ou (ii) executar a cláusula de reserva de domínio, reavendo a posse direta da coisa, sem prejuízo das perdas e danos (CC, art. 526).

#### [Resolução contratual]



Na segunda hipótese, o credor poderá reter as prestações pagas até o montante necessário a cobrir os danos sofridos em razão do inadimplemento, incluindo a depreciação da coisa e as despesas incorridas. Se as prestações retidas se revelarem insuficientes ao ressarcimento, o vendedor poderá pleitear o restante. Por outro lado, se o montante pago pelo comprador se mostrar superior aos danos sofridos, o vendedor, após se satisfazer dos prejuízos, deverá restituir ao comprador a quantia excedente, sob pena de enriquecimento sem causa (CC, art. 527). Afinal, a reparação civil destina-se a situar a vítima na posição em que estaria se não tivesse sofrido o dano, não já a constituir fonte de enriquecimento. Nessa direção, o art. 53 do CDC, aplicável às relações de consumo consubstanciadas em contratos de compra e venda mediante pagamento em prestações e alienações fiduciárias em garantia, fulmina de nulidade a cláusula contratual que estabeleça a perda total das prestações pagas em favor do credor que pleiteia a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

[Disciplina do CPC]

Contrariamente à disciplina processual anterior, o Código de Processo Civil, na esteira da tendência de reduzir a quantidade de procedimentos especiais,<sup>55</sup> revogou os dispositivos referentes à venda a crédito com reserva de domínio. De acordo com o art. 1.046, §1º,<sup>56</sup> do CPC, as ações dessa espécie que estiverem em curso por ocasião do início da vigência do novo diploma, desde que ainda não sentenciadas, prosseguirão observando o regramento específico do CPC/1973. Em relação aos processos regidos pelo CPC de 2015, será aplicado o regramento do procedimento comum ordinário, ou das normas sobre a execução, se for o caso, uma vez que a venda com reserva de domínio terá sua disciplina regida exclusivamente pelo Código Civil.<sup>57</sup>

## 10. VENDA SOBRE DOCUMENTOS

[Conceito]

A venda sobre documentos consiste em modalidade especial de compra e venda que se configura nas hipóteses em que a tradição da coisa é substituída pela entrega de seu título representativo e de outros documentos exigidos pelo contrato ou, caso este não disponha sobre a matéria, pelos usos, que servirão de fonte de integração do regulamento de interesses (CC, art. 529). Permite-se, assim, maior dinamismo nas trocas comerciais.

[Alocação de riscos]

Verificada a tradição a partir da entrega dos documentos, os riscos da coisa se transferem ao comprador, ainda que não detenha sobre ela a posse física. Ao receber a documentação em ordem, o comprador não poderá recusar o pagamento alegando que a coisa possui vícios de qualidade ou se encontra deteriorada, vez que passa a responder pelos riscos da coisa, exceto se demonstrar que o vendedor conhecia o vício ou a deterioração e dolosamente ocultou tal fato (CC, art. 529, parágrafo único).

Nessa direção, se dentre os documentos entregues ao comprador figurar apólice de seguro que cubra os riscos do transporte, tais riscos serão transferidos ao comprador por ocasião da entrega dos referidos documentos, salvo se o vendedor, no momento da conclusão do contrato, tivesse ciência de perda ou avaria sofrida pela coisa (CC, art. 531).

[Tempo e lugar do pagamento]

O pagamento deverá ser efetuado na data e no lugar da entrega dos documentos, salvo se as partes tiverem convencionado diversamente (CC, art. 530). Se a obrigação do pagamento for assumida por estabelecimento bancário, este irá efetuá-lo contra a entrega dos documentos, não lhe sendo exigível a obrigação de verificar a coisa vendida, pela qual não responde (CC, art. 532). Caso o estabelecimento bancário, por qualquer motivo, se recuse a efetuar o pagamento, poderá o vendedor cobrá-lo do comprador.

## 11. PROMESSA DE COMPRA E VENDA

[Conceito]

[Contrato preliminar]

Admite-se, no Direito brasileiro, a promessa de compra e venda, negócio jurídico por meio do qual os contratantes se comprometem a celebrar, num momento futuro, o contrato de compra e venda de determinado bem, configurando tal ajuste modalidade específica de contrato preliminar.<sup>58</sup> Não se confundem, todavia, o contrato preliminar de compra e venda e o direito real dele decorrente, designado usualmente como compromisso de compra e venda. Na promessa de compra e venda, aqui analisada, as partes se obrigam à celebração da compra e venda definitiva. Diz-se, assim, que da promessa resulta uma obrigação de fazer, isto é, de contratar,<sup>59</sup> que poderá recair sobre móveis ou imóveis. Somente quando irretratável e registrada, constitui-se em direito real.

[Promessa unilateral ou bilateral]

Sendo unilateral, o negócio só obriga a parte que se comprometeu, podendo a obrigação recair sobre o vendedor ou o comprador, como promessa unilateral de venda ou promessa unilateral de compra, respectivamente. Há, por outro lado, a promessa bilateral de compra e venda, negócio jurídico por meio do qual uma das partes se obriga a vender e outra se obriga a comprar. Gera, em última análise, para ambas as partes, obrigação de fazer, consistente na obrigação de concluir o contrato definitivo.

Via de regra, o contrato preliminar não precisa ter todos os elementos do contrato definitivo. Ao contrário, muitas vezes, o pré-contrato é utilizado justamente como expediente para promover a vinculação imediata das partes, que permanecerão em tratativas a fim de buscar o consenso sobre todos os requisitos do negócio. Basta, portanto, que haja acordo sobre os elementos essenciais do

contrato,<sup>60</sup> podendo os demais elementos serem fixados em momento posterior, quando da celebração do negócio definitivo.<sup>61</sup>

[Inadimplemento]

A recusa posterior de alguma das partes em celebrar o contrato principal implica inadimplemento e, por conseguinte, obriga ao pagamento das perdas e danos sofridas pela outra parte. É possível, porém, que as partes prevejam expressamente o direito de arrependimento, explicitado, por exemplo, por meio da pactuação de arras penitenciais (CC, arts. 417 a 420). Nesse caso, se a parte que ofereceu o sinal desiste da contratação, perderá o valor em favor do outro contratante. Se, por outro lado, a parte que recebeu o valor das arras decidir não contratar, deverá restituir em dobro o valor à contraparte.

## CONTRATO ESTIMATÓRIO

[Histórico]

O legislador de 2002 incluiu no Código Civil a menção expressa ao contrato estimatório. Apesar de representar novidade em relação ao diploma de 1916, esse tipo negocial já era bastante utilizado na prática para permitir que terceiro pudesse vender coisa alheia. Esse contrato remonta ao Direito romano, sendo então classificado como contrato inominado, apesar da proximidade de seu regramento com a compra e venda e o mandato.

[Conceito]

Etimologicamente, estimatório vem do latim *aestimatorius*, que significa ser relativo à estimação ou avaliação. No direito alemão, se alude à expressão “*Troedelvertrag*”, em que “*troedeln*” significa, entre outras coisas, negociar coisas velhas e “*vertrag*”, contrato.<sup>62</sup> A prática no Brasil consagrou o termo “venda com consignação” para definir a relação advinda dessa modalidade contratual.

O contrato estimat6rio 6 o neg6cio por meio do qual uma parte entrega bens m6veis 6 outra, para que esta venda a terceiros, em nome pr6prio. As partes do contrato s6o o consignante, que entrega coisa de sua propriedade, e o consignat6rio, que recebe o bem. Este 6ltimo assumir6 obriga76o facultativa, devendo pagar o pre7o ajustado, ou, por exce76o, devolver o bem entregue, caso n6o haja conclus6o da venda (CC, art. 534).

[Presta76o do outorgado]

Nessa dire76o, muito j6 se discutiu sobre a natureza jur6dica da presta76o do outorgado. Parte da doutrina entende que se trata obriga76o alternativa, importando a op76o livre do consignat6rio entre o pagamento do pre7o ou a devolu76o do bem.<sup>63</sup> No entanto, da pr6pria leitura do art. 534 do C6digo Civil se extrai a op76o do legislador pela natureza simples da obriga76o, ao determinar que o consignat6rio fica autorizado a vender os bens recebidos, *salvo se preferir restituir a coisa ao consignante*. A restitui76o, portanto, 6 uma exce76o, e n6o uma alternativa, de modo que a controv6rsia perde grande parte de seu interesse. N6o havendo pluralidade objetiva de presta76es, a caracterizar a obriga76o alternativa, imperiosa a conclus6o de que se trata de obriga76o facultativa.

[Distin76es com outros tipos contratuais]

Este tipo contratual se assemelha ao contrato de comiss6o, j6 que ambos t6m o cond6o de promover a venda de bens por meio de interposta pessoa, que negocia em nome pr6prio. A diferen7a, por6m, est6 na pr6pria sistem6tica pela qual se d6 a eventual venda de bens: enquanto na comiss6o, as mercadorias ficam depositadas com o comiss6rio, que se prop6e a procurar um terceiro que tenha interesse em adquiri-las, no contrato estimat6rio, o consignat6rio manifesta desde logo sua vontade no sentido de comprar as coisas oferecidas pelo consignante.

No contrato estimat6rio, existe, em favor do consignat6rio, a possibilidade de restituir as mercadorias que n6o conseguir vender, a

configurar, segundo alguns doutrinadores, verdadeira compra e venda sob condição resolutiva.<sup>64</sup> Tal alternativa não existe no contrato de comissão, pois o comissário se obriga apenas a uma prestação de serviços especial, consistente no oferecimento de coisa do comitente à venda para terceiros.

Daí por que a diferença entre os dois contratos se manifesta também na remuneração. Na comissão, de ordinário, se estipula remuneração sobre o produto da venda. No estimatório, por outro lado, a vantagem econômica do consignatário advém do lucro obtido na venda da mercadoria a terceiros.

Também não se deve confundir o contrato estimatório com a compra e venda que lhe é subsequente, já que, nessa, o vendedor é o consignatário, e não o proprietário do bem. Isso porque, apesar da entrega do bem ao consignatário, o consignante conserva sua condição de proprietário, ou seja, a tradição do bem para a conclusão do contrato transmite exclusivamente a posse ao consignatário, não importando transferência de propriedade.

[Poder de disposição]

Nesse sentido, dispõe o art. 536 do Código Civil sobre a impossibilidade de penhora ou sequestro dos bens pelos credores do consignatário. Não sendo este o proprietário dos bens que estão sob sua posse, não há que se falar em medidas constritivas sobre as mercadorias.

Apesar disso, não são todas as faculdades do domínio que permanecem com o consignante, já que a entrega da coisa importa a transferência do poder de disposição para o consignatário, a fim de que ele possa fazer as operações de venda. Por essa razão, explicita o art. 537 do Código Civil, que “o consignante não pode dispor da coisa antes de lhe ser restituída ou de lhe ser comunicada a restituição”. Trata-se, mesmo, de expediente necessário à consecução da finalidade do contrato, que é negócio por meio do qual se pactua a venda a terceiros de coisa de outrem.

[Riscos da coisa]

Apesar de não ter a propriedade da coisa, o consignatário responde pelos seus riscos, em verdadeira inversão da regra *res perit domino*. Ou seja, não se aplica ao contrato estimatório a regra geral de que, em caso de perecimento não culposo da coisa, há liberação do devedor e extinção do contrato. Ao contrário, na venda em consignação, se o bem se deteriorar na posse do consignatário, a responsabilidade recairá sobre este, que terá mantida sua obrigação de pagar o preço pactuado ao consignante (CC, art. 535).

Trata-se, portanto, de contrato real, para cuja formação é necessária a entrega do bem, bilateral, oneroso e com prazo determinado. Na ausência de estipulação de lapso temporal para sua conclusão, infere-se que foi pactuado pelo prazo razoável para a exposição da coisa à venda.<sup>65</sup>

## TROCA

[Definição e histórico]

A troca ou permuta consiste no contrato mediante o qual as partes se obrigam a dar uma coisa em troca de outra, diversa de dinheiro. Por lhe faltar o preço em pecúnia, a troca diferencia-se da compra e venda. O desenvolvimento deste contrato foi anterior ao da compra e venda, já que era o modo mais eficiente de circulação de mercadorias à época do escambo. Com o desenvolvimento dos mercados e da economia monetária, a compra e venda assumiu papel preponderante, e a permuta foi mesmo relegada a segundo plano nas codificações modernas.

Todavia, a semelhança entre os dois institutos já era sentida desde o revogado Código Comercial de 1850, que dispunha no art. 221 que o contrato de troca “opera ao mesmo tempo duas verdadeiras vendas, servindo as coisas trocadas de preço e compensação recíproca. Tudo que pode ser vendido pode ser trocado.” Nesse sentido, aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, precisamente em razão das semelhanças entre os dois negócios jurídicos, os quais traduzem

negócios bilaterais sinalagmáticos, onerosos, comutativos, consensuais e com a aptidão a transferir o domínio do bem. Ilustrativamente, aplica-se à troca a disciplina da evicção e dos vícios redibitórios. Em relação à forma, Orlando Gomes lembra que a troca pode ser, circunstancialmente, contrato solene, no caso, por exemplo, de a coisa permutada ser bem imóvel de valor superior ao estipulado em lei.<sup>66</sup>

[Objeto]

Em relação ao objeto, qualquer coisa que está no mercado, ou seja, sobre a qual não recaia cláusula de inalienabilidade, pode ser permutada. Nesse sentido, são passíveis de troca as coisas fungíveis (exceto o dinheiro, sob pena de restar configurada a compra e venda), infungíveis, corpóreas ou incorpóreas. Todavia, é essencial para a configuração do contrato que ambas as partes se obriguem a dar coisa, de modo que se a prestação de um dos contratantes for a execução de determinado serviço (obrigação de fazer), por exemplo, não haverá que se falar em permuta. Tampouco resta configurada a permuta no caso de transferência do gozo de bens.

O Código Civil de 2002 optou por aproximar quase que por completo o regramento da troca ao da compra e venda, destacando, nos dois incisos do art. 533 as diferenças de disciplina. Com efeito, o inciso I determina que as despesas sejam rateadas entre os contratantes em partes iguais. Trata-se de norma de natureza dispositiva, a qual poderá, portanto, ser afastada pela vontade das partes segundo seus interesses *in concreto*. A norma supletiva do Código é justificável na medida em que, na maioria dos casos, o valor das coisas trocadas será equivalente. Não sendo o caso, as partes provavelmente estipularão contribuição proporcional nas despesas.

O inciso II, por sua vez, na mesma esteira do art. 496 do Código Civil relativo à compra e venda, estabelece que a troca de bens de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante,



mostra-se anulável. Busca-se, assim, coibir atos que violem a legítima dos herdeiros necessários, e é com base nessa mentalidade que se deve interpretar os valores dos bens permutados, configurando-se desigualdade sempre que refletir diminuição patrimonial que comprometa os direitos sucessórios.

[Contrato atípico]

Na hipótese em que o preço da troca se dê parte em dinheiro parte em bens de outra espécie, verifica-se a denominada torna ou reposição, devendo-se aplicar o critério da preponderância, qualificando-se o contrato como compra e venda ou troca, caso prepondera o preço ou o bem respectivamente.<sup>67</sup>

## PROBLEMA PRÁTICO

No caso de atraso na entrega do bem objeto de contrato de compra e venda ou de promessa de compra e venda, é possível a cumulação da cláusula penal moratória com a indenização por lucros cessantes decorrente da privação do uso do bem?

### • Vide Casoteca

- 
- 1 Para análise minuciosa do tema, remeta-se ao volume de Direitos Reais desta coleção.
  - 2 “Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la”.
  - 3 “Art. 1.089. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”.
  - 4 É ver-se: “(...) Não são poucas as situações em que o exercício da autonomia privada demonstra utilidade social, mesmo quando o objeto do negócio seja a herança de pessoa viva. Em muitas delas, o próprio ordenamento realizou ponderação em abstrato e concluiu pela viabilidade de diferentes situações jurídicas que, como visto neste trabalho – em nome da tutela de outros valores, igualmente legítimos, que se erguem na complexidade da discussão em tema dos pactos sucessórios –, estão a flexibilizar, em via autêntica, a regra proibitiva do art. 426 do Código Civil” (Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Rafael Cândido da Silva, A proibição dos pactos sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra. In: *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Thompson Reuters, vol. 72, dezembro, 2016, pp. 164-194).
  - 5 Orlando Gomes (*Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, 26. ed., p. 273) cita o exemplo da venda de um estabelecimento comercial.
  - 6 Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 274.
  - 7 Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 271.
  - 8 A respeito da causa, confira-se a clássica lição de Salvatore Pugliatti, *Scritti Giuridici*, vol. I, Milano: Giuffrè, 2008, p. 675: “a causa do negócio, ao invés de traduzir a intenção típica do sujeito ou o complexo das intenções típicas de vários sujeitos, consiste na síntese unitária dos efeitos típicos de certo negócio jurídico, os quais resultam predispostos pela norma. Assim, a causa da compra e venda é a transferência da propriedade de uma coisa determinada em contraprestação a certo preço; a causa da doação, a transferência da propriedade de coisa determinada sem correspectivo; a causa da permuta, a recíproca transferência da propriedade de coisas determinadas; a causa do mandato, a gestão de negócios de outrem sem ou com correspectivo, dentre outros. A causa, compreendida em sentido técnico, é elemento

essencial de todo negócio jurídico: não pode haver, por isso mesmo, qualquer efeito o negócio jurídico sem causa ou fundado em causa falsa ou ilícita”. (tradução nossa). No original: *“la causa del negozio, anziché l’intento tipico del soggetto, o il complesso degli intenti tipici dei vari soggetti, è la sintesi unitaria degli effetti tipici di un dato negozio giuridico, quali risultano predisposti dalla norma. Così la causa della compravendita è il trasferimento della proprietà di una cosa determinata contro un dato prezzo; la causa della donazione, il trasferimento della proprietà di una cosa senza corrispettivo; la causa della permuta, il reciproco trasferimento di proprietà di cose determinate; la causa del mandato, la gestione degli affari altrui senza o con corrispettivo, e via dicendo. La causa, intesa in senso tecnico, è elemento essenziale di ogni negozio giuridico: non può avere perciò alcun effetto il negozio giuridico privo di causa, o fondato sopra una causa falsa o illecita”*. Remete-se, ainda, neste ponto, ao volume I desta coleção.

- 9 Como observado em outra sede: “a causa é elemento essencial do negócio jurídico, ao lado dos elementos subjetivo, objetivo e formal. Não se confunda causa com motivo, de natureza subjetiva ou psicológica. Do ponto de vista técnico-jurídico, a causa consiste na mínima unidade de efeitos essenciais que caracteriza determinado negócio, sua função técnico-jurídica, diferenciando-os dos demais. Somente a identificação da causa pode determinar a qualificação contratual, a invalidade ou a ineficácia de certas relações jurídicas para as quais o exame dos demais elementos mostra-se insuficiente” (Gustavo Tepedino, A responsabilidade civil nos contratos de turismo. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 26, abril/junho, 1998, pp. 83-95).
- 10 A expressão é empregada por Pietro Perlingieri (*Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 3ª ed., p. 96).
- 11 Sobre o ponto, cfr. Claudia Lima Marques, A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 111, maio/jun., 2017.
- 12 Carlos Affonso Pereira de Souza e Ronaldo Lemos, Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança. *Revista de Direito da Cidade*, v. 18, n. 4, p. 1759.

- 13 Sobre a gestão positiva e negativa de riscos, v. Paula Greco Bandeira, *Contrato Incompleto*, São Paulo: Atlas, 2015, pp. 141 e ss.
- 14 Sobre a teoria da declaração, originada no Séc. XX e em pleno vigor na teoria contratual contemporânea, assinala Vincenzo Roppo: “no contrato, é importante não apenas a *efetiva vontade individual*, em como esta se forma na esfera psíquica do sujeito, mas também a *sua projeção social externa*, e, em particular, o modo pelo qual a vontade das partes é percebida pela contraparte. Esta percepção é determinada essencialmente pelo modo como a vontade, objetivamente, vem manifestada externamente; por isso o teor objetivo da declaração de vontade” (Vincenzo Roppo, *Il contratto*. In: Giovanni Iudica; Paolo Zatti (Org.), *Trattato di diritto privato*, Milano: Giuffrè, 2001, pp. 38-39; tradução livre).
- 15 Sobre tais princípios, v. capítulo III da Parte 1 deste volume.
- 16 Sobre o tema, v. Gustavo Tepedino e Laís Cavalcanti, Notas sobre as alterações promovidas pela Lei n. 13.874/2019 nos arts. 50, 113 e 421 do Código Civil. In: Luis Felipe Salomão, Ricardo Villas Bôas Cueva e Ana Frazão (coords.), *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 487-514.
- 17 “Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I – as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II – a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III – a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”.
- 18 Sobre o contrato incompleto, v. Paula Greco Bandeira, *Contrato incompleto*, cit., *passim*.
- 19 Embora a compra e venda da esperança traduza contrato aleatório pela vontade das partes, o codificador tipificou o negócio, o qual se afigura, por isso mesmo, contrato típico.
- 20 Neste particular, Araken de Assis sustenta a aplicação do regime previsto nos arts. 458 a 461 a quaisquer outros negócios aleatórios (In:

Arruda Alvim e Thereza Alvim (coords.), *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 414).

- 21 “Art. 483. 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”.
- 22 “Art. 1.472. Venda de coisas futuras. Na venda que tem por objeto uma coisa futura (1348), a aquisição da propriedade se verifica assim que a coisa venha a existir. Se o objeto da venda são as árvores ou os frutos de um terreno, a propriedade se adquire quando as árvores são cortadas ou os frutos são separados (820). No caso de as partes não terem desejado concluir contrato aleatório, a venda é nula se a coisa não vem a existir” (tradução livre). No original: “Art. 1.472. Vendita di cose future. Nella vendita che ha per oggetto una cosa futura (1348), l’acquisto della proprietà si verifica non appena la cosa viene ad esistenza. Se oggetto della vendita sono gli alberi o i frutti di un fondo, la proprietà si acquista quando gli alberi sono tagliati o i frutti sono separati (820). Qualora le parti non abbiano voluto concludere un contratto aleatorio, la vendita è nulla, se la cosa non viene ad esistenza”.
- 23 Paula Greco Bandeira, *Contratos aleatórios no direito brasileiro*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 12-25.
- 24 Giuseppina Capaldo, *Contratto aleatorio e alea*, Milano: Giuffrè, 2004, p. 72.
- 25 Giovanni Di Giandomenico, *I contratti speciali. I contratti aleatori*, Torino: Giappichelli, 2005, p. 31.
- 26 Rosario Nicolò, Alea. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano: Giuffrè, 1958, p. 1029; tradução livre. No original: “(...) Non è solo che l’alea incida genericamente sull’oggetto del contratto (e particolarmente sulla prestazione del venditore), ma è che vi incide in modo essenziale e necessario, nel senso che la prestazione del venditore è necessariamente incerta e voluta come tale dalle parti, le quali sono consapevoli di far dipendere esclusivamente da un evento futuro la esistenza e la entità della prestazione medesima”.
- 27 Giovanni Maresca, *Alea contrattuale e contratto di assicurazione*, Napoli: Giannini Editore, 1979, p. 68, nota 10.
- 28 “Art. 459. Se for aleatório, por serem objeto dele coisas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer

quantidade, terá também direito o alienante a todo o preço, desde que de sua parte não tiver concorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior à esperada. Parágrafo único. Mas, se da coisa nada vier a existir, alienação não haverá, e o alienante restituirá o preço recebido”.

- 29 Orlando Gomes sustenta que, na hipótese de dúvida quanto à intenção das partes em concluir a compra e venda da esperança ou a compra e venda da coisa esperada, há que se preferir a *emptio rei speratae*, por ser mais favorável ao comprador (*Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, 26. ed., rev. atual. por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino, p. 278).
- 30 Silvio Rodrigues, *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, vol. III, São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 126-127.
- 31 Clovis Bevilacqua defende, por outro lado, que, nessa hipótese, o contrato será nulo por falta de objeto (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado por Clovis Bevilacqua*, vol. IV, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958, 11. ed. rev. e atual. por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua, p. 230).
- 32 Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, cit., p. 230.
- 33 Anota-se, a fim de evitar confusões terminológicas, que o atual Código de Processo Civil, no art. 730, usa apenas a nomenclatura “leilão” para se referir à alienação judicial. *In verbis*: “Art. 730. Nos casos expressos em lei, não havendo acordo entre os interessados sobre o modo como se deve realizar a alienação do bem, o juiz, de ofício ou a requerimento dos interessados ou do depositário, mandará aliená-lo em leilão, observando-se o disposto na Seção I deste Capítulo e, no que couber, o disposto nos arts. 879 a 903.
- 34 Ao analisar dispositivo de idêntico teor do Código Civil de 1916, Pontes de Miranda ressalta a preocupação do legislador sempre que “a atividade funcional da pessoa pode, de qualquer modo, influir no negócio jurídico em que o agente é beneficiado. O que se proíbe é a outorga a favor de qualquer das pessoas mencionadas no art. 1.133 do Código Civil, quer a ela mesma, quer a ela por interposta pessoa, quer a ela como procurador de outrem” (*Tratado de Direito Privado*, t. 39, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, 3ª ed, p. 67). Na mesma esteira, Darcy Arruda Miranda assevera que “a proibição se assenta em princípio de ordem moral, no sentido de resguardar a intangibilidade

daquelas delicadas funções, visando, sobretudo, o interesse social. Previnem-se, com isso, possíveis abusos e tentações. É uma forma de incapacidade especial” (*Anotações ao Código Civil brasileiro*, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 1995, 4ª. ed., p. 237).

35 Sobre a *ratio* das exceções ao art. 497, III, Código Civil, elucida a doutrina: “O legislador brasileiro ocupou-se de três exceções à regra proibitiva da aquisição de bens em litígio por magistrados e auxiliares da Justiça. O art. 498 reproduz idêntica ressalva às vendas aos juízes e auxiliares da Justiça, contida no art. 1.459, 5º, parte final, do Código Civil de Espanha. O fundamento dessa norma está em que o conflito de interesses, razão de ser do art. 497, cessará quando se observarem as hipóteses descritas no art. 498. Deixa-se de lado o *status* desses agentes e coloca-se em primeiro plano a conservação de seus interesses subjetivos” (Otavio Luiz Rodrigues Junior. In: Álvaro Villaça Azevedo (coord.), *Código Civil Comentado*, vol. VI, t. I, São Paulo: Atlas, 2003, p. 231). No mesmo sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo. In: Antônio Junqueira de Azevedo (coord.), *Comentários ao Código Civil*, vol. 6, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 103.

36 Como elucida Orlando Gomes: “O Código Civil de 2002 estabelece que, na hipótese de o direito de retrato sobre determinado imóvel caber a mais de uma pessoa, e apenas uma delas manifestar ao comprador a intenção de exercê-lo, o comprador terá a faculdade de intimar os demais para que acordem sobre o exercício do direito de retrato. Abre-se, então, para o comprador, uma alternativa. Pode ele aceitar o exercício parcial do direito de retrato (caso em que se instaurará condomínio entre o comprador e aquele ou aqueles que resgataram), ou intimar os demais titulares do direito de retrato para que todos acordem com relação ao resgate total da coisa. Nesse último caso, o retrato poderá ser exercido por todos, por alguns ou por apenas um de seus titulares, importando ao comprador, apenas, que seja depositado o valor integral do imóvel, computadas as verbas previstas em lei. Como se vê, a intimação prevista no art. 508 tem a finalidade de impedir o resgate parcial do imóvel, bem como possibilitar o seu resgate total. O referido artigo não repete a regra contida no art. 1.143, §1º do Código de 1916 (...). Essa supressão vai ao encontro da doutrina que entende não se tratar de caducidade, mas de situação de pendência entre os vendedores, a perdurar até o término do prazo de resgate. Dessa forma, exercido o retrato por um ou alguns dos seus titulares, conservam os demais o direito de resgatar as respectivas frações ideais, enquanto não decorrer o prazo fixado” (*Contratos*, cit., p. 307). V.

tb. Gustavo Tepedino et al, *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, 2. ed., p. 175.

- 37 Observou-se, em outra sede, quanto à natureza pessoal do direito de preferência: “(...) se o comprador alienar a coisa, violando o direito de preferência do vendedor, responderá por perdas e danos (CC, art. 402-405). A venda celebrada entre o comprador e o terceiro será perfeita. Reafirma-se, aqui, o alcance meramente obrigacional do direito de preferência, que se contrapõe ao alcance real da retrovenda, por exemplo” (Gustavo Tepedino et al., *Código Civil Interpretado Conforme à Constituição da República*, vol. II, cit., p. 186). Na doutrina clássica, registra Serpa Lopes: “O pacto de preempção ou preferência é de natureza pessoal e não real. (...) Importantes são as consequências daí resultantes. Se o obrigado à preferência, nada obstante, vender a coisa a terceiro, tal alienação é válida. Nenhuma ação cabe ao titular do direito de preempção contra o terceiro adquirente, salvo em havendo dolo, caso em que alguns autores admitem uma responsabilidade delitual. Tudo quanto lhe resta é haver do obrigado perdas e danos. (...) O pacto de preempção ou preferência não dá lugar à execução compulsória” (*Curso de Direito Civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, 4. ed., p. 317).
- 38 “Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel”.
- 39 “Art. 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel”.
- 40 “Art. 33. O locatário preterido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante as perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de seis meses, a contar do registro do ato no cartório de imóveis, desde que o contrato de locação esteja averbado pelo menos trinta dias antes da alienação junto à matrícula do imóvel.



Parágrafo único. A averbação far-se-á à vista de qualquer das vias do contrato de locação desde que subscrito também por duas testemunhas”.

- 41 “ARTIGO 421º (Eficácia real) 1. *O direito de preferência pode, por convenção das partes, gozar de eficácia real* se, respeitando a bens imóveis, ou a móveis sujeitos a registo, forem observados os requisitos de forma e de publicidade exigidos no artigo 413º. 2. É aplicável neste caso, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 1410º” (grifou-se).
- 42 “ARTIGO 1410º (Acção de preferência) 1. *O comproprietário a quem se não dê conhecimento da venda ou da dação em cumprimento tem o direito de haver para si a quota alienada*, contanto que o requeira dentro do prazo de seis meses, a contar da data em que teve conhecimento dos elementos essenciais da alienação, e deposite o preço devido nos 15 dias seguintes à propositura da acção. 2. O direito de preferência e a respectiva acção não são prejudicados pela modificação ou distrate da alienação, ainda que estes efeitos resultem de confissão ou transacção judicial” (grifou-se).
- 43 “Artigo 3º. Sociedades comerciais e sociedades civis sob forma comercial. 1 - *Estão sujeitos a registo os seguintes factos relativos às sociedades comerciais e sociedades civis sob forma comercial: (...) d)* A promessa de alienação ou de oneração de partes de capital de sociedades em nome colectivo e de sociedades em comandita simples e de quotas de sociedades por quotas, *bem como os pactos de preferência, se tiver sido convencionado atribuir-lhes eficácia real*, e a obrigação de preferência a que, em disposição de última vontade, o testador tenha atribuído igual eficácia” (grifou-se).
- 44 Como acentua a doutrina especializada: “(...) em relação ao regime jurídico do registo, este rege-se segundo o princípio da tipicidade ou do *numerus clausus*. Ou seja, apenas podem ser levados a registo os factos jurídicos que o legislador enumerou de forma taxativa. Ao convencionar-se atribuir eficácia real aos pactos de preferência, estes passam a estar sujeitos a registo nos termos da lei, conforme resulta do disposto na alínea d) do art. 3.º do CRCCom. Uma vez registado, o pacto de preferência com eficácia real passa a ter carácter público, de acordo com o princípio da publicidade, presente nos arts. 1.º, 70.º, 73.º e 74.º do CRCCom. No que toca à produção de efeitos, o registo gera uma presunção de veracidade dos factos, nos termos do art. 11.º do CRCCom, e é uma condição de oponibilidade face a terceiros, de acordo

com o art. 14.º” (Maria João Castanheira Carapinha, *Cláusula de Preferência em Acordo Parassocial*: que tutela para o sócio preferente?, Dissertação de Mestrado, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2015, p. 42).

- 45 “Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede.”

§ 1º. As obrigações ou ônus decorrentes desses acordos somente serão oponíveis a terceiros, depois de averbados nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos”.

- 46 “Art. 118. (...) § 3º. Nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas”.

- 47 Na doutrina clássica: “Este preceito torna certo que o direito de preempção é um direito *pessoal*, isto é, só assegura ao vendedor a indenização por perdas e danos; não torna nula a venda e, portanto, não autoriza a reivindicação, quando o comprador aliene o imóvel, sem ouvir o vendedor (vide o comentário ao art. 1149). (...)” (João Luiz Alves, *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil Anotado*, vol. IV, Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 251).

- 48 Sobre o ponto, assinala a doutrina: O conceito de preferência indica o direito de determinado sujeito de ser preferido a outros na aquisição de determinado objeto, nos casos em que o proprietário pretenda aliená-lo, em igualdade de condições oferecidas pelo terceiro. (...) ocorre que a eventual subscrição de ações por terceiro, estranho ou inocente, em violação à preferência não pode dar lugar a uma tutela persecutória admissível em face desse terceiro: com a consequência que, em caso de violação ao direito de preferência, o sócio terá direito de fazer valer, em confronto com a sociedade e/ou seus administradores, uma tutela do tipo ressarcitória” (tradução nossa). No original: “(...) *il concetto di prelazione sta ad indicare il diritto di un determinato soggetto ad essere preferito ad altri nell’acquisto di un determinato oggetto, per il caso che il proprietario intenda alienarlo, a parità di condizioni offerte dal terzo. (...) comporta che l’eventuale sottoscrizione delle azioni inoptate da parte di un terzo, estraneo o ignaro, non può dar luogo ad una tutela recuperatoria esperibile anche nei confronti di esso terzo: con la conseguenza che in caso di elusione del diritto di prelazione il socio avrà diritto di far valere, nei soli confronti della società e/o degli*

*amministratori, una tutela di tipo risarcitorio*" (Lucio V. Moscarini, Prelazioni. *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Varese: Giuffrè Editore, 1985, pp. 981 e 1011; grifou-se).

- 49 Exemplificativamente, o art. 892, §3º do CPC/2015, determina que no caso de leilão de bem tombado, a União, os Estados e os Municípios terão, nessa ordem, o direito de preferência na arrematação, em igualdade de oferta.
- 50 Sobre a necessidade de observância da forma para a constituição do contrato, cfr. o seguinte julgado: "O fato de a parte ter adquirido veículos (caminhões) e confiado os bens adquiridos para revenda pela própria vendedora, não implica reconhecimento da nulidade da compra e venda celebrada por esta com terceiros, com base em reserva de domínio, dada a ausência de cláusula escrita e com as formalidades essenciais nesse sentido (art. 522, CC)" (TJPR, 17ª CC., Ap. Civ. 1186160-2, Rel. Des. Francisco Jorge, julg. 15.2.2017, publ. DJ. 1.3.2017).
- 51 Na jurisprudência v. TJRJ, 12ª CC., Ap. Civ. 00132340720138190061, Rel. Des. Cherubin Helcias Schwartz Junior, julg. 27.9.2017, publ. DJ 29.9.2017; TJSP, 35ª C. D. Priv., Ap. Civ. 1190306001, Rel. Des. Artur Marques, julg. 25.8.2008, publ. DJ 28.8.2008.
- 52 Sobre a proteção ao terceiro de boa-fé, v. exemplificativamente: "Da análise dos documentos juntados, observa-se no contrato de fls. 10/11 dos autos em apenso e fls. 172/173 dos presentes autos, firmado entre a apelante Manacá e o comprador R. A. P., em 04/02/2005, que tem como objeto o veículo GM Chevrolet, placa GWF-0958, que não obstante conste a reserva de domínio, não há prova de que tal cláusula foi registrada em cartório do domicílio do comprador, conforme determina o artigo supracitado, e, como tal não pode ser oposta contra terceiro de boa-fé. Assim, após a venda deste veículo a terceiro, que, posteriormente o vendeu ao ora apelado, restando em aberto qualquer débito do comprador Rodrigo perante a Manacá, caberá a esta, através de procedimento próprio, cobrá-lo, sem, contudo, pretender a apreensão do veículo com base nos arts. 1.070 e 1.071, ambos do Código de Processo Civil, porque não provado o cumprimento da determinação imposta pelo art. 522 do Código Civil" (TJMG, 16ª CC., Ap. Civ. 10024089548713001, Rel. Des. Batista de Abreu, julg. 15.5.2013, publ. DJ 14.5.2013); "A cláusula de reserva de domínio, para que valha perante terceiros, deve ser estipulada por escrito e depende registro no domicílio do comprador (...) Nota-se que não houve registro

do contrato, mas apenas reconhecimento de firma dos contratantes. Destarte, a aludida cláusula só vale entre o vendedor Junior e o comprador Ricardo, ora embargante, e não perante terceiros. Desta forma, perante terceiros a transferência do bem imóvel se deu mediante a tradição (...). Se o vendedor quisesse fazer valer a aludida cláusula contratual, teria feito o devido registro no domicílio do comprador, ora embargante, o que não foi feito. Feita a compra e venda aos 19/01/11, antes do ajuizamento da ação de execução, aos 28/01/11, presume-se a boa-fé do adquirente, não tendo valor a cláusula de reserva de domínio perante terceiros ante a falta de registro por parte do vendedor” (TJSP, 35ª C. D. Priv., Ap. Civ. 0003647-3920128260242, Rel. Des. Clóvis Castelo, julg. 11.11.2013, publ. DJ 11.11.2013). Ainda: TJRS, 14ª CC., Ap. Civ. 70056912447, Rel. Des. Roberto Sbravati, julg. 21.11.2013, publ DJ 27.11.2013.

- 53 “Art. 129. Estão sujeitos a registro, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos em relação a terceiros: (...) 5º) os contratos de compra e venda em prestações, com reserva de domínio ou não, qualquer que seja a forma de que se revistam, os de alienação ou de promessas de venda referentes a bens móveis e os de alienação fiduciária”.
- 54 Na doutrina especializada: “O art. 129, objeto desse comentário, tem pertinência com a oponibilidade aos terceiros, na forma do caput, preservando a boa-fé do terceiro adquirente, se o contrato de compra e venda não foi assentado no Serviço de Títulos e Documentos” (Walter Ceneviva, *Lei dos Registros Públicos comentada*, São Paulo: Saraiva, 2010, 20ª ed., p. 710, livro digital).
- 55 Na exposição de motivos do CPC de 2015, evidencia-se a intenção do legislador de diminuir a listagem dos Procedimentos Especiais, excluindo muitos dos que eram previstos no CPC/1973 e detinham pouca efetividade prática para incluir novos procedimentos que sejam realmente necessários à ordem jurídica brasileira (Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 19 de fevereiro de 2018).
- 56 “Art. 1.046. (...) § 1º. As disposições da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência deste Código”.

- 57 Sobre o ponto, veja-se elucidativo precedente do STJ: “(...) Por fim, convém salientar que, com a vigência do CPC/2015, essa aparente antinomia entre as regras processuais e o CC/2002 restou superada, pois o novo CPC deixou de regulamentar o procedimento especial da ação de apreensão e depósito. Desse modo, a partir da vigência do CPC/2015, a venda com reserva de domínio encontra disciplina exclusiva no CC/2002, aplicando-se, quando as partes estiverem em Juízo, as regras relativas ao procedimento comum ordinário ou, se for o caso, das normas afetas ao processo de execução” (STJ, 3ª T., REsp. 1629000, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 28.3.2017, publ DJ 4.4.2017).
- 58 Gustavo Tepedino, et al, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, 2ª ed., p. 859
- 59 Darcy Bessone, *Direitos Reais*, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 425.
- 60 Teresa Arruda Alvim Wambier, A tutela específica do art. 466-B como medida processual adequada para fazer valer os efeitos de contrato preliminar de compra e venda de imóvel. *Pareceres*, vol. 1, out. 2012, p. 311.
- 61 “Destarte, a expressão “requisitos essenciais do contrato a ser celebrado” diz respeito aos elementos de existência. Não há, portanto, necessidade de que os elementos de validade desde já se encontrem presentes, ou seja, que os elementos de existência estejam nos termos da lei. Basta que tais elementos existam, ainda que possam não ser válidos”. (Carlyle Popp, Contrato preliminar e tutela específica: requisitos para sua efetividade. In: Renan Lotufo, Giovanni Ettore Nanni e Fernando Rodrigues Martins (coord.), *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 310).
- 62 Sílvio Meira, Os contratos Inominados e sua proteção judicial. O *aestimatum*. *Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*, vol. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 271-278.
- 63 Humberto Theodoro Junior, Do contrato de comissão no Novo Código Civil. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 814, agosto, 2003, pp. 26-43; Flávio Tartuce, *Direito Civil*, vol. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2019, 14. ed., p. 491, livro digital.
- 64 Humberto Theodoro Junior, Do contrato de comissão no Novo Código Civil. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 814, agosto, 2013, pp. 26-43.

- 65 Gustavo Tepedino et al, *Código Civil Interpretado*, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, 2ª ed., p. 208.
- 66 Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 326.
- 67 Anote-se, nesse sentido: Marcelo Terra, Permuta de terreno por área construída. *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 65-86.



## Capítulo II

# DOAÇÃO

SUMÁRIO: 1. Conceito e efeitos essenciais – 2. Promessa de doação – 3. Modalidades de doação – 4. Validade e eficácia da doação – 5. Revogação da doação – Problema prático.

## 1. CONCEITO E EFEITOS ESSENCIAIS

[Função prático-social]

O contrato de doação consiste em negócio jurídico por meio do qual o doador, por liberalidade, se obriga a transferir bens ou vantagens de seu patrimônio ao do donatário, que os aceita (CC, art. 538). A função prático-social do contrato de doação consubstancia-se, portanto, na obrigação de transferência gratuita de bens ou vantagens do patrimônio do doador para o do donatário, que simplesmente anui com a doação.

O Código Civil de 1916 previa, expressamente no art. 1.165, a aceitação do donatário, e a supressão da expressão “que os aceita”, no Código atual, gerou dúvidas sobre se a anuência do donatário configura ou não elemento essencial à perfectibilização do contrato de doação. Parte da doutrina entende que basta o ânimo do doador para que o negócio seja firmado, inserindo-se a aceitação do donatário no plano da eficácia do negócio, e não no de sua



existência.<sup>1</sup> Contudo, essa não parece ser a melhor interpretação. A supressão da expressão veio apenas em razão da consolidação da noção de que a doação é verdadeiro contrato, negócio jurídico bilateral, entendendo o legislador pela desnecessidade da menção explícita sobre o consentimento do donatário.

De fato, a doação, como contrato, necessita do encontro de vontades para se formar, de modo que a aceitação pelo donatário existe e é essencial à sua formação, já que não se pode impor a outrem que incorpore quaisquer bens indesejados em seu patrimônio.

[Negócio unilateral]

O contrato de doação se afigura, pois, bilateral quanto à sua formação, por exigir o consentimento do donatário, o que lhe atribui natureza contratual, embora seja negócio unilateral quanto aos seus efeitos, já que não há contrapartida por parte do donatário à liberalidade recebida. Por isso mesmo, o consenso, posto indispensável, mostra-se pouco valorizado pela ordem jurídica, que dispensa várias vezes a aceitação pelo donatário, como nos casos das doações em favor de incapaz (CC, art. 543), ou na ausência de resposta do donatário no prazo assinalado pelo doador (CC, art. 539); assim como nas doações verbais, em se tratando de quantias de pequeno valor (art. 541, parágrafo único) e nas doações feitas em contemplação de casamento futuro (art. 546, Código Civil).<sup>2</sup>

Por circunscrever-se ao sacrifício econômico do doador, sem contrapartida, a doação é contrato unilateral, vez que cria obrigações para apenas uma das partes, o doador. Nessa direção, eventual encargo atribuído ao donatário terá a natureza jurídica de ônus, isto é, constituirá situação jurídica subjetiva cujo exercício se dá no interesse do próprio titular, que o assume voluntariamente ao aceitar a liberalidade.<sup>3</sup> O ônus não se confunde, assim, com prestação, que pudesse integrar o sinalagma ou caracterizar a corresponsabilidade obrigacional, tratando-se de “situação instrumental para alcançar um resultado útil (interesse) do titular”.<sup>4</sup>

[Negócio gratuito]

Por isso mesmo, a doação consiste em negócio gratuito ou benéfico por excelência, tendo em conta que a transferência patrimonial se verifica sem contraprestação por parte do donatário. Pela mesma ordem de motivo, mostra-se peculiar o elemento formal estabelecido pelo ordenamento para o contrato de doação. A aparente natureza de contrato real, extraída da dicção literal do art. 538, que o define como negócio pelo qual se transferem bens ou vantagens, indica a preocupação do legislador em atribuir, com a transferência, a juridicidade que caracteriza a obrigatoriedade dos pactos, diferenciando-o, a partir daí, da mera cordialidade com que as pessoas, sem compromisso jurídico, programam ou prometem aleatoriamente favores umas às outras.

[Consensual]

Dito diversamente, por um lado, a transferência do bem doado é essencial à concretização da intenção de liberalidade, parecendo, assim, confirmar a opção legislativa por sua natureza real. Por outro lado, contudo, dependendo do valor, cuida-se de contrato formal, para cujo aperfeiçoamento se exige escritura pública ou particular, que o aperfeiçoa, estabelece o consenso e torna o ajuste obrigatório, ainda que não se tenha, naquele momento, transferido o bem (CC, art. 541, *caput*). Essa dinâmica é assegurada pelo elemento formal e atribui à doação natureza consensual, não real.<sup>5</sup>

[Doação verbal]

Além disso, admite-se a doação verbal, comum na vida cotidiana, circunscrita a bens móveis e de pequeno valor<sup>6</sup> e se a tradição se operar imediatamente após a conclusão do contrato (CC, art. 541, parágrafo único), corroborando-se, também por esse aspecto, sua natureza peculiar, em que o contrato se aperfeiçoa não propriamente com a transferência do bem, mas com o consenso que, nessa hipótese, lhe é imediatamente anterior. Esse tratamento legislativo confirma vetusta desconfiança da ordem jurídica, persistente desde os romanos, para com as liberalidades, sendo efetivamente mais

frequente, nas relações privadas, as trocas com contrapartida (*do ut des, do ut facias*).<sup>7</sup>

[Elementos]

[Ato *inter vivos*]

De outra parte, a caracterização do contrato de doação requer a presença de dois elementos: (i) o subjetivo, designado pela expressão latina *animus donandi*, que revela a vontade do doador de transferir bens ou vantagens de seu patrimônio ao donatário por liberalidade; e (ii) o objetivo, referente à diminuição do patrimônio do doador e correspondente enriquecimento do donatário. Diversamente do testamento e do codicilo, que expressam liberalidades *causa mortis*, a doação se realiza por ato *inter vivos*.

[Doação conjuntiva]

Aduza-se, ainda, que a doação poderá contemplar mais de uma pessoa, naquilo que se denomina doação conjuntiva. Nessa hipótese, presume-se que os donatários tenham sido beneficiados com partes iguais do bem doado, salvo disposição em contrário (CC, art. 551). Se os donatários forem marido e mulher, em conjunto, a doação subsistirá em sua totalidade para o cônjuge sobrevivente (CC, art. 551, parágrafo único), a traduzir o direito de acrescer.

## 2. PROMESSA DE DOAÇÃO

[Controvérsia]

Controverte-se em doutrina e jurisprudência acerca da admissibilidade da promessa de doação. Isto porque a gratuidade que caracteriza o contrato de doação se mostra incompatível com a execução forçada de que poderia se valer o donatário na hipótese de descumprimento da promessa. Com efeito, a promessa de doação consistiria em contrato preliminar e, como tal, sujeito à execução

específica na hipótese de recusa do doador em celebrar o negócio definitivo. O ânimo altruísta da doação se revelaria, assim, contraditório com o cumprimento coercitivo da liberalidade. De ordinário, é a celebração do contrato, como antes mencionado, que oferece caráter jurídico à relação não coercitiva no âmbito das quais, muitas vezes, liberalidades são prometidas. Nessa esteira, a maior parte da doutrina<sup>8</sup> e jurisprudência<sup>9</sup> não reconhecem efeitos à promessa de doação, ao argumento de que esta jamais poderia ser executada, sob pena de se transformar a liberalidade em obrigação. Em uma palavra, não se pode impor a liberalidade e, assim, constituir “obrigação de doar”.

[Entendimento majoritário: impossibilidade da promessa de doação]

[Doação com encargo]

Sustenta-se, de outra parte, a possibilidade de promessa de doação apenas nos casos de doação com encargo, vez que o encargo imposto legitimaria o donatário a exigir o cumprimento da prestação por parte do doador.<sup>10</sup> Assim, diversamente das doações puras, em que a promessa de doação conflitaria com o espírito de liberalidade que a anima, nas doações modais, o encargo justificaria a execução forçada, exclusivamente na parcela da liberalidade correspondente ao valor do encargo.<sup>11</sup>

[Promessa de doação em acordo de separação]

Por outro lado, identifica-se o entendimento, consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual se admite a promessa de doação no âmbito de acordo de separação, por traduzir contrapartida às obrigações assumidas de parte a parte.<sup>12</sup> Nessas hipóteses, a rigor, desnaturaliza-se a doação, que se insere em transação cuja complexidade, correspectividade e onerosidade retiram inteiramente a causa gratuita que a caracteriza. Tal foi o entendimento expresso no Enunciado n. 549 da VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em 2013: “A promessa de doação no âmbito da transação constitui obrigação

positiva e perde o caráter de liberalidade previsto no art. 538 do Código Civil”.

[Execução específica ou perdas e danos?]

Verifica-se, ainda, conceituada construção que admite a promessa de doação mesmo na doação pura, afastando, contudo, a execução específica na hipótese de recusa do doador em celebrar a doação definitiva, de sorte que o inadimplemento deflagraria apenas perdas e danos.<sup>13</sup> Tratar-se-ia de responsabilidade extracontratual, abrangida pelo princípio geral do *neminem laedere* (CC, arts. 186 e 927), perfeitamente compatível com o sistema, desde que se demonstrem os elementos do ato ilícito.

Minoritariamente, defende-se a validade da promessa de doação, sujeita à execução específica mediante ação cominatória, a despeito da dificuldade de compatibilizar tal mecanismo coercitivo com a liberalidade indispensável à sua concretização e inerente à causa do contrato.<sup>14</sup>

[Inexigibilidade de promessa de doação]

A despeito de louvável preocupação em enaltecer a eficácia dos pactos e dos ajustes contratuais, mesmo se preliminares, a admissibilidade da promessa de doação, para além de retirar a liberalidade típica que deve animar a celebração desse contrato, mostra-se extremamente injusta com aquele que, mercê de eventual infortúnio econômico, vê-se em dificuldades financeiras, que lhe fazem, por isso mesmo, desistir da liberalidade que, genuinamente, pensava em efetuar e que, em cenário de cordialidade, havia prometido realizar. A desistência, neste caso, é amparada pela ordem jurídica e não pode suscitar execução forçada ou perdas e danos, as quais, de todo modo, sempre serão cabíveis quando presentes os pressupostos do dever de indenizar (CC, art. 186).

### **3. MODALIDADES DE DOAÇÃO**

O contrato de doação contempla quatro modalidades distintas, com relevantes diferenças em suas respectivas disciplinas jurídicas, assim consideradas: (i) pura; (ii) feita em contemplação de merecimento; (iii) remuneratória; e (iv) modal ou com encargo.

[Doação pura]

Considera-se *pura* a doação efetuada sem qualquer motivação ou encargo imposto ao donatário. Cuidando-se de ato de mera liberalidade, o doador não é obrigado a pagar juros moratórios, nem responde pela evicção ou vícios redibitórios (CC, art. 552, *caput*). Também as doações realizadas em contemplação de merecimento, que se destinam a premiar o donatário por sua conduta pregressa, não perdem seu caráter de liberalidade, equiparando-se à disciplina das doações puras. Em contrapartida, as remuneratórias apresentam motivação específica para o ato de liberalidade, associado a serviço prestado pelo donatário, o que as torna parcialmente onerosas, na parcela equivalente ao valor do serviço que se pretende remunerar. Em razão disso, a doação remuneratória, assim como a doação com encargo, não se descaracteriza, recebendo tratamento equivalente à doação pura no excedente ao valor dos serviços prestados ou ao encargo imposto (CC, art. 540). Vale dizer, a identificação objetiva da liberalidade é representada pelo sacrifício patrimonial por parte do doador, sem o qual não se poderia qualificar o negócio como tal. Diante da existência de doações onerosas, em face do sacrifício patrimonial atribuído ao donatário, ainda que sem natureza de corresponsividade, por conta do encargo ou dos serviços prestados, o legislador estipula regime dualista, bifurcando a disciplina jurídica incidente sobre o contrato. Desse modo, até o limite dos serviços prestados ou do encargo imposto, a doação apresenta caráter oneroso e a partir daí assume feição de gratuidade.

[Doação em contemplação de merecimento e remuneratória]

No caso da doação feita em contemplação de merecimento, a doação se realiza em razão de sentimento pessoal de admiração ou em reconhecimento de conduta do donatário, a traduzir prêmio em benefício do donatário. Por isso mesmo, preserva a natureza exclusivamente gratuita. A doação remuneratória, por sua vez, objetiva compensar serviços prestados pelo donatário, cuja execução, contudo, não o tornara credor de prestação exigível em face do doador. O ato de liberalidade revela, assim, gratidão daquele que o pratica. O legislador reconhece o caráter híbrido da doação remuneratória, considerando-a onerosa até o valor dos serviços prestados e a partir daí gratuita, a configurar, no excedente, liberalidade equivalente à doação pura. Por essa razão, admite-se que o doador responda pelos vícios redibitórios e pela evicção até o limite dos serviços prestados (CC, art. 552). Em razão de seu caráter híbrido, que, no entanto, não a desqualifica, preservando-se a sua natureza de contrato gratuito, a doutrina classifica a doação remuneratória como doação imprópria.<sup>15</sup>

[Doação modal ou com encargo]

A *doação modal* ou *com encargo*, a seu turno, caracteriza-se pela imposição de ônus ao donatário, o qual deverá executar prestação em benefício do doador, de terceiro ou da coletividade, mas no interesse próprio na medida em que permite a concretização da doação (CC, art. 553). O ônus assumido pelo doador, embora não configure contraprestação que torne o contrato bilateral ou sinalagmático, é juridicamente exigível e qualifica a doação como onerosa. A onerosidade da doação, como acima aludido, também determina que o doador responda pelos vícios redibitórios e pela evicção.

[Revogação pela inexecução do encargo]

Por se tratar de contrato unilateral, não se admite a resolução do contrato de doação, mas a sua revogação, na hipótese de ingratidão ou de inexecução do encargo, limitadamente ao valor equivalente ao

sacrifício econômico imposto pelo ônus ao donatário. Se o encargo for estipulado em favor do doador, o seu descumprimento ensejará a possibilidade de revogação do valor equivalente ao encargo, com restituição do bem ao patrimônio do doador.<sup>16</sup> Todavia, o doador poderá, a seu critério, pleitear a execução específica do encargo descumprido nas hipóteses em que o doador tenha interesse jurídico na manutenção da doação, ainda que o encargo não consista em obrigação, mas em ônus imposto ao donatário, em consonância com o disposto no art. 553 do Código Civil. De igual sorte, na hipótese em que o encargo existe em favor de terceiro ou do interesse geral, a sua inobservância deflagra o pleito de execução específica ou, ainda, de revogação do valor correspondente ao encargo inexecutado, nos termos do art. 555 do Código Civil, com o retorno do bem ao patrimônio do doador.<sup>17</sup> Se o beneficiário do encargo for a coletividade, o Ministério Público será o órgão legitimado a propor a ação de execução específica ou de resolução se, após a morte do doador, este não a tiver proposto (CC, art. 553, parágrafo único).

#### **4. VALIDADE E EFICÁCIA DA DOAÇÃO**

[Eficácia da doação]

A doação se torna eficaz desde a sua celebração. No caso em que não é dispensada a anuência expressa do donatário, a sua eficácia decorrerá do consenso formado a partir da aceitação pelo donatário. O doador poderá assinalar prazo para que o donatário aceite a liberalidade. Como acima mencionado, caso este, ciente do prazo, nele não se manifeste, presume-se aceita a doação, salvo se se tratar de doação com encargo (CC, art. 539), já que, nesse caso, o donatário poderá não ter interesse em assumir o ônus proposto pelo doador.

[Aceitação pelo donatário]

A aceitação poderá, ainda, se dar de forma expressa ou tácita, quando o donatário pratica atos que demonstram a sua anuência. Se



o doador falecer antes da aceitação pelo donatário, caduca a proposta por ele efetuada.<sup>18</sup> De outra parte, se o donatário falecer antes da aceitação, tornar-se impossível o consenso apto a formar o contrato.

[Dispensa do consentimento do donatário]

Na hipótese em que o donatário não puder expressar o seu consentimento, sendo absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação caso se trate de doação pura. Embora o art. 543 do Código Civil, que regula a matéria, se refira apenas ao absolutamente incapaz, a regra deve ser interpretada finalisticamente no sentido de abranger também os relativamente incapazes ou aqueles que não puderem expressar o seu consentimento. Isto porque, se a *ratio* do dispositivo é favorecer o acréscimo patrimonial do incapaz, considerando-se que na doação pura o benefício econômico objetivamente lhe favorece, a mesma preocupação finalística justifica o favorecimento das liberalidades para os relativamente incapazes e para os portadores de deficiência. Na esteira do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do princípio da dignidade da pessoa humana, busca-se tutelar as pessoas com deficiência da maneira mais ampla possível, a esmorecer a classificação que distinguia as pessoas em absolutamente ou relativamente incapazes. Desse modo, aqueles que não puderem expressar o seu consentimento, ainda que por causa transitória, poderão ser agraciados pela doação independentemente de aceitação, a depender do exame da hipótese concreta. Se, por outro lado, a pessoa maior com deficiência puder exprimir sua vontade, ser-lhe-á exigido o seu consentimento relativamente à doação.<sup>19</sup>

[Doação a nascituro]

Mostra-se válida, ainda, a doação a nascituro, desde que aceita pelo seu representante legal (CC, art. 542). Trata-se de hipótese em que a lei ressalva os direitos do nascituro (CC, art. 2º), o qual, embora não seja dotado de personalidade jurídica, tem seus direitos

resguardados para exercício após o seu nascimento com vida. Como se sabe, a personalidade jurídica se inicia no nascimento com vida, o que não impede de se atribuir ao nascituro ampla proteção legal. Cuida-se da teoria natalista, adotada desenganadamente pelo legislador brasileiro, a qual reconhece a situação de proteção jurídica ao nascituro, diante do valor jurídico que dele emana, identificando-se já a potencialidade de vir a existir futuramente, se houver o nascimento com vida. Desse modo, verificado o nascimento com vida, surge, do ponto de vista técnico-jurídico, a pessoa humana, com direitos e obrigações, ainda que em favor do nascituro já houvesse, durante a gravidez, tutela jurídica.<sup>20-21</sup>

[Doação a prole eventual e em contemplação de casamento futuro]

Admite-se igualmente a doação a prole eventual de nubentes que irão contrair matrimônio, contemplando-se filhos ainda não concebidos, a qual apenas produzirá efeitos se houver o implemento da condição suspensiva referente à realização do casamento e ao seu nascimento com vida. Do mesmo modo, a doação feita em contemplação do casamento futuro pelos nubentes entre si ou por terceiros a um deles ou a ambos apenas produzirá efeitos com a verificação do casamento. Em todos esses casos, que confirmam a mencionada flexibilização do valor atribuído pelo ordenamento à anuência do donatário, presume-se a aceitação com o casamento, exceto se os nubentes declararem, de modo inequívoco, que não aceitam a doação.<sup>22</sup> Na hipótese de doação à prole eventual, os futuros donatários não poderão impugnar o ato de liberalidade por falta de aceitação.

[Doação de ascendentes a descendentes ou de um cônjuge a outro cônjuge]

Mostra-se válida e eficaz a doação de ascendentes a descendentes ou de um cônjuge a outro independentemente de consentimento dos demais herdeiros. Entende-se que tal doação representa adiantamento de legítima, isto é, antecipação da quota

hereditária que cabe ao donatário por força de lei (CC, art. 544). Tais bens, recebidos em vida pelo donatário, deverão ser levados a colação na sucessão do *de cujus* (CC, art. 2.002 e ss.), com vistas a garantir a igualdade entre as legítimas dos herdeiros necessários. Poderá o doador, entretanto, determinar que os bens doados saiam da parte disponível de seu patrimônio, de modo a dispensá-los da colação.

[Critérios para colação]

Diga-se, entre parênteses, que a colação tem por objetivo conferir as liberalidades efetuadas em vida pelo falecido aos seus herdeiros necessários, com a finalidade de garantir a igualdade das legítimas, assegurando-se aos herdeiros idêntica participação econômica no acervo hereditário. Desse modo, ao conferir o valor das doações, deve-se levar em conta essa finalidade, interpretando-se a disciplina legal (CC, art. 2.002 e ss., CPC, art. 639) de modo a garantir a coerência do sistema. Nessa direção, são possíveis os seguintes cenários: (i) se o bem permanece até o óbito em poder do donatário, será trazido à colação pelo valor presente; (ii) se, por outro lado, o bem não mais se encontra no patrimônio do donatário por ter sido consumido, transferido a terceiros gratuitamente ou perecido por culpa do donatário, será calculado por seu valor à época da liberalidade; (iii) em contrapartida, se o bem houver sido alienado onerosamente pelo donatário a terceiro, a colação deverá refletir o valor econômico que o beneficiou, apurado no momento da alienação.<sup>23</sup> Todas essas soluções têm em comum a aferição do real benefício econômico angariado pelo herdeiro, finalidade pretendida pelo legislador com os referidos dispositivos das leis civil e processual civil, garantindo-se, assim, a igualdade entre as legítimas, de modo a evitar o enriquecimento sem causa; bem como a coerência do ordenamento. Sobre tais valores determinados na data da liberalidade ou no ato de alienação onerosa incidirá a correção monetária como forma de atualizar a quantia, impedindo sua corrosão pela inflação.<sup>24</sup>

#### [Doação inoficiosa]

Considera-se inoficiosa ou nula a doação quanto à parte que exceder aquilo que o doador poderia dispor em testamento no momento da liberalidade. Por outras palavras, a doação que ultrapasse a parte disponível do patrimônio do doador, e, portanto, invada a legítima dos herdeiros necessários, será nula no excesso (CC, art. 549). O exame quanto à validade da doação se dará no momento da prática do ato de liberalidade. A doação inoficiosa se sujeitará à redução no inventário, devendo o donatário repor ao monte o excesso auferido. Mostra-se ainda possível, aos herdeiros, propor ação anulatória antes da morte do doador, de modo que o bem doado retorne ao seu patrimônio.

#### [Doação em forma de subvenção periódica]

A doação em forma de subvenção periódica ao beneficiado, isto é, que assume a natureza de constituição de renda a título gratuito, tem sua eficácia limitada temporalmente. Admite-se a produção de efeitos da doação em forma de subvenção periódica até a morte do doador, salvo se este dispuser de modo diverso. Entretanto, a renda não poderá atingir a parcela indisponível do patrimônio do doador, de modo que a eficácia da doação se extinguirá no momento em que se esgotar o seu patrimônio disponível. De todo modo, em qualquer hipótese, essa doação não poderá produzir efeitos após a morte do donatário (CC, art. 545), a evidenciar a sua natureza personalíssima.<sup>25</sup>

#### [Doação universal]

A doação que comprometa a subsistência do doador afigura-se nula (CC, art. 548). Tal circunstância se verifica mediante a chamada doação universal, isto é, que tenha por objeto todos os bens do doador; ou ainda nos casos em que o doador se desfaça de significativa parcela de seu patrimônio, de modo a comprometer o mínimo necessário à sua sobrevivência. Assim, a lei fulmina de nulidade a doação de todos os bens do devedor sem reserva de

parte ou de renda suficiente à sua subsistência, com o escopo de, a um só tempo, garantir a dignidade do doador e assegurar os direitos dos seus credores, que encontram em seu patrimônio a garantia geral do crédito.

#### [Doação de cônjuge adúltero]

A doação de cônjuge adúltero ao seu cúmplice poderá ser anulada pelo outro cônjuge, independentemente do regime de bens, a qualquer tempo no curso do casamento ou no prazo decadencial de até dois anos após dissolvida a sociedade conjugal. A ação anulatória poderá ser intentada pelos herdeiros caso o cônjuge traído tenha falecido.

#### [Doação a entidade futura]

Mostra-se possível a doação a entidade futura, a qual poderá incluir pessoas jurídicas ou entes despersonalizados, como o condomínio. Tal doação caducará se, em 2 (dois) anos, a entidade não estiver regularmente constituída. Extinguem-se, portanto, os efeitos da doação em benefício de entidade futura que não regularize sua situação no prazo de 2 (dois) anos, a contar da doação (CC, art. 554).

#### [Doação com cláusula de reversão]

A doação poderá ser estipulada com cláusula de reversão, isto é, com a determinação de que o bem retorne ao patrimônio do doador caso ocorra o falecimento do donatário (CC, art. 547). A cláusula de reversão opera, assim, como condição resolutiva, extinguindo os efeitos do contrato de doação com a morte do donatário, de sorte a impedir que o bem se transmita aos seus herdeiros ou legatários. Diz-se, nessa direção, que o donatário detém a propriedade resolúvel do bem. Por isso mesmo, não obstante a referida cláusula, mostra-se possível ao donatário transferir o bem a terceiros, gravado com a condição resolutiva, exceto se houver vedação expressa pelo doador. Por se tratar de propriedade resolúvel, o

doador poderá praticar atos de conservação da coisa, que poderá vir a integrar o seu patrimônio caso se opere a condição resolutiva (CC, art. 130). De outra parte, o donatário não responderá pela deterioração decorrente do seu uso normal. Não se admite cláusula de reversão em favor de terceiros (CC, art. 547, parágrafo único).

Como antes registrado, nas doações onerosas, dentre as quais as doações remuneratórias, com encargo e em contemplação de casamento com certa e determinada pessoa, o doador responderá pela evicção e pelos vícios redibitórios, salvo disposição em contrário (CC, art. 552).

## 5. REVOGAÇÃO DA DOAÇÃO

[Regra da irrevogabilidade]

Em regra, a doação mostra-se irrevogável. Excepcionalmente, a doação se sujeitará à revogação nos casos de ingratidão do donatário ou de inexecução do encargo (CC, art. 555).

[Hipóteses de ingratidão do donatário]

Configura-se ingratidão do donatário se (i) atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele; (ii) cometeu contra ele ofensa física; (iii) o injuriou gravemente ou o caluniou, atingindo a honra do doador; ou (iv) recusou ao doador os alimentos de que este necessitava, tendo possibilidade econômica de prestá-los, independentemente da existência de parentes próximos que possam ajudar o doador<sup>26</sup> (CC, art. 557). Tradicionalmente, entende-se que tais hipóteses de ingratidão do donatário afiguram-se exaustivas, a traduzir rol *numerus clausus*. Todavia, excepcionalmente, passou-se a admitir outras hipóteses,<sup>27</sup> como no caso do crime de difamação, em que se imputa a alguém fato ofensivo à sua reputação (CP, art. 139). Entende-se que se a injúria, delito menos grave, autoriza a revogação da doação por ingratidão, por maioria de razão a difamação também deverá permiti-la.<sup>28</sup> Há de se proceder, assim, à flexibilização do rol contido no art. 557 do

Código Civil. Assim, entende-se também ser possível a revogação caso o donatário tenha atuado como mero partícipe do crime, afinal, o que a norma visa a preservar é a lealdade em relação àquele que ofereceu bem em liberalidade, de modo que qualquer participação no delito já enseja a quebra da relação de lealdade e confiança, sendo motivo razoável para promover a revogação.<sup>29</sup>

A revogação da doação por ingratidão também se opera se o ofendido for o cônjuge, ascendente, descendente, ainda que adotivo, ou irmão do doador (CC, art. 558). A norma considera que a ofensa a parentes próximos do doador também consiste em causa de ingratidão.

A revogação por ingratidão assume natureza jurídica de penalidade, punindo-se o donatário que praticou ato que o tornou desmerecedor da liberalidade. Não se exige, para a revogação, a condenação no juízo criminal. Se, por outro lado, o donatário for absolvido no juízo criminal, afasta-se a configuração da ingratidão.<sup>30</sup>

[Renúncia à revogação por ingratidão]

Não é dado ao doador renunciar antecipadamente ao direito de revogar a doação por ingratidão do donatário (CC, art. 556). Todavia, uma vez verificado o fato que enseja a revogação, o doador, ao seu alvedrio, poderá ou não revogar a doação. A proibição contida no art. 556 do Código Civil não abrange a revogação pela inexecução do encargo, que poderá, portanto, ser objeto de renúncia antecipada pelo doador.

[Inexecução do encargo]

A doação poderá, ainda, ser revogada na hipótese de inexecução do encargo pelo donatário. Se houver prazo para o cumprimento do encargo findo o qual o donatário nada faz, incorrerá em mora *ex re*. Por outro lado, se não houver prazo para cumprimento do encargo, o doador poderá notificar judicialmente ou extrajudicialmente o donatário, constituindo-o em mora e assinando-lhe prazo razoável para que o cumpra (CC, art. 562).<sup>31</sup> Em ambos os casos, o contrato

de doação poderá ser revogado se o donatário não corrigir o seu descumprimento, cabendo ainda perdas e danos.<sup>32</sup> Note-se que a lei se refere à mora do donatário no cumprimento do encargo, a denotar o caráter culposo da inexecução.

[Prazo para a ação revocatória]

A revogação da doação por ingratidão ou por inexecução do encargo deverá ser requerida por meio de ação judicial revocatória a ser proposta no prazo decadencial de 1 (um) ano, a contar da data em que o doador, cumulativamente, tomar conhecimento do fato que a autoriza e de sua autoria pelo donatário (CC, art. 559). Trata-se de prazo fatal para exercício de direito potestativo à desconstituição do negócio jurídico, razão pela qual a natureza do prazo é decadencial.

Destaque-se, porém, o entendimento do STJ no sentido de que o prazo decadencial de um ano só é aplicável à revogação por ingratidão. Em relação à inexecução do encargo, a Corte Superior aplica o prazo prescricional geral de 10 anos previsto no art. 205 do Código Civil.<sup>33</sup>

Sendo o prazo para a revogação por ingratidão de natureza decadencial, mesmo que haja ação penal em curso contra o donatário, não há que se falar na aplicação do art. 200 do Código Civil, que prevê que não corre a prescrição antes da sentença penal condenatória quando a ação se originar em fato que deva ser apurado em sede criminal. Isso porque o dispositivo fala explicitamente em prescrição, não se aplicando ao caso em análise, que trata de prazo decadencial, não sujeito a causas suspensivas e interruptivas (CC, art. 207)<sup>34</sup>.

Caso na hipótese de descumprimento do encargo se deseje a tutela específica, será aplicável o prazo prescricional geral do Código Civil de 10 anos, fixado no art. 205.<sup>35</sup>

[Legitimidade para a ação revocatória]

A ação revocatória afigura-se personalíssima, podendo ser proposta apenas pelo doador contra o donatário. Todavia, se,



ajuizada a ação, o doador falece, os seus herdeiros poderão prosseguir na ação. Por outro lado, se o donatário falecer antes da propositura da ação, esta não poderá ser movida em face dos seus herdeiros. Entretanto, se, após o ajuizamento da ação, falecer o donatário, a ação prosseguirá contra os seus herdeiros (CC, art. 560).

Todavia, se a morte não tiver sido imediata e o doador tiver perdoado o donatário, os herdeiros não poderão mover a ação de revogação (CC, art. 561).

#### [Efeitos da revogação por ingratidão]

No que tange aos seus efeitos (CC, art. 563), a revogação da doação por ingratidão, operada por sentença judicial, não pode prejudicar os direitos adquiridos por terceiros relativamente ao bem doado. À guisa de exemplo, se o terceiro tiver adquirido o usufruto do bem doado, esse direito real sobre coisa alheia permanece, ainda que o nu proprietário passe a ser o doador.

De outra parte, o donatário, analogamente ao possuidor de boa-fé, não precisará restituir ao doador os frutos percebidos antes da citação válida na ação revocatória, mas se sujeita a pagar os frutos posteriores, percebidos no curso da ação, além dos frutos que culposamente deixou de perceber, caso ao final reste derrotado na demanda.

#### [Perecimento ou alienação do bem a terceiro]

Uma vez revogada a doação, o donatário é obrigado a restituir a coisa doada, com as benfeitorias que tiver realizado e as deteriorações que a coisa tiver sofrido, não respondendo pelas deteriorações decorrentes do uso normal do bem. Caso o donatário não possa restituir em espécie os bens doados, por terem perecido ou sido alienadas a terceiro, obriga-se a indenizar o doador pela média de seus valores entre a tradição ao donatário e a data de restituição (CC, art. 563).<sup>36</sup>

#### [Doações não sujeitas à revogação por ingratidão]

Tendo em conta a bipartição da disciplina jurídica entre a gratuidade e a onerosidade, as doações puramente remuneratórias não poderão ser revogadas. Assim como aquelas cujo encargo já houver sido cumprido, no valor correspondente ao desembolso efetuado pelo donatário.<sup>37</sup> Do mesmo modo, as que se fizerem em cumprimento de obrigação natural escapam também ao poder revocatório do doador em razão do mesmo princípio norteador da matéria, que impede, nas obrigações naturais, a restituição de indébito. É dizer, a doação, nesse caso, adquire caráter oneroso, sendo utilizada como mecanismo de pagamento cuja restituição não se admite. Contudo, convém sempre repetir, admite-se a revogação por ingratidão na parte em que a doação exceda à remuneração, ao encargo, ou à obrigação natural, convertendo-se em doação pura.<sup>38</sup>

[Princípio da intranscendência da pena]

Finalmente, a doação realizada por força de determinado casamento, não admite a revogação tendo em conta o princípio da intranscendência da pena, que não pode penalizar o nubente que não concorreu para o ato de ingratidão.<sup>39</sup>

## PROBLEMA PRÁTICO

Quais medidas poderão ser tomadas pelo doador diante da inexecução do encargo por parte do donatário? Quais os prazos e as formas de operacionalizar tais medidas?



Acesse o QR Code e assista à aula explicativa sobre este assunto.

> <https://uqr.to/ntj4>

- Vide Casoteca

- 
- 1 Nesse sentido: “Entendemos, com todo o respeito ao posicionamento contrário, que para que o contrato seja válido basta a intenção de doar, ou seja, o ânimo do doador em fazer a liberalidade (*animus donandi*). Dessa forma, a aceitação do donatário está no plano da eficácia desse negócio jurídico e não no plano da sua validade” (Flávio Tartuce, *Direito Civil*, cit., p. 500).
  - 2 A dificuldade em se admitir a natureza contratual da doação, bilateral quanto à sua formação, levou Napoleão Bonaparte, por intervenção pessoal, a inseri-la, nos trabalhos preparatórios do *Code Civil*, no capítulo relativo atos unilaterais de vontade.
  - 3 Pietro Perlingieri assim conceitua ônus: “O ônus consiste na situação passiva na qual o titular deve adotar um comportamento no interesse de outrem e não em seu próprio. O ônus é definido – com expressão conveniente – ‘obrigação potestativa’, no sentido de que o seu titular pode adimpli-lo ou não. Se poderia, com razão, objetar que não é possível falar de obrigação ou de dever deixado à discricionariedade do sujeito obrigado, se falta ao outro sujeito o direito de exigir o adimplemento. Isto não obstante, a definição utilizada ajuda a compreender que existem situações passivas que não vinculam o sujeito titular, o qual, com base na sua própria valoração discricionária, poderá ou não exercitá-lo” (tradução nossa). No original: “L’onere è la situazione passiva nella quale il titolare deve tenere un comportamento nell’interesse non altrui ma proprio. L’onere è definito – con espressione di comodo – “obbligo potestativo”, nel senso che il suo titolare può adempierlo o no. Si potrebbe, a ragione, obiettare che non è possibile discorrere di obbligo o di dovere lasciato alla discrezionalità del soggetto obbligato, sì che manchi in un altro soggetto il diritto di esigere l’adempimento. Ciò nonostante la definizione utilizzata aiuta a comprendere che esistono situazioni passive che non vincolano il soggetto titolare il quale, in base ad una propria valutazione discrezionale, potrà o no esercitarle” (Il diritto civile nella legalità costituzionale: secondo il sistema italo-comunitario delle fonti, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, 3. ed., p. 658). V. tb. Andrea Torrente e Piero Schlesinger, *Manuale di Diritto Privato*, Milano: Giurfrè, 1985, 12. ed., p. 74.
  - 4 Pietro Perlingieri, *Perfis de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 128.

- 5 Sobre a forma como elemento essencial ao contrato de doação (forma *ad solemnitatem*), cfr. a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi: “Cinge-se a controvérsia a decidir a natureza do negócio jurídico celebrado entre a recorrente e sua filha, e se a primeira possui legitimidade e interesse de agir para pleitear, em ação de cobrança, a restituição do valor transferido à segunda. 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 CC/02 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, 3ª T., REsp. 1.225.861, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 22.4.2014, publ. DJ 26.5.2014).
- 6 O conceito de pequeno valor se afigura relativo, devendo-se investigar, no caso concreto, a capacidade econômica do doador. Nessa direção, v. STJ, 3ª T., REsp. 155.240, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julg. 07.11.2000, publ. DJ 05.02.2001; TJSP, 7ª C.D.Priv., Ap. Civ. 4003138-85.2013.8.26.0248, Rel. Des. Miguel Brandi, julg. 19.8.2016, publ. DJ 19.8.2016; TJRS, 8ª C.C., Ap. Civ. 70042601799, Rel. Des. Rui Portanova, julg. 4.8.2011, publ. DJ 10.8.2011.
- 7 Sobre o ponto, v. Ebert Vianna Chamoun, *Direito Civil*: 3º ano, notas das aulas taquigrafadas pela aluna Helena Maranhão, Rio de Janeiro, 1954, p. 46.

- 8 Agostinho Alvim, *Da Doação*, São Paulo: Saraiva, 1972, 2. ed., pp. 42-43; e Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil: Fontes das Obrigações: Contratos*, vol. III, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, 4. ed., p. 347.
- 9 Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, “o pagamento de uma doação jamais pode ser cobrado, executado *nullo iure cogente*, porque deixaria de ser doação para se transformar em obrigação. Liberalidade e coatividade são incompatíveis” (STF, 2ª T., RE 122.054, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. 15.06.1993, publ. DJ 06.08.1993). V. tb. o clássico precedente STF, 1ª T., RE 105.862, Rel. Min. Oscar Corrêa, julg. 30.05.1985, publ. DJ 20.09.1985. Na jurisprudência recente, cfr. TJRS, 19ª C.C., Ap. 70072506108, Rel. Des. Mylene Maria Michel, julg. 22.2.2018, publ. DJ 28.2.2018; TJSP, 21ª C. D. Priv, Ap. Civ. 1002781-86.2016.8.26.0011, Rel. Des. Itamar Gaino, julg. 24.5.2017, publ. DJ 24.5.2017; TJSP, 5ª C. D. Priv., Ap. Civ. 1007113-67.2014.8.26.0302, Rel. Des. Fábio Podestá, julg. 5.5.2017, publ. DJ 5.5.2017; TJSP, 5ª C. D. Priv, Ap. 1029155-72.2015.8.26.0562, Rel. Des. Moreira Viegas, julg. 12.4.2017, publ. DJ 12.4.2017; TJRJ, 8ª C.C., Ap. 00026184720148190025, Rel. Des. Norma Suely Fonseca Quintes, julg. 20.9.2016, publ. DJ 23.9.2016.
- 10 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2016, 20. ed., pp. 233-234.
- 11 No mesmo sentido, assevera Caio Mário da Silva Pereira: “o encargo imposto ao donatário estabelece um dever exigível do doador, legitimando aquele a reclamar o cumprimento da liberalidade que o causou, e, portanto, neste campo restrito, é jurídica e moralmente defensável a promessa de doar” (*Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., p. 234).
- 12 No Recurso Extraordinário n.º 109.097, de relatoria do Ministro Octávio Gallotti, registrou-se que “a obrigação estipulada insere-se no conjunto das demais que integram a transação realizada com a separação consensual e sua execução só poderia ser modificada se ambos os cônjuges anuíssem à dispensa do encargo” (STF, 1ª T., RE 109.097, Rel. Min. Octávio Gallotti, julg. 09.09.1986, publ. DJ 10.10.1986). V. tb. STF, 1ª T., RE 105.862, Rel. Min. Oscar Corrêa, julg. 30.8.1985, publ. DJ 20.9.1985; STJ, 4ª T., AgRg no REsp. 883232, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 19.2.2013, publ. DJ 19.2.2013; STJ, 3ª T., REsp. 297408, Rel. Min. Castro Filho, julg. 29.10.2003, publ. DJ 29.10.2003; TJRJ, 14ª CC., Ap. 00058261820108190045, Rel. Des. Plínio Pinto Coelho Filho, julg. 10.6.2015, publ. DJ 18.6.2015; TJRJ, 14ª CC., Ap.

00618637420108190042, Rel. Des. José Carlos Paes, julg. 15.4.2014, publ. DJ 24.4.2014.

- 13 Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, tomo XLVI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, rev. e atual. Bruno Miragem, p. 281 e ss. e Silvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: contratos em espécie*, São Paulo: Atlas, 2003, 4. ed., pp. 134-135.
- 14 Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil: direito das obrigações*: 2ª parte, vol. 5, São Paulo: Saraiva, 2007, 35. ed., pp. 138-139; Paulo Luiz Netto Lôbo, *Direito Civil: Contratos*, São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 289-290; Arnaldo Rizzardo, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, 6. ed., pp. 451-453; Arnaldo Wald, *Obrigações e Contratos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 339 e Marco Aurélio de Sá Viana, *Curso de Direito Civil*, vol. 5, Belo Horizonte: DelRey, 1996, p. 261; Maria Celina Bodin de Moraes, Notas sobre a Promessa de Doação. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 24, out./dez., 2005, pp. 3-22.
- 15 “As doações remuneratórias constituem o caso mais importante das doações impróprias. Dizem-se tais as que são *feitas*, não tanto pelo espírito da liberalidade, como pela necessidade moral de compensar determinados serviços recebidos pelo doador (*ob benemérita, ob causam praeteritam*)” (Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, 4. ed., p. 366).
- 16 Como esclarece Pontes de Miranda a revogação não se confunde com a resolução, própria dos contratos bilaterais ou sinalagmáticos: “Temos insistido em definir revogação para que se atenda a que se parte do mundo fáctico e se retira a voz. Tudo se passa como se se derrubasse a construção por se puxar para fora o que a sustenta. O que se revoga é a manifestação de vontade; a desconstituição do negócio jurídico é consequência. Revoga-se a manifestação de vontade que iria servir à conclusão do negócio jurídico (a oferta, Código Civil, arts. 1.080 e 1.081, IV; a aceitação, arts. 1.085 e 1.086, 1), como se revoga a manifestação de vontade que entra no mundo jurídico como negócio jurídico unilateral. Há, também, as revogações de manifestações de vontade que já compuseram negócios jurídicos, bilaterais e, até, plurilaterais. (...) A revogação pode referir-se ao negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, ou ao negócio jurídico bilateralizável ou plurilateralizável, como ao negócio jurídico unilateral. A resolução e a rescisão somente ocorrem quanto a negócios jurídicos bilaterais ou

plurilaterais” (*Tratado de Direito Privado*, tomo XXXVIII, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, atual. por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, pp. 447-448).

- 17 Sobre a possibilidade de resolução da doação, em razão do descumprimento do encargo, na qual o donatário consiste em ente público, cfr. STJ, 2ª T., REsp. 1.565.239/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 5.12.2017, publ. DJ 19.12.2017.
- 18 Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua*, vol. IV, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958, 11. ed., p. 266. Em sentido contrário, Caio Mário da Silva Pereira sustenta que a morte do doador não impedirá a conclusão do contrato a partir da aceitação pelo donatário (*Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit, p. 227).
- 19 Em contrapartida, parte da doutrina entende que, com a extinção da categoria do maior incapaz, o consentimento da pessoa com deficiência em relação à doação mostra-se essencial. Desse modo, se a pessoa com deficiência não puder expressar sua vontade, a doação não ocorrerá, salvo se, no caso concreto, o juiz entender que a doação lhe é benéfica. V., sobre o ponto Ivan Gustavo Junior Santos Trindade: *Os reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei N. 13.146/15) no sistema brasileiro de incapacidade civil*, Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, 2016, p. 92. Thiago Rosa Soares, A capacidade de fato das pessoas com deficiência. In: *Consultoria Legislativa*, Brasília: Câmara dos Deputados, 2015, p. 17.
- 20 Na lição clássica de San Tiago Dantas: “antes do nascimento a posição do nascituro não é, de modo algum, a de um titular de direitos subjetivos; é uma situação de mera proteção jurídica (...). Desde o momento em que o recém-nascido teve respiração pulmonar, está feita a prova de ter tido vida. Se ele não teve respiração pulmonar, se não conheceu outro veículo respiratório senão aquele que a distribuição do sangue materno lhe dava, então ele não viveu, é um natimorto, a sua personalidade não chegou a se formar” (*Programa de Direito Civil: teoria geral*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, 3. ed., pp. 134-135).
- 21 Destaque-se, nesse ponto, a Lei nº 11.804 de 2008, que instituiu os alimentos gravídicos e disciplinou o exercício desse direito, elevando a posição da proteção ao nascituro no ordenamento jurídico brasileiro

- 22 Na palavra de J. M. de Carvalho Santos: “O Código presume a aceitação, que enxerga implícita no fato do casamento, em cuja contemplação foi feita. Mas é preciso entender em termos o que aí fica dito. Embora não exija a prova de aceitação, não impõe o Código a obrigação do donatário aceitar a doação, podendo este perfeitamente declarar que não a aceita, o que se poderá verificar na hipótese da doação feita por terceiro a um ou a ambos os nubentes” (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XVI, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, 9. ed., p. 376).
- 23 Em outra sede, v. Gustavo Tepedino, A colação e o critério de apuração do valor das liberalidades. In: *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, vol. 21, 2019, pp. 11-13. Na jurisprudência, cfr. os seguintes precedentes que consideram o valor da alienação como critério para a colação de bens alienados pelo herdeiro donatário a terceiro: STJ, 3ª T., REsp 10428, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julg. 9.12.1991, publ. DJ 26.9.1962; TJPR, 12ª CC, Ap. Cív. 415333-5, Rel. Des. José Cichocki Neto, julg. 5.11.2008, publ. DJ 21.11.2008.
- 24 Sobre o tema, cfr. os seguintes enunciados interpretativos n.ºs 119 e 644 aprovados, respectivamente, na I (2002) e VIII (2018) Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “119. Para evitar o enriquecimento sem causa, a colação se fará com base no valor da época da doação, nos termos do *caput* do art. 2.004, exclusivamente na hipótese em que o bem doado não mais pertença ao patrimônio do donatário. Se, ao contrário, o bem ainda integrar seu patrimônio, a colação se dará com base no valor do bem na época da abertura da sucessão, nos termos do art. 1.014 do CPC, de modo a preservar a quantia que efetivamente integrará a legítima quando esta se constituiu, ou seja, na data do óbito (resultado da interpretação sistemática do art. 2.004 e seus parágrafos, juntamente com os arts. 1.832 e 884 do Código Civil)”; “644. Os arts. 2.003 e 2.004 do Código Civil e o art. 639 do CPC devem ser interpretados de modo a garantir a igualdade das legítimas e a coerência do ordenamento; O bem doado, em adiantamento de legítima, será colacionado de acordo com seu valor atual na data da abertura da sucessão, se ainda integrar o patrimônio do donatário; Se o donatário já não possuir o bem doado, este será colacionado pelo valor do tempo de sua alienação, atualizado monetariamente”.
- 25 Acerca do caráter personalíssimo da doação na forma de subvenção periódica, v., Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do*



*Brasil*, edição histórica, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975, p. 274.

- 26 Caio Mário, por sua vez, ao enumerar os requisitos para que se configure a ingratidão nessa hipótese, inclui a ausência de parentes próximos do doador que pudessem ajudá-lo (*Instituições de Direito Civil*, v. III, cit., p. 242).
- 27 O Enunciado n. 33, elaborado na I Jornada de Direito Civil (2002), propõe a flexibilização do rol apresentado pelo art. 557, admitindo-se, em caráter excepcional, outras hipóteses de revogação por ingratidão: “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”.
- 28 Nessa esteira, cfr. STJ, AgRg. no AREsp. 285058, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 4.6.2013, DJ 18.6.2013. Nos tribunais estaduais: “Corroborar essa hipótese o fato de que novamente não foi incluída a difamação entre as causas autorizadoras da revogação, omissão tão criticada na vigência do velho Código. Se a injúria, delito menos grave do que a difamação, autoriza a revogação, por maioria de razões deve esta igualmente autorizar tal desfecho. Assim, em vez do legislador corrigir essa falha, alterou a redação do *caput*, tornando o rol exemplificativo” (TJRS, 19ª CC., Ap. 70049412000, Rel. Des. Eugênio Facchini Neto, julg. 23.10.2012, DJ 3.12.2012).
- 29 Nesse sentido: Nelson Rosendal. In: Cezar Peluso (coord.), *Código Civil Comentado*, Barueri: Manole, 2018, 12ª ed., p. 585.
- 30 No sentido do texto, Clovis Bevilacqua, *Código Civil*, cit., p. 283; e Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, cit., p. 241. Em sentido contrário, Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, cit., pp. 442-443.
- 31 O STJ já definiu ser possível a utilização de notificação extrajudicial para a constituição em mora do donatário e a fixação de prazo para a execução do encargo: “Controvérsia acerca da correta interpretação do art. 562 do Código Civil, notadamente a possibilidade da utilização da notificação extrajudicial para constituir em mora o donatário acerca do descumprimento do encargo no contrato de doação modal em que não há previsão de prazo para o cumprimento da obrigação. 2. A inexecução do encargo assumido pelo donatário em face do doador como condição para a celebração da doação onerosa poderá ensejar a sua revogação. 3. Não previsto prazo determinado para o cumprimento da contraprestação, o doador, mediante notificação judicial ou extrajudicial,

na forma do art. 397 do CCB, pode constituir em mora o donatário, fixando-lhe prazo para a execução do encargo, e, restando este inerte, ter-se-á por revogada a doação” (STJ, 3ª T., REsp. 1622377, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 11.12.2018, publ. DJ 14.2.2018).

- 32 Nessa direção, sublinha a doutrina especializada: José Eduardo Rocha Frota, Ação Revocatória da doação. Revista de Processo, vol. 19, jul./set., 1980, pp. 67-97. Roberto Wagner Marquesi, A doação modal no Código Reale. *Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos*, vol. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 483-496.
- 33 “Conforme a jurisprudência desta Corte vigente desde o Código Civil de 1916, as hipóteses de revogação da doação com prazo anual são apenas aquelas por ingratidão. Nos casos de inexecução de encargos, aplica-se o prazo prescricional geral” (STJ, 2ª T., REsp. 1613414, Rel. Min. Og Fernandes, julg. 19.4.2018, publ. DJ 25.4.2018). Destaque-se que, na ocasião da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, foi elaborada proposta de enunciado por Paulo de Tarso Sanseverino (então desembargador do TJRS e hoje Ministro do STJ) contendo esse entendimento: “O prazo para revogação da doação por descumprimento do encargo é de dez (10) anos no novo Código Civil, não se aplicando o disposto no art. 559”. Tal proposta, contudo, não foi acolhida.
- 34 “Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição”.
- 35 “Frise-se que o prazo decadencial de um ano será determinante para a resolução contratual, com extinção da relação contratual. Todavia, caso deseje o doador a tutela específica da obrigação de dar ou fazer, há que adotar o prazo prescricional de dez anos para o exercício da pretensão condenatória (art. 205 do CC)” (Nelson Rosendal. In: Cezar Peluso (coord.), *Código Civil Comentado*, Barueri: Manole, 2018, 12ª ed., p. 585).
- 36 Nessa direção, Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, cit., p. 287.
- 37 Na jurisprudência: “O art. 1.181, do Código Civil de 1916, que rege a questão, disciplina que além dos casos comuns a todos os contratos, a doação também se revoga por ingratidão do donatário, o que não é a hipótese em exame; quando onerosa, entretanto, pode vir revogada por inexecução do encargo, desde que o donatário incorra em mora. O

Código Civil em vigor traz o mesmo princípio, quando em seu art. 555, estabelece que a doação pode ser revogada por ingratidão do donatário ou por inexecução do encargo. Portanto, o que se tem é que a doação alcançou o seu fim, porque onerosa, não podendo vir mais revogada como, equivocadamente, o foi pelo documento de fls.21/23 que sustenta a ação indenizatória. O aparelho hospitalar objeto da doação, cumprido o encargo, com a compra ficou na posse da donatária” (TJSP, 10ª C. D. Priv., Ap. Civ. 90486217520008260000, Rel. Des. Octavio Helene, julg. 27.4.2010, publ. DJ 21.5.2010); “Na doação do tipo modal ou doação com encargo, cumprido o encargo a que se sujeitou o donatário, aperfeiçoa-se o ato” (TJES, 4ª CC., Ap. Civ. 00003095420128080017, Rel. Des. Robson Luiz Albanez, julg. 19.10.2015, publ. DJ 27.10.2015); “Ementa – Apelação cível – Ação de revogação de doação – Lote doado pelo município através de termo de concessão de direito real de uso – Demora no cumprimento da obrigação por problemas de saúde – Encargo cumprido – Princípio da razoabilidade – Recurso desprovido. Não se mostra razoável penalizar uma família com poucos recursos em virtude da demora na habitação do bem quando este, além de ser o único da prole, não pode ser habitado em face da hipossuficiência dos mutuários, que sequer tinham um meio de transporte adequado para a realização da mudança, além dos problemas de saúde vivenciados pelo casal, situação devidamente comprovada nos autos” (TJMS, 3ª CC., Ap. Civ. 0802885-68.2015.8.12.0017, Rel. Des. Eduardo Machado Rocha, julg. 26.4.2016, publ. DJ. 27.4.2016).

38 Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, cit., p. 461.

39 Na doutrina especializada: “Ora, a intenção é que seja para determinado casamento e em este se realizando a condição foi satisfeita, não será justo agora que o casal e os filhos destes sejam surpreendidos com uma diminuição do patrimônio, pois a verdade é que, se houve ingratidão por parte de um dos cônjuges, não será justo que o outro e os filhos sofram com isto, aliás, foi conquista dos tempos, que a pena não passa da pessoa do culpado. Por isso, são irrevogáveis, quer as doações feitas pelos esposos entre si, quer as feitas por terceiros aos esposos” (José Eduardo da Rocha Frota, *Ação Revocatória de Doação. Revista de Processo*, vol.19, jul./set., São Paulo: Thompson Reuters, 1980, pp. 67-97).



**LOCAÇÃO DE COISAS.  
LEI DO INQUILINATO: GENERALIDADES.  
LEASING OU ARRENDAMENTO MERCANTIL**

SUMÁRIO: LOCAÇÃO DE COISAS – 1. Âmbito de incidência – 2. Conceito e efeitos essenciais – 3. Obrigações e direitos do locador – 4. Obrigações e direitos do locatário – LEI DO INQUILINATO: GENERALIDADES – 5. Modalidades de locação – 6. Direitos e deveres do locador e do locatário – 7. Direito de preferência – 8. Extinção do contrato de locação – 9. Os impactos da pandemia do novo coronavírus nos contratos de locação. LEASING OU ARRENDAMENTO MERCANTIL – 10. Conceito – 11. Modalidades – 12. O pagamento do Valor Residual Garantido e a (des)caracterização do *leasing* – Problema prático.

## **LOCAÇÃO DE COISAS**

### **1. ÂMBITO DE INCIDÊNCIA**

[Aplicação das regras do Código Civil]

A locação de coisas, prevista nos arts. 565 a 578 do Código Civil, tem seu âmbito de incidência definido segundo o bem objeto da locação. Assim, encontram-se regidos pelo Código Civil a locação de bens móveis, de espaços destinados à publicidade e de imóveis localizados em apart-hotéis, hotéis-residência ou equiparados, que

prestam serviços regulares a seus usuários. Nessa direção, a Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991, denominada Lei do Inquilinato (Lei n.º 8.245/91), excluiu de sua disciplina os apart-hotéis, hotéis-residência ou equiparados cuja a administração oferece uma série de serviços, tais como telefonia, lavanderia, restaurante e serviço de quarto, entre outros, ao passo que a locação realizada diretamente pelo proprietário se submete ao seu regime especial (art. 1º, par. único, “a”, 4).<sup>1</sup> Insere-se, ainda, na disciplina da locação de coisas do Código Civil, o contrato de aluguel de vaga de garagem ou espaço para estacionamento de veículos.

[CDC]

Em se tratando de relação de consumo, a disciplina aplicável obedecerá, no que couber, às normas do Código de Defesa do Consumidor, hipótese que se revela comum nos casos de locação de automóveis, livros e também na prática contemporânea de locação de bicicletas e patinetes via aplicativo.

[Aplicação da Lei do Inquilinato]

De outro lado, a Lei do Inquilinato objetiva disciplinar a locação de bem imóvel urbano em geral, incluindo-se estabelecimentos comerciais e *shopping-centers*, excluindo de sua normativa apenas os imóveis urbanos que se enquadrem no parágrafo único do art. 1º.<sup>2</sup> A Lei do Inquilinato, que sucedeu diversos diplomas legislativos, ora mais liberais, ora mais intervencionistas, como o Decreto nº 4.403, de 22 de dezembro de 1921, posteriormente modificado pelo Decreto nº 4.624, de 28 de dezembro de 1922; e a Lei nº 6.649, de 16 de maio de 1979, demonstra a preocupação do legislador na regulamentação da matéria, tendo em conta que os contratos de locação por ela regidos se destinam a promover valores constitucionais, como a moradia, o trabalho e, conseqüentemente, a dignidade humana.

[Leis especiais]

De outra parte, encontram-se regidos por leis especiais o arrendamento mercantil (ou *leasing*), regulado pela Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974; a locação de bens públicos (Dec.-Lei 9.760/1946); e a locação do imóvel rural, à qual se aplicam preferencialmente as normas da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, o chamado Estatuto da Terra.

## 2. CONCEITO E EFEITOS ESSENCIAIS

[Conceito]

A locação de coisas consiste no negócio jurídico por meio do qual o locador, também denominado senhorio ou arrendador, se obriga a ceder ao locatário, inquilino ou arrendatário, por prazo determinado ou indeterminado, o uso e gozo de bem infungível, mediante o pagamento de determinada remuneração (CC, art. 565).

Diversamente da locação de serviços e da locação de obra, que deram origem, respectivamente, ao contrato de prestação de serviços e de empreitada, os quais têm por objeto um *facere*, a locação de coisas tem ênfase no dar, isto é, na entrega material de bem móvel ou imóvel, de caráter infungível.

[Consentimento]

Consistem em elementos essenciais do contrato de locação (i) o consentimento; (ii) a coisa; e (iii) o preço. O *consentimento*, manifestado por pessoa capaz, poderá ser expresso ou tácito, inexistindo forma exigida por lei. Em contrapartida, nos contratos de locação regidos pela Lei nº 8.245/91, exige-se a vênua conjugal, exceto para o regime de separação absoluta, para contratos celebrados por prazo igual ou superior a 10 (dez) anos (art. 3º).

O contrato de locação classifica-se como consensual, de sorte a se aperfeiçoar com a simples manifestação de vontade. A tradição da coisa afigura-se, assim, efeito do contrato já perfeito e acabado, a traduzir a execução do negócio. O acordo de vontades poderá ser

celebrado por escrito, por meio de instrumento público ou particular, ou verbalmente.

[Bem infungível]

O bem objeto da locação deverá ser infungível, não podendo, portanto, ser substituído por outro de mesma espécie, qualidade e quantidade (CC, art. 85). Tal infungibilidade poderá decorrer da vontade das partes. Note-se que a natureza fungível do bem desnaturizaria o contrato de locação em mútuo, que tem por objeto bem fungível e que, assim como na locação (CC, art. 569, IV), deverá ser restituído ao mutuante no fim do prazo contratual (CC, art. 586). O bem objeto da locação, cujo uso e gozo é objeto de transferência, poderá ser móvel ou imóvel, atual ou futuro, determinado ou determinável. Além disso, a coisa poderá ser corpórea ou incorpórea, a exemplo das marcas e patentes que, nos termos do art. 5º da Lei 9.279/96, são considerados bens móveis e, como tais, suscetíveis de serem objeto de locação.<sup>3</sup>

[Transferência da posse direta]

Ressalte-se que o contrato de locação transfere ao locatário as faculdades de uso e gozo sobre o bem, isto é, a sua posse direta, inexistindo transferência do poder de disposição, inerente à propriedade. A transmissão da faculdade de disposição desnaturizaria a locação em compra e venda. Assim, o locador poderá figurar como mero possuidor do bem, não se lhe exigindo que seja proprietário. De outra parte, em determinadas situações, o proprietário não poderá dar a coisa em locação, como ocorre em relação aos bens em condomínio, em que o consentimento de todos os condôminos se afigura essencial à locação (CC, art. 1.314).

[Preço certo, determinado ou determinável]

Ao lado do consentimento e da coisa, o preço consiste em elemento essencial à locação, a denotar o seu caráter oneroso. A onerosidade que caracteriza a locação a diferencia do comodato,



que traduz o empréstimo gratuito de bens infungíveis. O preço, também denominado renda ou aluguel, pode ser em pecúnia ou se efetivar mediante a entrega de bens, como os frutos da própria coisa.<sup>4</sup> Vale dizer: nas locações regidas pelo Código Civil, não se exige que o preço ou a contraprestação pela transferência da posse seja em dinheiro. Em contrapartida, nas locações disciplinadas pela Lei do Inquilinato, a remuneração em pecúnia revela-se essencial.

Sublinhe-se que o preço pode ser certo e determinado ou determinável, segundo os critérios estabelecidos pelos contratantes. Imagine-se, por exemplo, o aluguel de estacionamento de veículos determinado mensalmente segundo as receitas obtidas com o uso do bem. Mostra-se possível, ainda, a determinação do aluguel de acordo com ato governamental (v.g. aluguel de táxis), por arbitramento administrativo ou judicial (como admitido em casos de locação predial urbana), ou mediante concorrência pública, nos casos de bens pertencentes à União (Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, art. 95, parágrafo único<sup>5</sup>).

[Contrato temporário]

De outra parte, o contrato de locação afigura-se temporário, produzindo efeitos por determinado lapso temporal. O prazo poderá ser determinado, sujeito a termo – certo ou incerto –, ou indeterminado. Nos contratos de prazo determinado, sobrevivendo o termo, o contrato se extingue de pleno direito, independentemente de notificação ou aviso (CC, art. 573). Já nos contratos de prazo indeterminado, caberá denúncia vazia por qualquer dos contratantes, desde que precedida de notificação prévia ao locatário que lhe conceda prazo razoável para a devolução do bem.

[Prorrogação do contrato a prazo indeterminado]

Nos contratos de prazo determinado, vencido o prazo, caso o locatário permaneça na posse da coisa sem oposição do locador, ocorre a prorrogação legal (ou tácita) do contrato, que passa a vigor por prazo indeterminado (CC, art. 574). A posse do locatário deverá

se manifestar por atos inequívocos, a demonstrar sua intenção de permanecer com o bem, tais como a atuação com zelo de dono e o emprego da coisa segundo a finalidade contratada. De outra parte, para que haja a prorrogação, o locador não poderá se opor a essa posse prolongada pelo locatário. Se o locador contesta ou se opõe à continuação desta posse, não ocorre a prorrogação. Tal oposição poderá ser expressa ou tácita, devendo, contudo, ser inequívoca. A recusa do locador em receber o aluguel, por exemplo, poderá ser considerada, no caso concreto, como apta a demonstrar a oposição à prorrogação do contrato.<sup>6</sup> Por outro lado, não haverá a referida prorrogação caso exista previsão contratual expressa proibindo-a. Ao contrário da lei especial, que estabelece o prazo de 30 (trinta) dias para que a posse, pelo locatário, sem oposição do locador, prorrogue o contrato, tornando-o por prazo indeterminado (art. 46, § 1º,<sup>7</sup> Lei 8.245/91), o Código Civil não dispõe a respeito desse prazo. Em muitos casos, o contrato regulará a matéria. Na ausência de previsão contratual, há quem admita a aplicação analógica do art. 46, § 1º, Lei 8.245/91.<sup>8</sup> Todavia, à falta de previsão no Código Civil, e omissa o contrato, uma vez transcorrido o prazo, este prorroga-se automaticamente. Observados os pressupostos de permanência do locatário na posse do bem e não oposição do locador, o contrato se manterá em vigor por prazo indeterminado nas mesmas condições pactuadas.

[Garantias contratuais]

Com relação às garantias contratuais, indaga-se se tais garantias se mantêm nas hipóteses de prorrogação do contrato por prazo indeterminado ou mesmo por prazo determinado, mediante aditamento contratual. No âmbito da Lei do Inquilinato, o art. 39, com a nova redação dada pela Lei 12.112/2009, estabeleceu 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”. A partir deste dispositivo, o Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento de que, nos contratos celebrados após a alteração

legislativa, os fiadores permanecerão obrigados até a efetiva entrega das chaves, mesmo se não anuírem expressamente com a prorrogação, salvo se houver disposição contratual no sentido de exonerar os fiadores. Entretanto, ressaltou o STJ que, durante essa prorrogação, mantém-se “a faculdade de o fiador de, no período de prorrogação contratual, exonerar-se da obrigação”.<sup>9</sup> Por outro lado, nos contratos anteriores à modificação do art. 39, admite-se a prorrogação da garantia somente se expressamente prevista no contrato.<sup>10</sup> A manutenção da responsabilidade do fiador em caso de prorrogação do contrato não impõe, contudo, sua vinculação a valores a maior estipulados em aditivo contratual com o qual não concordou, conforme o enunciado da Súmula 214, STJ, segundo a qual, “o fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu”. Embora a solução refira-se às locações regidas pela Lei n.º 8.245/91, o STJ admitiu a interpretação extensiva do art. 39 a outros contratos com garantia fidejussória.<sup>11</sup>

[Contrato de longa duração]

Por ter sua execução diferida no tempo, o contrato de locação qualifica-se como contrato de longa duração, sujeitando-se, assim, à revisão ou resolução em decorrência da teoria da excessiva onerosidade (CC, arts. 478 e ss.), uma vez demonstrados os seus pressupostos de incidência.

[Caráter não personalíssimo]

O contrato de locação não se mostra personalíssimo, exceto se convencionado diversamente pelas partes. Em consequência, admite-se a cessão e a sublocação do bem. A cessão representa a transferência de posição contratual, de modo que o cedente cede seus direitos e obrigações no contrato ao cessionário, que o substitui na relação contratual. Afirma-se, ao propósito, que a cessão, pelo locatário, requer o consentimento expresso do locador.<sup>12</sup> Por outro lado, na sublocação, o locatário transfere o uso e gozo do bem locado a terceiro, mas não se desliga da relação contratual,

permanecendo vinculado ao locador, com todos os seus direitos e deveres. Não há, portanto, relação jurídica entre locador e sublocatário, que se vincula diretamente ao sublocador, excetuado o disposto no art. 16,<sup>13</sup> Lei 8.245/1991. Cuidando-se de contrato acessório, a extinção do contrato principal de locação acarreta invariavelmente a extinção da sublocação.<sup>14</sup> Ao contrário da cessão, admite-se, em regra, a sublocação, salvo se as partes tiverem disposto em contrário.

[Sucessão *causa mortis*]

A corroborar o caráter não personalíssimo do contrato de locação, o art. 577 do Código Civil determina a sucessão, pelos herdeiros, no contrato de locação, na hipótese de falecimento do locador ou do locatário. Assumem os herdeiros, portanto, todas as obrigações contratuais, podendo, de igual modo, exigir todos os direitos decorrentes do contrato de locação.

[Sucessão *inter vivos*]

Hipótese distinta se refere à sucessão *inter vivos* no contrato de locação. Caso o imóvel seja alienado e esteja em vigor contrato de locação por prazo determinado, o adquirente não estará obrigado a respeitá-lo, salvo se contiver cláusula de vigência no caso de alienação registrada no registro competente (CC, art. 576).

[Cláusula de vigência em caso de alienação]

Com efeito, pelo princípio da relatividade dos pactos, o contrato produz efeitos apenas *inter partes*, não podendo atingir terceiros – *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*. Por isso mesmo, não se poderia opor a terceiro adquirente do imóvel o contrato de locação firmado pelo proprietário anterior. Entretanto, o contrato de locação será oponível ao terceiro adquirente se nele constar cláusula de vigência em caso de alienação, que determine o respeito ao contrato em curso, levada a registro no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do locador, na hipótese de bem

móvel; ou no Registro Geral de Imóveis da respectiva circunscrição, em caso de bem imóvel (CC, art. 576, §1º).<sup>15</sup> Objetiva-se, por meio da previsão da cláusula de vigência, conferir estabilidade às locações.

O registro do contrato com a cláusula de vigência em caso de alienação cria a presunção de que o adquirente tem ciência quanto à existência do contrato de locação e com ele anui ao adquirir a propriedade do bem locado, obrigando-se, assim, a respeitá-lo. A alienação poderá se referir não apenas à compra e venda, mas também às hipóteses de permuta, doação, legado, estabelecimento de usufruto, dentre outras.<sup>16</sup>

Por outro lado, se o contrato de locação não contiver cláusula de vigência na hipótese de alienação, o adquirente terá a faculdade de optar entre dar continuidade ao contrato ou denunciá-lo. Na hipótese de bens imóveis, se o adquirente pretender extinguir o contrato de locação, deverá notificar o locatário atribuindo-lhe o prazo de 90 (noventa) dias para a entrega do imóvel (CC, art. 576, § 2º).

Diversamente da Lei do Inquilinato, o Código Civil não prevê o prazo para que o adquirente denuncie o contrato de locação. Mostra-se razoável aplicar a norma contida no art. 8º, § 2º,<sup>17</sup> da Lei n.º

8.245/91, aos contratos de locação regidos pelo Código Civil, entendendo-se que o adquirente deverá denunciar o contrato em 90 (noventa) dias a contar do registro da alienação, sendo certo que o decurso do prazo sem a denúncia importará concordância com a sua manutenção. Em contrapartida, em caso de bens móveis, se o adquirente resolver extinguir o contrato de locação, a notificação dirigida ao locatário deverá prever prazo razoável para a restituição do bem.

[Sub-rogação]

De outra parte, se o adquirente optar por prosseguir no contrato de locação, passará a ocupar a mesma posição do antigo proprietário, o alienante ou locador originário, operando-se a sub-rogação.

Em relação às benfeitorias realizadas pelo locatário, segundo o enunciado da Súmula 158<sup>18</sup> do Supremo Tribunal Federal, o adquirente não terá que ressarcí-las, salvo se houver previsão neste sentido averbada no registro imobiliário.

### **3. OBRIGAÇÕES E DIREITOS DO LOCADOR**

Consistem em obrigações essenciais do locador: (i) a entrega, ao locatário, da coisa objeto da locação, com suas pertenças, em estado que assegure o seu uso e gozo de acordo com a finalidade a que se destina; e (ii) a garantia do uso pacífico da coisa pelo tempo de duração do contrato (CC, art. 566).

[Pertenças]

O locador deverá entregar a coisa com suas pertenças, por expressa determinação do art. 566 do Código Civil, as quais se destinam, de modo duradouro, ao uso, serviço ou aformoseamento do bem locado, embora dele não constituam parte integrante (CC, art. 93). Em regra, os negócios jurídicos acerca do bem principal não incluem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei – tal como ocorre nesta hipótese –, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso (CC, art. 94). As pertenças servem, assim, a manter a coisa locada, na dicção legal, em “estado de servir”, isto é, de modo a preservar a sua finalidade. Imagine-se a hipótese de locação de automóvel, em que o sistema de ar condicionado consiste em pertença, que propicia melhor uso do bem.

[Coisa em estado de servir]

A coisa deverá ser entregue em “estado de servir”, isto é, apta a atender à finalidade da locação. Em consequência, o locador responderá pelos vícios ou defeitos anteriores à locação que comprometam a destinação específica a ser dada ao bem (CC, art.

568). A lei não efetua a distinção entre vícios ocultos e aparentes, determinando a responsabilidade do locador por vícios ou defeitos em geral.<sup>19</sup>

#### [Vícios redibitórios]

Dentre tais vícios, incluem-se os vícios redibitórios, pelos quais o locador responderá, autorizando-se ao locatário enjeitar a coisa defeituosa, de modo a resolver o contrato de locação, ou exigir o abatimento do preço do aluguel (CC, arts. 441 a 446). A resolução apenas será admitida se o vício comprometer o bem de modo a tornar inviável a sua locação, em consonância com o princípio da conservação dos contratos e da boa-fé objetiva. Assim, se ainda for possível a utilização do bem, caberá apenas a redução proporcional do valor do aluguel. Se o vício for aparente, presume-se que o locatário dele tenha conhecimento, tendo levado em conta em conta na estipulação do valor do aluguel. Entretanto, uma vez demonstrado que o locatário não teve conhecimento do vício por fato imputável ao locador, persiste a garantia pelos vícios em favor do locatário.

#### [Evicção]

Além disso, o locador responderá pela evicção, isto é, pela perda do bem objeto da locação em razão de decisão judicial, que atribui a sua propriedade a terceiro (CC, arts. 447 a 457). Se a evicção for total, torna-se impossível a obrigação do locador de garantir o uso e gozo da coisa ao locatário, acarretando a resolução do contrato de locação por falta de objeto. Neste caso, o locatário terá direito à indenização, nos termos do art. 450 do Código Civil, sendo-lhe, todavia, garantida apenas a restituição dos aluguéis eventualmente pagos em adiantamento, por ter sido privado do uso e fruição da coisa. Os aluguéis já vencidos não serão restituídos, tendo em conta que traduzem a contraprestação pelo uso e gozo do bem até o momento da evicção. Por outro lado, em caso de evicção parcial, o contrato se resolverá apenas se a perda se revelar considerável a ponto de comprometer a locação. Caso se mostre possível a

preservação do contrato, o locatário terá direito ao abatimento proporcional do preço do aluguel (CC, art. 455).

[Obrigação de conservação]

O locador tem a obrigação de manter a coisa em “estado de servir ao uso a que se destina” no decorrer do inteiro prazo contratual, salvo disposição em contrário (CC, art. 566, I). Dito diversamente, na ausência de previsão contratual, cabe ao locador efetuar os reparos necessários na coisa com vistas à sua manutenção, assegurando-se que atenda à sua finalidade. Todavia, as partes poderão atribuir contratualmente ao locatário a obrigação de conservação e manutenção da coisa.

[Depreciação por caso fortuito]

Se, no curso do contrato de locação, a coisa se deteriorar sem culpa do locatário, isto é, houver a depreciação do bem locado por caso fortuito, ao locatário será resguardado o direito de pleitear o abatimento dos aluguéis ou, ainda, de resolver o contrato, caso a deterioração torne a coisa imprestável ao atingimento da finalidade à que se destinava (CC, art. 567). A lei atribui ao locador a responsabilidade pelo fortuito, tendo em vista a regra de que a coisa perece para o dono (*res perit domino*). Também como consequência da titularidade dominical, caberá ao locador reparar a coisa nos seus aspectos estruturais, mantendo-a em estado de servir. Não se trata da obrigação de conservação da coisa em razão de seu desgaste pelo uso, a qual pode ser atribuída, no contrato, ao locatário (CC, art. 566, I), mas de reparação do bem deteriorado por fato não imputável a qualquer das partes. Caso o locador não proceda aos reparos necessários, faculta-se ao locatário requerer o abatimento dos aluguéis na proporção dos danos sofridos pela coisa e de seu impacto no atingimento do resultado útil programado pelas partes com o negócio;<sup>20</sup> ou a resolução do contrato, se a coisa não puder mais ter a destinação pactuada.

[Uso pacífico da coisa]



Como referido, o locador tem a obrigação de garantir o uso pacífico da coisa durante a execução do contrato, daí se lhe sendo imposto, a um só tempo, a obrigação de se abster de qualquer ato que perturbe o uso ou gozo do bem pelo locatário; e a obrigação de se valer das ações possessórias com o objetivo de proteger a posse contra turbações e embaraços de terceiros, que tenham ou pretendam ter direitos sobre a coisa (CC, art. 568).

[Embaraços de fato e de direito]

A se considerar que o locatário tem a posse direta sobre o bem, o locador poderá proteger a posse da coisa em face de terceiros apenas em razão de perturbações fundadas em direito, cabendo ao locatário, por sua vez, a defesa da posse direta contra as vias de fato. Para que o locador possa se desincumbir dessa obrigação, caberá ao locatário comunicá-lo quanto às turbações de terceiros fundadas em direito (CC, art. 569, III). De outra parte, como sói ocorrer nas hipóteses em que a posse se desdobra em posse direta e indireta, assegura-se ao locatário, possuidor direto, proteger sua posse direta em face do possuidor indireto, o locador.

[Inadimplemento do locador]

Na hipótese de inadimplemento do locador, o locatário poderá requerer a execução específica da obrigação inadimplida ou a resolução do contrato e, em ambos os casos, as perdas e danos sofridos, os quais incluirão eventuais penalidades contratuais. Não será dado ao locatário, ao seu alvedrio, reter o aluguel ou descontar os valores que entenda devidos pelo locador em razão do inadimplemento.

[Dever de observar o prazo]

Tendo o contrato de locação prazo determinado, o locador tem o dever de observar o prazo ajustado, não podendo retomar a coisa antes do termo final avençado. Caso assim o faça, deverá ressarcir o locatário pelas perdas e danos (CC, art. 571). Nesta hipótese, a lei

assegura ao locatário o direito de retenção do imóvel até que o locador pague a indenização devida. O locatário, contudo, poderá se opor à resolução, pleiteando a execução específica do contrato de locação, se for de seu interesse, cumulada com eventuais perdas e danos sofridos.

[Direitos do locador]

No que tange aos direitos do locador, destaca-se o direito de receber os aluguéis a serem pagos pelo locatário segundo o convencionado. Indiquem-se, ainda, o direito de retomar o bem no fim do prazo contratual; bem como o direito de resolver o contrato com perdas e danos na hipótese de inadimplemento contratual pelo locatário que frustre a finalidade do contrato.

#### **4. OBRIGAÇÕES E DIREITOS DO LOCATÁRIO**

[Respeito à finalidade do bem]

Os deveres do locatário encontram-se descritos no art. 569 do Código Civil, podendo as partes, no concreto regulamento de interesses, estipular outras obrigações que entendam convenientes. Cabe ao locatário, como dever essencial, dar à coisa a destinação pactuada, e, na hipótese de omissão contratual, empregar o bem em finalidade compatível com os usos convencionados ou presumidos, segundo a sua natureza e as circunstâncias. Vale dizer: nada dispondo o contrato a respeito, a coisa deve ser empregada em consonância com os usos de mercado e segundo a natureza do bem em questão. Os usos e práticas comerciais constituem, assim, fonte de integração do regulamento contratual omissivo.

[Dever de diligência e conservação]

Além disso, constitui dever essencial do locatário conservar o bem como se fosse de sua propriedade, atuando, assim, com máxima diligência. Por outras palavras, o locatário deverá zelar pela

conservação da coisa como se fosse sua, respondendo pelas deteriorações culposas.

Em decorrência de tais deveres de diligência e de respeito à finalidade a que se destina a coisa objeto da locação, caso o locatário empregue o bem em uso diverso do ajustado ou da finalidade a que se destina, nos termos do art. 569, I, do Código Civil, responderá por perdas e danos em face do locador, o qual poderá, ainda, resolver o contrato (CC, art. 570). O direito de resolução do locador deverá ser avaliado à luz dos princípios da conservação dos contratos e da boa-fé objetiva, de modo que, sendo ainda possível o atingimento do resultado útil programado – a despeito do inadimplemento –, não se admite a resolução contratual. Se, por outro lado, a inobservância da finalidade da coisa desvirtua o programa contratual, afastando-se do escopo econômico pretendido pelas partes com o negócio, o direito à resolução poderá ser exercido.<sup>21</sup>

#### [Deterioração da coisa]

De igual sorte, se o locatário danificar a coisa, mesmo que seja por exercício abusivo, e não por descumprimento de norma contratual, o locador poderá resolver o contrato e exigir perdas e danos. O legislador, no art. 570 do Código Civil, procurou ser abrangente, para alcançar também, em hipótese bastante frequente nos contratos de locação, o exercício abusivo da posição contratual por parte do locatário o qual, embora lícito, viola o fundamento axiológico-normativo que justifica a atribuição do direito ao seu titular. Em ambas as hipóteses autoriza-se a resolução contratual.

#### [Obrigação de pagar o aluguel]

Cabe, ainda, ao locatário, efetuar o pagamento do aluguel como contraprestação pelo uso e gozo da coisa no tempo, local e modo avençados. Normalmente, as partes preveem o tempo do pagamento, de modo que a data avençada interpela o devedor, que, ao não efetuar o pagamento, incorre em mora de pleno direito –

mora *ex re* (CC, art. 397, *caput*). Em contrapartida, caso não tenha sido ajustado termo certo para pagamento, incidirão os costumes do lugar (CC, art. 569, II). A solução do codificador difere-se, portanto, daquela atribuída pelo legislador especial, o qual prevê que, em caso de silêncio do contrato, o locatário obriga-se a pagar o aluguel até o sexto dia útil do mês seguinte ao vencido (art. 23, I, Lei nº 8.245/91). Note-se que, em regra, a obrigação de pagar aluguel será quesível (*quérable*), devendo se efetivar no domicílio do devedor, que detém a posse direta sobre o imóvel locado (CC, art. 328). As partes podem, entretanto, convencionar de forma diversa, transformando-a em obrigação portátil (*portable*), a ser satisfeita no domicílio do credor. Na mesma esteira, o art. 23, I, Lei n.º 8.245/91, estabelece que o pagamento dar-se-á no imóvel locado, salvo o disposto em contrário no contrato. O locatário não tem direito de retenção sobre os aluguéis, por qualquer que seja o fundamento.

[Dever de comunicar turbações de terceiros]

O locatário, como já referido, tem a obrigação de comunicar ao locador as turbações de terceiros fundadas em direito, a fim de que o locador possa se desincumbir de sua obrigação de proteger a posse do bem, garantindo, a um só tempo, o uso pacífico do bem pelo locatário e a defesa de sua posse indireta. As turbações fundadas em direitos consistem em atos de moléstia à posse levados a cabo por terceiros que alegam ter direitos sobre a coisa. Imagine-se a hipótese em que o terceiro se intitula dono da coisa, apresentando seu título de propriedade. Vale notar, de todo modo, que o locador poderá ajuizar ação possessória para a defesa de sua posse indireta mesmo em se tratando de turbação não fundada em direito, não consistindo em obrigação legal, mas em faculdade que a lei lhe atribui.

[Dever de devolução no mesmo estado ]

Extinto o contrato, o locatário se obriga a devolver a coisa no mesmo estado em que a recebeu, excetuadas as deteriorações

naturalmente decorrentes de seu uso regular. Caso o locatário viole esse dever de devolução da coisa, a sua posse, até então justa, converter-se-á em precária, autorizando a propositura, pelo locador, de ação de reintegração de posse. Nos contratos de locação regidos pela Lei de Inquilinato, caberá ação de despejo (art. 5º, Lei 8.245/91), sendo certo que, nos termos do art. 66 da Lei do Inquilinato, o locador poderá imitir-se na posse do imóvel se o locatário abandonar o bem após o ajuizamento da ação sem a devolução das chaves.<sup>22</sup>

[Dever de observar o prazo contratual]

Se o contrato de locação tiver prazo determinado, o locatário, tal como o locador, deverá observá-lo, não podendo devolver o bem antes do prazo, sob pena de pagar a multa prevista no contrato, proporcionalmente ao prazo que ainda restar até o termo final pactuado, nos termos do art. 571 do Código Civil.<sup>23</sup> A multa aqui referida consiste em cláusula penal compensatória, devida na hipótese de inadimplemento absoluto do devedor, vale dizer, de descumprimento da prestação que torne o vínculo contratual sem utilidade para o credor, comprometendo o resultado útil pretendido com o regulamento de interesses.

[Multa exagerada ou desproporcional]

Ao se referir ao conceito de proporcionalidade, a norma tem por escopo assegurar que a penalidade não se revele exagerada ou desproporcional tendo em conta o prazo remanescente após a extinção antecipada do contrato e, em contrapartida, o aproveitamento econômico já granjeado pelo locador até o momento da extinção contratual. Na mesma esteira, o art. 572 do Código Civil estabeleceu que se a multa compensatória corresponder aos valores dos aluguéis até o termo final do contrato e tal penalidade se afigurar excessiva, facultar-se-á ao juiz reduzir a penalidade, fixando-a em bases razoáveis. Desse modo, a norma do art. 572 do Código Civil consiste em especificação à regra geral estabelecida no art. 413<sup>24</sup>

do Código Civil, aplicável também aos contratos de locação, segundo a qual o juiz deverá reduzir equitativamente a penalidade, caso se configure uma das seguintes hipóteses: (i) a obrigação principal tenha sido cumprida em parte; ou (ii) a penalidade se revele manifestamente excessiva tendo em vista a natureza e finalidade do negócio.

Tais normas, como se vê, têm por finalidade assegurar o equilíbrio contratual, permitindo a intervenção judicial nos contratos como forma de controle do ato de autonomia privada. Todavia, tal intervenção, que assume caráter excepcional no direito brasileiro, deve ocorrer dentro dos limites legais, garantindo-se, assim, que a autonomia privada, como valor constitucional, seja igualmente respeitada. Assumem as normas dos arts. 413, 571 e 572, portanto, natureza de normas de contenção, autorizando que o juiz revise o ato de autonomia privada para alterar o conteúdo contratual pactuado apenas e tão somente nos termos autorizados pela lei.

[Critérios para redução da penalidade]

Assim sendo, tendo o locatário cumprido parcialmente o contrato de locação, o intérprete deverá examinar todas as prestações adimplidas pelo locatário *vis-à-vis* o inteiro prazo contratual, confrontando-as com a penalidade prevista no contrato, de modo que, caso a penalidade se mostre exagerada diante do prazo contratual que ainda resta, caberá a redução da cláusula penal, com base nos arts. 473, 571 e 572 do Código Civil. Se, por outro lado, as partes tiverem ajustado penalidade cujo cálculo leve em conta as prestações já executadas pelo locatário, não será obrigatória a redução, que só poderá ocorrer se os pressupostos legais para tal redução estiverem presentes.

A jurisprudência consagrou o entendimento de que, nos contratos de locação, a multa compensatória deverá equivaler a três meses de aluguel, devendo ser respeitado este limite.<sup>25</sup> Todavia, caberá ao intérprete examinar o concreto negócio, identificando-se sua finalidade, a capacidade dos agentes contratantes e demais

particularidades para verificar *in concreto* a necessidade de redução da cláusula penal.

Se o contrato não previr multa pela devolução antecipada do bem pelo locatário, caberá ao juiz arbitrar as perdas e danos devidos, no caso concreto, ao locador, pelo inadimplemento consistente na inobservância do prazo contratual pactuado.

[Resilição unilateral]

De outra parte, na hipótese de resilição unilateral do contrato pelo locador antes de seu termo final, caberá ao locatário direito de retenção do bem imóvel até que o locador indenize os prejuízos decorrentes da não observância do prazo contratual ajustado (CC, art. 571, parágrafo único). O exercício do direito de retenção, embora exima o locatário de pagar o aluguel tendo em vista a sua natureza coercitiva, não afasta as suas demais obrigações contratuais, tais como a de conservação do bem locado, a de restituição do bem ao fim da retenção e a de indenização de eventuais danos ocasionados ao bem por sua culpa.

[Aluguel-pena]

Por outro lado, uma vez vencido o prazo contratual, ou, nos contratos de prazo indeterminado, ocorrida a resilição unilateral pelo locador, o locatário tem o dever de restituir a coisa após a notificação remetida pelo locador. Caso o locatário descumpra sua obrigação de restituição, incorrerá em mora, sujeitando-se a pagamento de aluguel a ser arbitrado pelo locador pelo período em que permanecer com a coisa (CC, art. 575). Tal aluguel, que não se confunde com aquele pago no decorrer do contrato de locação como contraprestação pelo uso, assume a natureza de penalidade, fixada em razão da posse injusta do locatário, denominando-se aluguel-pena.<sup>26</sup>

Objetiva-se, desse modo, por meio do aluguel-pena, não somente estipular contraprestação pelo uso do bem, mas coagir o locatário a restituí-lo,<sup>27</sup> inexistindo *a priori* limite de valor para sua instituição

pelo locador.<sup>28</sup> A despeito disso, entende-se que o aluguel-pena deverá ser estabelecido em valor razoável que, posto cumpra sua finalidade punitiva de constranger o devedor a devolver o bem, não se revele manifestamente excessivo.<sup>29</sup>

[Possibilidade de redução do aluguel-pena pelo juiz]

O aluguel-pena determinado de modo arbitrário pelo locador representa, assim, abuso de direito, por contrariar a finalidade para a qual se destina. Nessa direção, o parágrafo único do art. 575 autoriza ao juiz reduzir o aluguel-pena que se mostre manifestamente excessivo, em respeito ao princípio da razoabilidade, mas sempre tendo em conta o seu caráter de penalidade,<sup>30</sup> de sorte a estabelecer controle de abusividade no exercício do direito, pelo locador, de estabelecer o aluguel-pena. A norma se assemelha, em seus efeitos, àquela contida no art. 413 do Código Civil, referente ao dever do juiz de reduzir a cláusula penal compensatória que se revele manifestamente excessiva tendo em vista a natureza e finalidade do negócio no qual se insere. Embora o aluguel-pena não assuma a natureza de cláusula penal, cuidando-se de estipulação unilateral em razão da posse injusta do locatário – não já acordo bilateral de vontade –, o ordenamento preocupa-se com sua razoabilidade, de modo que o parágrafo único do art. 575, tal como o art. 413, consiste em norma de equidade, que atribui ao juiz a faculdade de reduzir a penalidade. Ressalte-se, contudo, que o parágrafo único do art. 575 refere-se à “faculdade” do juiz em reduzir o aluguel-pena, diversamente do art. 413, que alude ao “dever” do juiz de redução da cláusula penal.

[*Perpetuatio obligationis*]

O locatário responderá, ainda, por todos os danos que a coisa venha a sofrer enquanto estiver em mora de restituir o bem, ainda que decorrente de fortuito ou força maior, em consonância com o princípio da *perpetuatio obligationis* (CC, art. 399).<sup>31</sup> Embora o art. 575 do Código Civil não disponha expressamente, caso o devedor



prove que a coisa se deterioraria ainda que não estivesse em mora, afasta-se a sua responsabilização *ex vi* do art. 399.<sup>32</sup> A regra se coaduna, portanto, com aquela disposta no art. 1.218 do Código Civil, segundo a qual “o possuidor de má-fé responde pela perda, ou deterioração da coisa, ainda que acidentais, salvo se provar que de igual modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante”. Não haverá responsabilidade, por outro lado, se o locatário conseguir demonstrar que a restituição não ocorreu em razão de caso fortuito ou força maior, ou ainda se a não restituição se justificar pelo seu direito de retenção pelas benfeitorias necessárias e úteis (CC, art. 578).

[Direito de retenção pelas benfeitorias necessárias e úteis autorizadas pelo locador]

Para além do direito de retenção do imóvel, pelo locatário, previsto no art. 571 do Código Civil para as hipóteses de denúncia antecipada do contrato pelo locador, o art. 578 do Código Civil, em norma semelhante à do art. 35 da Lei do Inquilinato, prevê o direito de retenção do bem pelo locatário com a finalidade de se ressarcir das benfeitorias necessárias e das úteis que tenham sido realizadas com o consentimento expresso do locador.

Cuida-se de norma dispositiva, que poderá ser afastada pela vontade das partes.<sup>33</sup> Assim, por expressa disposição legislativa, afasta-se a controvérsia existente sob a vigência do CC/1916 quanto à possibilidade de renúncia, pelo locatário, ao direito de ser indenizado pelas benfeitorias.<sup>34</sup> Contudo, caso o contrato de locação configure relação de consumo, será considerada nula a cláusula que isente o locador da indenização das benfeitorias necessárias realizadas pelo locatário, nos termos do art. 51, XVI, CDC.<sup>35</sup>

[Benfeitorias necessárias e úteis]

As benfeitorias necessárias (CC, art. 96, § 3º), por se destinarem a conservar o bem ou evitar que se deteriore, são sempre realizadas no interesse do locador, razão pela qual o seu ressarcimento pelo

locador será devido, ainda que não tenham sido por ele expressamente autorizadas. As benfeitorias úteis (CC, art. 96, § 2º), de outra parte, se prestam a aumentar a utilidade do bem. Realizam-se, portanto, no interesse do locatário. Por isso, seu valor só será devido se tiver havido prévio consentimento expresso do locador para a sua realização.<sup>36</sup>

#### [Benfeitorias voluptuárias]

Com relação às benfeitorias voluptuárias (CC, art. 96, § 1º), que tornam o bem mais agradável, o locatário a princípio não terá direito de ser indenizado e, por isso mesmo, não caberá o direito de retenção sobre o bem. À semelhança do que ocorre com as benfeitorias úteis, as voluptuárias são realizadas no interesse do locatário, para seu deleite e comodidade, o que pode não ser do interesse do locador. Embora o art. 578 do Código Civil seja omissivo quanto às benfeitorias voluptuárias, o locatário terá o direito de levantá-las, se isto não implicar dano à coisa principal, ou mesmo o direito a ser indenizado na hipótese de previsão contratual expressa, em atenção à regra geral disposta no art. 1.219 do Código Civil<sup>37</sup> referente ao possuidor de boa-fé. Neste último caso, havendo consentimento prévio por escrito do locador para a realização das benfeitorias voluptuárias, o direito à indenização pelo locatário justificará o seu direito de retenção sobre o bem.

#### [Direito de retenção]

O direito de retenção apenas poderá ser exercido pelo locatário que esteja em dia com as suas obrigações contratuais. Assim, se o locatário estiver em mora na obrigação de pagar o aluguel, por exemplo, não caberá o direito de retenção para fins de ressarcimento das benfeitorias necessárias ou úteis e voluptuárias autorizadas pelo locador.

Exercido o direito de retenção, o locatário estará eximido de pagar o aluguel em contraprestação ao uso da coisa, de modo a tornar eficaz o seu exercício do seu direito. Do contrário, o locador

não sofreria os seus efeitos, uma vez que o direito de retenção tem por escopo compelir o locador a ressarcir as despesas incorridas pelo locatário com as benfeitorias.<sup>38</sup> O direito de retenção, de outra parte, será exercido sem limitação temporal. Vale dizer: a retenção será legítima enquanto o locatário não for indenizado, não importando o decurso de tempo. Todavia, quando, mediante o exercício do direito de retenção, o valor dos aluguéis não pagos alcançar quantia equivalente à indenização devida, extingue-se o direito de retenção, sob pena de enriquecimento sem causa do locatário (CC, art. 884).

## LEI DO INQUILINATO: GENERALIDADES

[Histórico]

O Código Civil de 1916, como se sabe, fundamentava-se axiologicamente no absolutismo do direito de propriedade e na ampla liberdade de contratar. Esse dogma individualista, típico das codificações oitocentistas, inspirou toda a construção positiva, que, inspirou toda a construção positiva do direito dos contratos no Brasil, refletindo-se no regramento do contrato de locação. No regime do Código Civil de 1916, essa modalidade contratual era regida por 16 artigos, e tinha como pressupostos a igualdade jurídica das partes contratantes, a liberdade de estipulação e de reajustamento dos aluguéis e o amplo direito de despejo. Apesar da aparente insegurança jurídica que o regime do antigo Código conferia ao locatário, esse sistema era admissível na conjuntura econômica do Brasil à época, marcada pela ampla oferta de imóveis disponíveis à locação.<sup>39</sup>

O aparente equilíbrio, porém, restou abalado no século XX, especialmente a partir do término da Primeira Guerra Mundial, quando as cidades começaram a se expandir e a população começou a se centralizar nas áreas urbanas, ainda em decorrência da Revolução Industrial. Essa situação rompeu com a estabilidade econômica entre locadores e locatários, afinal, a procura por imóveis

passou a ser maior do que a oferta, e os custos de construção de prédios urbanos cresceu vertiginosamente. Como consequência, os locadores passaram a se valer dos dispositivos legais que lhes eram favoráveis, forçando desocupações injustificadas e aumentos abusivos nos aluguéis.<sup>40</sup>

Impôs-se, nesse cenário, a intervenção do legislador. A primeira normativa nesse sentido foi o Decreto nº. 4.403/1921, que, apesar de conter apenas regras dispositivas, consistiu no primeiro passo para a criação de disciplina protetiva ao locatário. Suas principais disposições eram a restrição aos despejos por falta de pagamento (art. 2º)<sup>41</sup> e o regramento para aumento no preço dos aluguéis (art. 10).<sup>42</sup> Mais tarde, em 1934, foi editado o Decreto nº. 24.150, chamada “Lei de Luvas”, que regulava as condições e o procedimento para renovação dos contratos de locação comercial ou industrial, conferindo alto grau de segurança jurídica para os locatários formarem seu fundo de comércio no imóvel alugado.

A partir de então, e em movimentos cíclicos, a legislação especial atuou, ora de forma liberalizante, ora de forma intervencionista, de maneira direta, regulando propriamente a relação locatícia, e de maneira indireta,<sup>43</sup> promovendo estímulos ao setor da construção civil, por exemplo.<sup>44</sup> Esses fluxos culminaram na atual Lei do Inquilinato, que incorporou as principais normativas esparsas sobre o tema.

A Lei n.º 8.245/91 foi editada em contexto no qual se buscava o aquecimento do mercado imobiliário, associado à promoção de medidas protetivas aos locatários, de modo a neutralizar sua vulnerabilidade econômica em relação ao locador. Traduz, assim, a determinação do legislador em compatibilizar valores constitucionalmente tutelados – atinentes à moradia e ao fundo empresarial – com a ampliação da autonomia contratual, a fim de dinamizar o setor, estimular novas construções e aumentar a oferta de imóveis para a locação,<sup>45</sup> fatores indispensáveis para a regulação do mercado locatício.

## **5. MODALIDADES DE LOCAÇÃO**

O art. 1º da Lei nº 8.245/91 define o alcance do estatuto, destinado a regular a locação de imóvel urbano.<sup>46</sup> Para compreender o escopo da lei, fundamental fazer breve digressão sobre a nomenclatura adotada pelo legislador. Já se viu que, no âmbito das locações de coisas, distinguem-se a locação de bens móveis, prevista nos arts. 565 a 578 do Código Civil, e a locação de bens imóveis, regulada, no que toca às propriedades urbanas, pela Lei n.º 8.245/91. Apesar do regramento específico, o art. 79<sup>47</sup> da lei em exame prevê expressamente a aplicação subsidiária do Código Civil no que for omissa a legislação especial.<sup>48</sup>

[Imóvel urbano ou rural: critério da finalidade econômica]

Sobre a adoção da designação “imóvel”, destaque-se que, para evitar controvérsias, e cedendo ao conforto da linguagem comum, o legislador de 1991 preferiu adotar essa nomenclatura em lugar da antiga, “predial”, consagrada no Código Civil de 1916 e nas legislações extravagantes anteriores. Na sequência, deve-se perquirir o que o legislador quis dizer com a partícula “urbano”, a fim de delimitar a exata incidência da lei. Tal conceito se contrapõe ao de “imóvel rústico” e autorizada doutrina afirma que o critério para a classificação não passa pela análise física e topográfica dos bens, mas pela finalidade que lhe é atribuída.<sup>49</sup> Diferenciam-se, assim, os imóveis urbanos e os rústicos ou rurais pelo critério da atividade econômica desenvolvida no bem, vale dizer, pela sua finalidade. Será urbano o imóvel destinado à habitação do locatário, ou à sua atividade comercial, industrial ou de prestação de serviço, independentemente de localização em relação ao perímetro da cidade. Já o imóvel rústico ou rural destina-se à exploração da terra ou da pecuária, podendo ser assim compreendido imóvel localizado no centro da cidade locado para a plantação de flores. Os imóveis rurais serão regidos pelo Estatuto da Terra.

[Locação para temporada]

Ao lado da locação residencial e não residencial dos imóveis urbanos, a Lei n.º 8.245/91 rege a locação por temporada, definida, de modo exemplificativo, como “aquela destinada à residência temporária do locatário, para prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras em seu imóvel, e outros fatos que decorrem tão somente de determinado tempo, e contratada por prazo não superior a noventa dias, esteja ou não mobiliado o imóvel” (art. 48).

A essa modalidade de locação a lei confere normas especiais. A mais relevante delas é a faculdade de o locador promover ação de despejo, independente de notificação, mediante depósito de valor de garantia, caso, ao fim do contrato, o locatário não desocupe o imóvel no prazo de 30 (trinta) dias (art. 59, III). Ultrapassado esse prazo, a locação por temporada se prorroga por prazo indeterminado, atraindo o regramento típico dessa situação.<sup>50</sup> Outra característica da locação por temporada é a faculdade que o locador tem de receber antecipadamente o valor total dos aluguéis e dos encargos que seriam cobrados periodicamente na vigência do contrato (art. 49).<sup>51</sup> Essa possibilidade não sobrevive com a prorrogação do contrato por prazo indeterminado (art. 50).<sup>52</sup>

#### [Espécies de locação]

Desse modo, ao disciplinar as locações de imóveis urbanos, genericamente, nos termos do aludido art. 1º, a Lei n.º 8.245/91 abrange as três espécies locatícias reguladas, no sistema anterior, pela Lei n.º 6.649/79, pelo Decreto nº 24.150/34 e pelo Código Civil de 1916. Com efeito, no regime pré-vigente tinha-se: a) locação residencial, em relação à qual se proibia a denúncia vazia, ora reintroduzida a partir de certo período contratual; b) locação comercial ou industrial, sujeita à ação renovatória; c) locação não residencial nem comercial, assim entendida aquela que, não se destinando à função residencial, comercial ou industrial, não era protegida nem pela disciplina dos contratos com fins residenciais, nem pela renovação contratual compulsória, sujeitando-se à parte geral da Lei n.º 6.649/79 e ao Código Civil de 1916.

A Lei n.º 8.245/91 abrange tais modalidades e, atendendo à consolidada construção pretoriana, abandona o conceito de locação comercial ou industrial, adotando, ao revés, no âmbito da regulamentação genérica da locação não residencial, o conceito de locação empresarial, destinada a tutelar, com o benefício da ação renovatória, não apenas o fundo de comércio senão, bem mais amplamente, o fundo de empresa, próprio de toda a atividade empresarial lucrativa (art. 51, § 4º<sup>53</sup>),<sup>54</sup> denominado atualmente como estabelecimento (CC, art. 1.142<sup>55</sup>).

A opção legislativa pelo tratamento unitário permite a regulação sistemática de todas as questões atinentes ao inquilinato urbano, representando vantagem sobre o sistema anterior, que abstraía questões essenciais por conta da regência pouco uniforme das leis esparsas.<sup>56</sup>

Por outro lado, o parágrafo único do art. 1º exclui da abrangência da Lei n.º 8.245/91 algumas espécies locatícias, que se tornam, assim, sujeitas às disciplinas setoriais ou ao próprio Código Civil, no sistema de liberdade contratual.

Excluem-se, em primeiro lugar, as locações que tenham como objeto bens imóveis de propriedade da União, dos Estados, dos Municípios, das autarquias e das fundações. A exclusão tem por fundamento a função social do bem, que, por ser de titularidade da administração pública, não pode ter regime equiparável ao conferido às relações interprivadas, em razão dos princípios da moralidade e da isonomia, que impedem que o Estado contrate sem a observância de licitação. Por isso, o critério a ser levado em consideração para aferição da normativa legal aplicável, nesse caso, é a titularidade do objeto do contrato. Desse modo, se o ente público figurar no negócio jurídico como locatário de imóvel pertencente a um particular, a exceção não se aplicará.<sup>57</sup>

Além disso, a lei não é aplicável à locação de vagas autônomas de garagem ou de espaços destinados ao estacionamento de veículos. Assim, a locação desses espaços, quando não acessória à locação de outro bem, continuará regida pelo Código Civil. Seguindo esse mesmo raciocínio, a lei não será aplicável, igualmente, para aluguel de espaços destinados à publicidade, quando tais espaços forem desvinculados de unidades habitacionais.

O legislador também retira da incidência da Lei n.º 8.245 a locação de apart-hotéis, hotéis-residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar.<sup>58</sup> Exclui-se, ainda, a aplicação da lei a qualquer das modalidades de arrendamento mercantil ou *leasing*.

As exclusões justificam-se pela opção legislativa de reunir sob o mesmo diploma legal apenas os contratos que se aproximem no sentido funcional, destacando-os do regime geral em razão de regularem interesses dignos de tutela diferenciada, como a moradia e o fundo de comércio (estabelecimento). Nessa esteira, incluem-se no âmbito de tutela da Lei n.º 8.245 as locações de lojas em shopping center, fenômeno típico dos dias atuais. O art. 54, em linha com firme tendência doutrinária, protege também, neste caso, o aludido estabelecimento, autorizando a ação renovatória em face do dono da loja.<sup>59</sup>

Ainda tendo em vista a função social desempenhada pelos contratos regidos pela Lei do Inquilinato, o legislador especial, no art. 55, exclui da proteção própria da locação residencial os imóveis alugados por pessoa jurídica para uso de seus titulares, diretores, sócios, gerentes, executivos ou empregados. Nessa categoria específica de negócios jurídicos, está presente uma função nitidamente patrimonial, traduzida na vantagem econômica concedida pelo locatário – pessoa jurídica – ao seu preposto. Ausente, portanto, a função existencial, moldada pelo interesse à moradia familiar, que atrairia a tutela legal especial da Lei do Inquilinato.



Vistas as hipóteses de incidência da lei, passa-se à análise estrutural dos contratos de locação regidos pela normativa. Não existem maiores exigências na fase de conclusão do contrato, tendo em vista seu caráter consensual. Entretanto, há hipóteses em que o contrato escrito ganha especial relevo. A exigência de relação contratual por tempo determinado para o exercício da ação renovatória nos casos das locações não residenciais levou a jurisprudência, ainda no regime do Decreto n.º 24.150/34, a considerar imprescindível o contrato escrito para a sua renovação. O art. 51, I, da Lei nº 8.245/91,<sup>60</sup> absorvendo a construção jurisprudencial, exige que o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e por prazo determinado. O inciso II determina, ainda, que o contrato tenha sido firmado pelo prazo mínimo de cinco anos, ou que a soma dos prazos de sucessivos contratos escritos e por prazo determinado chegue a esse lapso temporal.<sup>61</sup> A jurisprudência flexibilizou a contagem do quinquênio para admitir que interrupções de alguns meses, durante os quais a relação restasse a prazo indeterminado, não implicasse a interrupção da contagem, evitando, assim, que o período de tratativas obstaculizasse o direito à renovação, de modo a tutelar o fundo de comércio.

A importância do contrato escrito se coloca também em outras disposições da Lei do Inquilinato. O direito de preferência do inquilino previsto no art. 33,<sup>62</sup> por exemplo, só terá eficácia real, ou seja, só será capaz de gerar a aquisição coativa, se contrato for escrito e tiver sido averbado no Registro de Imóveis pelo menos 30 (trinta) dias antes da alienação. Caso contrário, a preferência do locatário gerará apenas efeitos pessoais. Além disso, há a prerrogativa de estipulação de cláusula de vigência em caso de alienação, que impedirá que o adquirente do imóvel locado rompa o vínculo locatício. Tal só será possível com a devida averbação do contrato escrito e com prazo determinado no Registro de Imóvel.<sup>63</sup>

#### [Denúncia vazia em locações residenciais]

Encerrando as principais hipóteses de destaque conferido pelo legislador aos contratos escritos, tem-se que estes são imprescindíveis para que o locador possa exercer a denúncia vazia, expirado o contrato de locação residencial, nos termos, nos termos do art. 46.<sup>64</sup> Cumulativamente, estabelece o artigo que o prazo não pode ser inferior a 30 (trinta) meses. Caso o contrato de locação residencial não cumpra esses requisitos, a rescisão unilateral imotivada do locador só poderá ser levada a cabo após 5 (cinco) anos de locação (art. 47, V).<sup>65</sup> Tais contratos de locação residencial com prazo inferior a 30 (trinta) meses, com efeito, prorrogam-se automaticamente, por prazo indeterminado, findo o prazo contratual, somente podendo o locador retomar o imóvel antes do quinto ano nas hipóteses taxativamente previstas na lei (art. 47, I a IV).<sup>66</sup> De maneira inovadora, pretende o legislador estimular a formação de vínculos contratuais de longa duração, também no caso de locações residenciais, vindo a alcançar maior estabilidade do inquilino em sua moradia.

#### [Locação em habitações coletivas multifamiliares]

Existem, por outro lado, hipóteses em que a importância do contrato escrito é especialmente reduzida, em favor da tutela das relações estabelecidas de maneira informal. O parágrafo único do art. 2º da Lei, por exemplo, institui presunção da existência de vínculo locatício nas habitações coletivas multifamiliares.<sup>67</sup> Antes da proteção legislativa, os moradores, desprovidos de qualquer título, tornavam-se sujeitos a exigências do proprietário, em particular no que tange à majoração de aluguéis, pagos muitas vezes sem o fornecimento de recibos, diante da ameaça de expulsão do imóvel pela via possessória. Outra proteção conferida pela lei aos ocupantes de habitações multifamiliares é facultar que o pagamento dos aluguéis seja feito por meio de depósito judicial sempre que restar constatado que o imóvel se acha em condições precárias. Com a indisponibilidade dos depósitos até que se concluam as obras

de regularização do imóvel, a lei estabelece uma coerção indireta para que o locador tome as medidas para que o imóvel retorne à condição de habitabilidade.<sup>68</sup>

[Partes]

Em relação aos contratantes, tal como na locação de coisas, trata-se de negócio formado entre locador – aquele que cede o uso e o gozo do bem – e o locatário, aquele que recebe a coisa mediante remuneração em caráter temporário. Segundo o art. 3º,<sup>69</sup> exige-se, por ocasião do consentimento das partes na conclusão do negócio, a vênua conjugal, salvo nos regimes de separação absoluta, nos contratos de locação ajustados por prazo igual ou superior a 10 (dez) anos. Tal requisito se impõe, pois uma locação duradoura se aproxima em muito de uma restrição ao direito de propriedade. Assim, a exemplo do que ocorre para a disposição do direito real, a outorga uxória ou marital será igualmente necessária à locação, para evitar que um cônjuge onere indevidamente o patrimônio comum.<sup>70</sup>

[Ausência de vênua conjugal: ineficácia]

O parágrafo único do art. 3º traz inovação legislativa em homenagem ao princípio da conservação dos contratos, dispondo que “ausente a vênua conjugal, o cônjuge não estará obrigado a observar o prazo excedente”. Ou seja, a inobservância da autorização não gera a nulidade do contrato, sendo apenas ineficaz o pacto em relação ao cônjuge, desobrigado a respeitar o período que exceder ao decênio.

[Sublocação, cessão e empréstimo]

A Lei n.º 8.245/91 atribui tratamento especial em relação à sublocação, cessão da locação e empréstimo do imóvel. Segundo o art. 13, todas essas operações estão subordinadas ao consentimento do locador, que deverá ser prévio e escrito.<sup>71</sup> As diferenças entre tais figuras são bastante conhecidas. A sublocação constitui nova locação estabelecida entre locatário e sublocatário,

criando segunda relação contratual contemporânea à locação principal. A cessão contratual, ao revés, importa a transferência da titularidade do locatário, havendo uma substituição do polo subjetivo da relação jurídica, com sub-rogação do cessionário nos direitos e obrigações de que era titular o locatário-cedente.<sup>72</sup> O empréstimo do imóvel locado, por sua vez, é feito mediante típico contrato de comodato, por meio do qual o locatário transfere temporariamente e a título gratuito o uso do imóvel locado, em favor de uma terceira pessoa, o comodatário.<sup>73</sup> Apesar das distinções conceituais, o legislador optou por dar tratamento homogêneo às três figuras.

[Anuência tácita do locador]

O § 2º do art. 13<sup>74</sup> trouxe regra inovadora ao dispor que, notificado por escrito pelo locatário da ocorrência de uma das hipóteses deste artigo – sublocação, cessão ou empréstimo –, o locador terá o prazo de 30 (trinta) dias para manifestar formalmente a sua oposição. A possibilidade de se admitir o consentimento do locador pela ausência de resposta à notificação do locatário, de que trata o § 2º, abre uma brecha no rigor sugerido pelo *caput* do mesmo artigo, tornando admissível ao menos uma forma de consentimento presumido. Por outro lado, se a notificação a que se refere o preceito fosse referente à sublocação, cessão ou empréstimo já ocorridos, como a literalidade do dispositivo dá a entender, tal notificação significaria verdadeira confissão de infração contratual, expondo o locatário a inevitável despejo. O preceito seria temerário ou inútil. Se, ao reverso, a notificação diz respeito à ação futura do locatário, interpretando-se a expressão “ocorrência” no sentido de acontecimento futuro, a regra se torna útil, revelando a admissão, pelo sistema atual, do consentimento presumido. Tal solução, que salvaguarda o *principio della ragionevolezza del legislatore*, autoriza o Judiciário, uma vez mitigada a imprescindibilidade da anuência prévia e escrita de que trata o *caput* do art. 13, a admitir o consentimento presumido, bem como hipóteses de consentimento tácito, desde que se esteja diante da prova inequívoca da anuência

do locador à cessão do contrato, à sublocação ou ao empréstimo do imóvel locado.<sup>75</sup>

[Sub-locação em locações não residenciais]

O regime atual restringiu o campo de eficácia contratual estabelecido entre sublocatário e locador. Nas locações não residenciais, a sujeição da relação locatícia à sublocação restringe-se à hipótese prevista no art. 51, § 1º,<sup>76</sup> que faculta ao sublocatário o exercício da ação renovatória em caráter de exclusividade, ou em concurso com o locatário, se este também se utilizar efetivamente do imóvel. Trata-se de mecanismo de proteção do fundo empresarial, privilegiando-se a estabilidade da empresa e a incolumidade do patrimônio consolidado pelo subinquilino no local do imóvel.

[Sub-locação em locações residenciais]

Por outro lado, nas locações residenciais, a sublocação, em regra, não produz qualquer efeito em relação ao locador que, portanto, não se obriga em face do sublocatário. Em contrapartida, a dissolução do vínculo locatício faz extinguir as sublocações, sem prejuízo do direito de indenização eventualmente pendente, do sublocatário contra o sublocador (art. 15<sup>77</sup>).

[Contrato acessório]

Cuidando-se de contratos distintos, não pode o locador se sujeitar ao prosseguimento de vínculo de sublocação do qual é estranho, estabelecido entre sublocatário e sublocador.<sup>78</sup> A sublocação traduz contrato derivado, que tem fundamento jurídico no contrato de locação, título de que dispõe o locatário-sublocador. Trata-se, assim, de contrato acessório, já que não pode ser concebido sem a prévia existência da locação, que lhe dá vida. Por isso mesmo, a extinção da locação (contrato principal) torna insubsistente a sublocação (contrato acessório).<sup>79</sup>

[Ação de despejo na sub-locação]

O art. 59, § 2º,<sup>80</sup> obriga o locador a dar ciência aos sublocatários da ação de despejo, de tal sorte que possam estes intervir no processo, como assistentes, resguardando seus interesses enquanto moradores do imóvel. Afirma-se, com razão, que a obrigação do locador deve se restringir aos casos de sublocação autorizada, não persistindo o dever jurídico no caso de utilização irregular do imóvel, estabelecida sem a anuência do locador.<sup>81</sup>

[Responsabilidade subsidiária do sub-locatário]

A lei contém, ainda, outra disposição sobre sublocações que, mais uma vez, diz respeito ao vínculo entre o locador e a nova relação jurídica. Trata-se do art. 16,<sup>82</sup> que estatui a responsabilidade subsidiária do sublocatário, perante o locador, pela importância que deve ao sublocador. Desse modo, quando o sublocador for demandado pelo locador, responderá o sublocatário subsidiariamente. Isso ocorre, pois, durante o curso dos contratos de locação e sublocação, o sublocatário paga ao sublocador e este ao locador, em relação de cascata. O dispositivo pretende evitar que da autonomia negocial da sublocação em relação à locação derive um locupletamento do locatário, que, inadimplente em relação ao locador, prossegue amealhando os frutos civis decorrentes de sua posição de credor em face do sublocatário.

[Sucessão contratual *causa mortis*]

Ainda em relação aos contratantes, destaque-se a regulação dos arts. 10 e 11, a respeito da sucessão contratual na locação por morte de um dos contratantes. Dispõe a Lei n.º 8.245/91 que, morrendo o locador, a locação transmite-se aos seus herdeiros. Se, por outro lado, morrer o locatário, deve-se ter em conta a finalidade da locação e sua classificação. Em se tratando de locação com fins não residenciais, o espólio do locatário se sub-rogará nos seus direitos e obrigações, e, após seu desfazimento, com a partilha, o seu sucessor no negócio assumirá a posição contratual do locatário.

Já nas locações com finalidade residencial, a Lei dispõe que a sucessão tenha como primeiro pressuposto o fato de os eventuais sucessores residirem no imóvel locado no momento da morte do locatário, de modo a se destacar o caráter *intuitu familiae* das locações residenciais. O legislador, obedecendo ao ditado constitucional, absorve, na noção de família, as entidades familiares não fundadas no matrimônio (art. 226, § 3º, Constituição Federal), determinando que o companheiro se sub-rogue prioritariamente na posição contratual do locatário falecido, a prescindir de eventual dependência econômica em relação ao inquilino falecido, e em igualdade de condições com o cônjuge sobrevivente. Na ausência de cônjuge ou companheiro sobrevivente, sucederão os herdeiros necessários e as pessoas que viviam na dependência econômica do *de cujus*, pressupondo-se, neste caso, o vínculo afetivo e a comunhão espiritual entre sucessores e sucedido. No caso de demais sucessores (afora o cônjuge, companheiros ou herdeiros), o legislador tem em conta a dependência econômica, protegendo os dependentes que viviam no imóvel locado com o locatário falecido.

[Sucessão locatícia na separação dos cônjuges ou companheiros]

O ditado constitucional em matéria de família foi igualmente absorvido pela Lei n.º 8.245/91 no que concerne à sucessão locatícia causada por separação dos cônjuges ou companheiros. Nos termos do art. 12 da Lei n.º 8.245/91, a locação prossegue normalmente não só em casos de separação de fato, separação judicial ou divórcio, mas também no caso de dissolução da união estável, em favor de quem vier a permanecer no imóvel.

## **6. DIREITOS E DEVERES DO LOCADOR E DO LOCATÁRIO**

[Deveres de ceder o uso e o gozo da coisa e garantir seu uso pacífico]

Os arts. 22 e 23 designam os deveres do locador e do locatário, atribuindo especificamente a um e a outro compromissos e

responsabilidades correspectivos decorrentes da relação contratual.

O art. 22 da Lei 8.245/91 consagra os deveres do locador. Dos primeiros incisos desse dispositivo, se depreende a sua principal obrigação, consistente em ceder o uso e o gozo da coisa para o locatário de modo que sirva à sua destinação e garanta ao inquilino o seu uso pacífico. Desse modo, é dever do locador garantir o locatário contra atentados possessórios de terceiros.<sup>83</sup> Como decorrência das aludidas obrigações, o locador responde “pelos vícios ou defeitos anteriores à locação”, ou seja, deve garantir o locatário contra os vícios redibitórios. Nesse sentido, para evitar que discussões probatórias onerem o locatário na prova dos vícios e do estado do imóvel, estabelece-se como obrigação do locador fornecer descrição minuciosa do imóvel e seu estado de conservação, se assim solicitar o inquilino, sob pena de a negativa configurar prova contra o locador.<sup>84</sup>

[Dever de fornecer recibo descritivo do pagamento]

Outro dever do locador, decorrente dos imperativos de transparência e informação, corolários da boa-fé objetiva, consiste na obrigação de fornecer ao locatário recibo discriminando as importâncias por este pagas, e os comprovantes relativos às parcelas que estejam sendo exigidas. O texto, mais categórico do que o anterior, tem o objetivo evidente de impedir abusos decorrentes da quitação não pormenorizada, capaz de impedir o controle, pelo locatário, dos encargos que lhe são repassados. Outra prática abusiva e corriqueira que restou vedada pela Lei do Inquilinato é a alocação ao locatário das despesas assumidas pelo locador junto à administradora do imóvel. A disposição é intuitiva: contratando a administradora para se poupar de sacrifícios, é certo que caberá ao locador a responsabilidade pelo pagamento de seus serviços.<sup>85</sup>

[Pagamento de taxas e tributos]



Além disso, incumbe ao locador o pagamento de tributos e taxas, pois que são verdadeiras obrigações reais, que acompanham a coisa. As tarifas, por outro lado, são encargos do inquilino, já que decorrentes da efetiva utilização do imóvel, razão pela qual devem recair sobre o morador. A alocação de despesas nessa matéria tem caráter dispositivo, não havendo dúvida quanto à possibilidade de transferência ao locatário dos referidos encargos, inclusive no que concerne ao prêmio de seguro contra incêndio – em relação ao qual era omissa a legislação anterior –, desde que esteja prevista tal atribuição, expressamente e por escrito, no elenco de deveres do inquilino. A inexistência de previsão contratual nesse sentido desonera o locatário do pagamento dos impostos, taxas e prêmio do seguro em questão.

[Despesas extraordinárias do condomínio]

A Lei n.º 8.245/91 também transfere ao locador a responsabilidade pelas despesas extraordinárias de condomínio, afinal, tais gastos não têm relação sinalagmática com o direito de uso e gozo da coisa cedido ao locatário. Não é, portanto, adequada contraprestação ao direito de uso.

[Rol exemplificativo de obrigações do locatário]

Simetricamente aos deveres do locador, a Lei traz rol exemplificativo de obrigações do locatário, em razão do caráter sinalagmático do contrato de locação. Os primeiros incisos do art. 23 contêm disposições que, mais do que deveres do inquilino, são verdadeiras características genéticas do contrato de locação residencial, como o dever de pagar pontualmente o aluguel, os encargos da locação, e o prêmio do seguro fiança, bem como fazer do imóvel boa utilização segundo sua natureza e o acordado contratualmente, e restituir o imóvel finda a vigência do contrato, no estado em que recebeu, sem alterações indevidas de sua forma.

Ao lado dessas disposições, a lei aloca ao inquilino o dever de comunicar ao locador sobre eventuais danos, defeitos e turbações no

imóvel, para garantir a proteção do domínio e da posse indireta do locador. Nessa esteira, é dever do locatário realizar os reparos que lhe incumbam de maneira imediata. Deve, ainda, entregar imediatamente ao locador os documentos de cobrança de tributos e encargos condominiais, bem como multas ou intimações. Com essas disposições, o legislador busca evitar o prejuízo causado ao locador pela falta de informação em relação a correspondências dirigidas ao imóvel locado e dele omitidas pelo locatário. A lei impôs, ainda, ao locatário, o dever de permitir a vistoria do imóvel pelo locador ou por seu mandatário, mediante combinação prévia de dia e hora, bem como por terceiros, na hipótese de o locador colocar o imóvel à venda, desde que respeitados os preceitos constitucionais que tutelam a privacidade e o recesso familiar.

[Respeito à convenção de condomínio e custeio de despesas ordinárias]

Outra inovação da Lei do Inquilinato diz com o dever de cumprir integralmente a convenção do condomínio e o regulamento interno. Essa obrigação demonstra que, ao alugar imóvel em condomínio, o locatário adere a todas as convenções e decisões assembleares que regulem a convivência no local. Por fim, a lei elenca, no rol de obrigações do inquilino, o pagamento das despesas ordinárias de condomínio, entendidas como aquelas necessárias à sua administração e aos gastos rotineiros.<sup>86</sup> Essas, ao contrário das despesas extraordinárias, configuram, sim, contraprestação adequada à utilização do imóvel.

[Participação em assembleias]

Ressalte-se importante inovação, introduzida pelo art. 83, concernente à participação supletiva do locatário nas votações das assembleias, desde que venham a ser tratados assuntos relativos às despesas ordinárias de condomínio. O preceito revela a tendência legislativa de se valorizar o aproveitamento direto dos bens, em detrimento do titular da propriedade, quando este não os utiliza efetivamente. Aliás, o legislador italiano, já em 1978 (art. 10 da Lei nº

392/78), conferiu ao locatário o direito de voz e voto nas assembleias de condomínios, no lugar do proprietário, mesmo na presença deste, quando o tema versado se referir a despesas com calefação e ar condicionado, matérias diretamente ligadas à utilização cotidiana do imóvel.

## 7. DIREITO DE PREFERÊNCIA

O direito de preferência consiste em peculiaridade da Lei do Inquilinato,<sup>87</sup> prevista em seu art. 27, inexistindo sua previsão no regramento do contrato de locação regido pelo CC.<sup>88</sup> Para compreender esse instituto, fundamental repisar os efeitos do negócio jurídico: pelo contrato de locação, o locador cede o uso e o gozo do imóvel, transferindo ao locatário a sua posse direta. Infere-se, portanto, que a relação locatícia não importa a alienação do domínio. Logo, não existe impedimento a que o locador, no curso do contrato, venha a vender ou dar em pagamento a coisa locada, pois ele continua tendo a propriedade e a disponibilidade do bem.

[Condições para o exercício do direito de preferência]

Entretanto, para o exercício desse direito, o locador deve disponibilizar ao locatário todas as condições de venda, o preço e a documentação do imóvel, através de notificação, a fim de permitir o consciente exercício do direito de preferência por parte do locatário. O direito de preferência significa, então, que o locatário de imóvel urbano tem prioridade na aquisição do bem caso o locador decida aliená-lo por algum dos atos *inter vivos* mencionados na norma: venda (aí incluída a promessa de venda e a cessão de direitos) e dação em pagamento.<sup>89</sup>

[Inaplicabilidade do direito de preferência]

O legislador afasta expressamente, no art. 32,<sup>90</sup> o direito de preferência em caso de venda judicial, perda da propriedade, permuta, doação, integralização do capital, cisão, fusão e

incorporação. Nos primeiros casos, justifica-se a exclusão em razão da ausência de voluntariedade, por parte do locador, para realização do ato. No caso da permuta, da cisão, fusão e incorporação, afasta-se o instituto em razão da impossibilidade de o locatário equiparar as condições do terceiro, condição essencial do exercício da preferência. Exclui-se também a hipótese de doação, em razão de não consistir em alienação a título oneroso, mas mera liberalidade do locador.<sup>91</sup> Ainda, mediante a introdução do parágrafo único ao art. 32 pela Lei 10.931/2004, determinou-se a inaplicabilidade do direito de preferência, em contratos firmados a partir de 1º de outubro de 2001, em “casos de constituição da propriedade fiduciária e de perda da propriedade ou venda por quaisquer formas de realização de garantia, inclusive mediante leilão extrajudicial, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica”.

[Natureza personalíssima e real: ação de adjudicação compulsória]

O direito de preferência, de caráter personalíssimo, tem natureza real, de sorte que, atendidos os pressupostos do art. 33<sup>92</sup> da Lei 8.245/91, o locatário preterido em seu direito de preferência poderá requerer perdas e danos ou a adjudicação compulsória do imóvel, pleiteando para si a sua transferência, com a consequente anulação da alienação a terceiro. Consistem em pressupostos para o exercício da ação de adjudicação compulsória: (i) que o contrato de locação esteja averbado junto à matrícula do imóvel pelo menos 30 (trinta) dias antes da alienação,<sup>93</sup> sendo certo que não é necessário que dele conste cláusula de vigência; (ii) o locatário deve depositar o preço e demais despesas do ato de transferência; (iii) a ação deve ser proposta em 6 (seis) meses a contar do registro do ato que se quer impugnar no cartório de imóveis. Exercida a preferência, o locatário se torna proprietário. Opera-se a *traditio brevi manu*, em que a posse direta se converte em posse exercida em nome próprio. O terceiro adquirente, a seu turno, que perdeu o bem em razão do exercício da preferência pelo locatário, poderá pleitear indenização frente ao locador.

#### [Nulidade da cláusula de renúncia à preferência]

Revela-se, de outra parte, nula a cláusula que implique renúncia ao direito de preferência. Isso porque a preferência deve ser exercida por ocasião de realização do negócio e não antes em abstrato.

#### [Desistência da venda pelo locador]

O locatário tem prazo de 30 (trinta) dias para manifestar inequivocamente sua aceitação integral à proposta do locador (art. 28)<sup>94</sup>, sob pena de caducidade do direito.<sup>95</sup> Se o locador desiste da venda ou impede sua realização, após a aceitação da proposta pelo locatário, deverá indenizá-lo pelas perdas e danos decorrentes da frustração da expectativa, nos moldes do princípio geral de que a proposta torna obrigatório o negócio. Discute-se, se, nesses casos, o locatário poderá compelir o locador a realizar coercitivamente o negócio. O art. 29<sup>96</sup> da Lei n.º 8.425/91 determina que, na hipótese de desistência da venda pelo locador, este deverá responder pelos prejuízos ocasionados ao locatário que já havia exercido a preferência.<sup>97</sup> A solução será, portanto, indenizatória, não cabendo a execução específica do direito de preferência.

#### [Sub-locação total]

Se o imóvel estiver sublocado por inteiro, o direito de preferência se mantém em favor do sublocatário, fazendo com que a sublocação gere efeitos entre o sublocatário e o locador. Caso o sublocatário não o exerça, o direito de preferência caberá ao locatário. Se houver pluralidade de sublocatários com acordo entre todos quanto à compra do imóvel, a aquisição será feita em condomínio. Inexistindo tal harmonia na declaração de vontade, a lei faculta que a preferência seja exercida por apenas um dos sublocatários se um só for interessado (art. 30,<sup>98</sup> Lei n.º 8.245/91).

#### [Sub-locação parcial]

Por outro lado, na sublocação parcial, o direito de preferência será do locatário. Nesse caso, se houver rejeição da proposta pelo locatário, parece adequado que a preferência seja oferecida ao sublocatário, já que, enquanto morador, é ele interessado na manutenção do imóvel, de modo a cumprir a função social do instituto da preferência, que é reduzir o *deficit* habitacional por ações de despejo.<sup>99</sup>

## 8. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO

[Prazo determinado]

Quanto à extinção do vínculo contratual, a Lei n.º 8.245/91 estabelece, nas locações a prazo determinado, a regra geral de que só se poderá extinguir o vínculo ao final do período pactuado.

[Locação não residencial]

Tratando-se de locação não residencial, o contrato cessará de pleno direito após o término do prazo acordado, independentemente de notificação ou aviso prévio de qualquer das partes, salvo se houver sido exercido o direito à ação renovatória (art. 56).<sup>100</sup> A prorrogação do contrato apenas ocorrerá, nestas hipóteses, se o locatário permanecer no imóvel por 30 (trinta) dias sem a oposição do locador (art. 56, parágrafo único).<sup>101</sup> Nesse caso, o contrato se converterá em negócio por prazo indeterminado e, para denunciá-lo, o locador deverá enviar notificação, concedendo prazo de desocupação de 30 (trinta) dias (art. 57).<sup>102</sup> Vale dizer, até 1 (um) mês após o termo final estabelecido no contrato, o locador que desejar reaver o imóvel poderá ajuizar ação de despejo, sem a necessidade de qualquer outra providência antecipatória. Passado o prazo legal, a locação se converte em contrato por prazo indeterminado.

[Locação residencial por escrito e com prazo igual ou superior 30 (trinta) meses]

O mesmo ocorrerá nas locações com finalidade residencial ajustadas por escrito e por prazo igual ou superior a 30 (trinta) meses. Findo o prazo contratual, o vínculo será extinto automaticamente, podendo o locador ingressar com o despejo independentemente de notificação ou aviso prévio, até 30 (trinta) dias após o término do prazo contratual. Por outro lado, o contrato se prorrogará por prazo indeterminado se, findo o prazo ajustado, o locatário permanecer na posse do imóvel, sem oposição do locador, por mais de 30 (trinta) dias, nessa hipótese será suscetível de rescisão unilateral imotivada mediante notificação da outra parte, oferecendo-se o prazo de 30 (trinta) dias para a desocupação (art. 46, §§ 1º e 2º)<sup>103</sup>.

[Locação residencial verbal ou por prazo inferior a 30 (trinta) meses]

Já nas locações residenciais ajustadas verbalmente ou, se por escrito, por prazo inferior a 30 (trinta) meses, findo o prazo contratual estipulado, prorroga-se automaticamente a locação por prazo indeterminado, só podendo ser rescidida pelo locador imotivadamente ao cabo de 5 (cinco) anos, ou motivadamente, nas hipóteses previstas pelo legislador (art. 47).<sup>104</sup> Se for do desejo do locatário rescindir unilateralmente o contrato por prazo indeterminado, poderá fazê-lo mediante aviso prévio de 30 (trinta) dias, ou por meio de pagamento de indenização equivalente.

[Rescisão unilateral pelo locador]

No que tange à rescisão unilateral antecipada, o locador deverá respeitar o prazo contratual, não podendo reaver o imóvel antes do período estipulado, mesmo se a retomada for motivada, salvo nas hipóteses previstas no art. 9º, atinentes a: a) mútuo acordo; b) prática de infração legal ou contratual; c) falta de pagamento do aluguel e demais encargos; d) necessidade de reparações urgentes determinadas pelo Poder Público, que não possam ser normalmente executadas com a permanência do locatário no imóvel ou, podendo, caso ele se recuse a consenti-las.

#### [Resilição unilateral pelo locatário]

Em relação à denúncia antecipada do locatário, a lei apresenta-se mais liberal, facultando-lhe a resilição e sujeitando-o à multa contratual proporcional ao período de tempo em que vigorou a locação, ou a valor judicialmente arbitrado. Assim, o art. 4º<sup>105</sup> atrai a disciplina da cláusula penal compensatória, em detrimento da exigência do pagamento de todos os aluguéis equivalentes ao restante do contrato. A disciplina legal, nesse ponto, se mostra protetiva do locatário, compreendendo seus interesses não especulativos, em tutela de valores extrapatrimoniais, atinentes à moradia e ao trabalho.

#### [Resilição pelo locatário: transferência profissional]

Mais uma demonstração da sensibilidade do legislador a esses valores nessa matéria consta da redação do parágrafo único do art. 4º, que exonera o locatário do pagamento de qualquer indenização se a entrega do imóvel decorrer de transferência profissional que importe em deslocamento do inquilino para localidade diversa daquela onde trabalhava no início da relação contratual, sujeitando-o apenas ao dever de notificar o locador.

#### [Cláusula de vigência]

Pertinente, na discussão sobre a extinção do contrato de locação à luz da Lei do Inquilinato, a análise da cláusula de vigência. Ao contrário do que dispõe o Código Civil, a venda do imóvel pelo locador tem o condão de romper a locação, conforme primeira parte do *caput* do art. 8º: “se o imóvel for alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato, com o prazo de noventa dias para a desocupação”.

Transferida a propriedade, o direito de ruptura imotivada pelo adquirente só não subsistirá se o contrato de locação, estipulado por prazo determinado, for dotado de cláusula de vigência e estiver averbado junto ao Registro de Imóveis. É o que consagra a segunda parte do artigo referido: “(...) salvo se a locação for por tempo



determinado e o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do imóvel”. O § 1º do art. 8º estende o direito potestativo do adquirente de denunciar o contrato de locação ao promitente comprador e ao promitente cessionário, sendo irrevogável o negócio e tendo havido imissão na posse do imóvel. Tal direito deve ser exercido no prazo de 90 (noventa) dias, a contar do registro da venda ou do compromisso (art. 8º, § 2º), sob pena de decadência.

## **9. OS IMPACTOS DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO**

[Ação revisional de aluguel]

O contrato de locação de imóveis urbanos, regido pela Lei nº 8.245/1991, consiste em negócio de longa duração.<sup>106</sup> Por essa razão, confere-se às partes a possibilidade de pleitear a revisão contratual com vistas ao seu reequilíbrio econômico, por vezes atingido pelas superveniências.<sup>107</sup> Nesse sentido, o legislador facultou às partes a repactuação do valor do aluguel, através da ação revisional (Lei nº 8.245/1991, art. 19).

Ocorre que o referido instituto prevê contornos estritos para sua aplicação. Com efeito, o art. 19 da Lei do Inquilinato determina que uma das partes só pode ingressar com a ação revisional após 3 (três) anos de vigência do contrato.<sup>108</sup> Além do pressuposto temporal, o cabimento da ação pressupõe o descompasso entre o preço estipulado pelas partes e o valor atual de mercado para o aluguel. Ausentes esses pressupostos, não seria possível ingressar com a ação revisional com vistas a recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O tema entrou em pauta na agenda legislativa diante da crise econômica causada pelo novo coronavírus, que comprometeu a renda de muitos brasileiros e a atividade econômica de empresários, fragilizando o equilíbrio de diversos contratos de locação de imóveis urbanos.

Nessa direção, o Poder Legislativo elaborou o Projeto de Lei nº 1.179/2020, criando regime jurídico emergencial, o qual, entre outras disposições, prevê normas específicas para a locação em tempos de pandemia. A redação inicial do projeto previa a proibição de que proprietários ingressassem com medida liminar com o objetivo de despejar os inquilinos até 31 de dezembro de 2020.<sup>109</sup>

Após ser aprovado no Congresso Nacional, o Projeto seguiu para a sanção presidencial. Apesar de a norma ter sido aprovada, dando origem à Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020, o dispositivo que proibia o despejo liminar foi vetado. Nas razões do veto, o chefe do Executivo afirmou que a propositura legislativa contrariava o interesse público, na medida em que suspendia um dos instrumentos de coerção ao adimplemento das obrigações do locatário. Segundo a justificativa, a norma projetada conferia proteção excessiva ao locatário devedor, em detrimento dos direitos do proprietário, “além de promover o incentivo ao inadimplemento e em desconsideração da realidade de diversos locadores que dependem do recebimento de aluguéis”.<sup>110</sup>

Apesar disso, em 8 de setembro de 2020, houve nova publicação da Lei, dessa vez com a derrubada dos vetos presidenciais. Uma das disposições retomadas foi a regra transitória relativa às locações de imóveis urbanos. Segundo o art. 9º da lei vigente: “Não se concederá liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo, a que se refere o art. 59, § 1º, incisos I, II, V, VI, VIII e IX, da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, até 30 de outubro de 2020”.

[RJET]

Portanto, a atual redação da Lei nº 14.010/2020, que inaugura o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET), conferiu tratamento normativo acerca do despejo em tempos de pandemia. Assim, até 30 de outubro de 2020, está proibida a concessão de liminar em ações de despejo fundadas

em: (i) descumprimento de acordo para desfazimento da locação (art. 9º, I, da Lei nº 8.245/1991); (ii) extinção de contrato de trabalho, se a relação de emprego for a causa da locação (art. 47, I, da Lei nº 8.245/1991); (iii) permanência do sublocatário no imóvel se extinta a locação; (iv) extinção da garantia sem apresentação de nova tempestivamente (art. 40, parágrafo único, da Lei nº 8.245/1991); (v) término do prazo da locação não residencial; e (vi) falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação no vencimento.

[Outros Projetos de Lei]

Vale ressaltar que tramitam no Congresso Nacional outras propostas legislativas para reformar a Lei nº 8.245/1991 durante o período de calamidade pública causada pela pandemia do novo coronavírus. Uma dessas iniciativas é o Projeto de Lei nº 936/2020, posteriormente apensado ao Projeto de Lei nº 827/2020, que pretende incluir o § 2º ao art. 5º, que trata da ação de despejo para o locador reaver o imóvel, determinando que a referida disposição não valerá enquanto durarem as medidas de enfrentamento da referida pandemia. Além disso, o projeto pretende incluir parágrafos ao art. 9º, no sentido de que a locação não poderá ser desfeita em decorrência da falta de pagamento do aluguel ou dos demais encargos no mesmo período. A inclusão pretende autorizar desconto de 100% (cem por cento) do aluguel para aqueles que não tenham condições de prover seu sustento.

Por sua vez, o Projeto de Lei nº 827/2020 pretende suspender, pelo prazo de 90 (noventa) dias, a execução das ordens de despejo de locações de imóveis residenciais e comerciais. Como visto acima, o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) já incorporou substancialmente a função dessas propostas legislativas.

O esforço para reequilibrar as relações locatícias abaladas pela crise econômica causada pelo novo coronavírus, contudo, não se restringe às medidas do Poder Legislativo. Com efeito, antes mesmo da aprovação do RJET, despontavam, na jurisprudência, iniciativas para reduzir o rigor das disposições legais. Cite-se,

exemplificativamente, decisão do TJSP em que foi concedido prazo maior para a desocupação em razão da situação de crise sanitária e econômica que assola o país.<sup>111</sup> Como se vê, os Poderes Legislativo e Judiciário estão empenhados em remediar os efeitos nocivos causados pela pandemia do novo coronavírus sobre os contratos de locação.

## **LEASING OU ARRENDAMENTO MERCANTIL**

### **10. CONCEITO**

[Perspectiva histórica]

As necessidades do comércio e da atividade empresarial mostraram para os operadores econômicos que a imobilização de ativos não mais correspondia à melhor maneira de acumular riquezas. Assim, os industriais se viram no paradoxo formado pela necessidade de modernizar suas instalações a todo o tempo e a impossibilidade de manter esse fluxo constante em razão das grandes despesas com bens móveis e imóveis, que reduziram seu dinheiro em caixa.

Nos Estados Unidos, esta situação formou o terreno fértil para o desenvolvimento de uma nova modalidade negocial, na qual o empresário pede a uma instituição financeira que compre determinado bem seguindo suas especificações técnicas, e, após, aluga esse equipamento, por prazo determinado, com possível opção de compra pelo preço residual ao final do contrato. As vantagens do modelo são evidentes: o empresário não compromete grande parte de seus ativos em uma compra de grande monta, mas, ainda assim, consegue modernizar sua atividade a partir do aluguel de bens comprados segundo sua específica necessidade.<sup>112</sup>

A essa forma negocial deu-se o nome de *leasing*, decorrente do gerúndio do verbo inglês *to lease*, que significa arrendar. Da sua definição se extrai a complexidade de situações jurídicas que se formam a partir de sua celebração. Por isso, é definido como

contrato misto, ou complexo, que, via de regra, se forma a partir de uma compra e venda, uma promessa sinalagmática de locação de coisa, e uma opção de compra, podendo, ainda, a depender de sua modalidade, conter obrigações e direitos típicos do mandato, da promessa unilateral de venda e da prestação de serviços.<sup>113</sup>

Devido à sua relevância prática, o *leasing* rapidamente foi incorporado na legislação e na prática comercial em países da Europa e da América Latina. No Brasil, o *leasing*, também denominado arrendamento mercantil, passou a ser praticado a partir da década de 60, tornando-se objeto de regulamentação com a edição da Lei n.º 6.099/74, modificada posteriormente pela Lei n.º 7.132/83. Aludida Lei regulamenta principalmente os aspectos tributários das operações decorrentes desta espécie contratual. Mencione-se, ainda, a Resolução do Banco Central n.º 2.309/96, que disciplina as operações de arrendamento mercantil.

[Natureza jurídica]

Quanto à qualificação do contrato de *leasing*, trata-se de contrato típico, em razão da referida normativa que o disciplina.<sup>114</sup> Em contrapartida, há quem defenda a sua atipicidade,<sup>115</sup> ao argumento de que o *leasing* reuniria, em sua causa, efeitos essenciais dos tipos contratuais da compra e venda, da locação, do mútuo e, em alguns casos, do mandato, quando o arrendatário representa o arrendador nas relações com o vendedor, procedendo à escolha do bem. A presença de efeitos essenciais de diferentes espécies contratuais o tornaria contrato atípico, de natureza complexa, aplicando-se ao *leasing*, no que couber, regras atinentes aos negócios jurídicos típicos pertinentes, de acordo com a fase em que ele se encontra.<sup>116</sup> Todavia, a se considerar que, em todas as fases, o contrato é o mesmo e que há lei especial o disciplinando, o *leasing* há de ser considerado contrato típico.

[Conceito]

Apesar de seu escopo restrito, a Lei nº 6.099/74 fornece balizas importantes para a interpretação do *leasing*. No parágrafo único do art. 1º, há a definição legislativa do instituto: “Considera-se arrendamento mercantil, para os efeitos desta Lei, o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta”. Conceitua-se, portanto, *leasing* o contrato por meio do qual pessoa jurídica, denominada arrendadora, arrenda a pessoa física ou jurídica, chamada arrendatária, por tempo determinado, bem comprado pela primeira de acordo com as instruções da segunda.

[Tríplice opção]

Uma vez adquirido o bem pela arrendadora, esta, na qualidade de proprietária do bem, arrenda-o à arrendatária, mediante o pagamento de prestações, uma espécie de aluguel. Ao final do prazo do contrato, abre-se à arrendatária tríplice opção: (i) adquirir o bem por um preço menor do que o de sua aquisição primitiva (pelo Valor Residual Garantido – VRG); (ii) devolver o bem ao arrendador; ou (iii) prorrogar o contrato, mediante o pagamento de aluguéis menores do que o do primeiro arrendamento.

Mostra-se fundamental que a empresa arrendadora tenha essa operação como sua principal atividade, ou que centralize tais operações em um departamento especializado com escrituração própria (art. 2º, § 2º), e que sejam subordinados ao controle e à fiscalização do Banco Central do Brasil (art. 7º).

[Etapas da formação do contrato]

Em síntese, as seguintes etapas formam progressivamente o contrato de arrendamento mercantil: primeiro, o empresário indica para a instituição financeira arrendadora o bem que deseja adquirir, com todas as suas especificações técnicas; em seguida, o adquirente do equipamento cede-o em locação ao interessado, pelo

prazo geral médio para um financiamento, de modo que a soma total dos aluguéis – que podem ser fixos, variáveis ou decrescentes – corresponda ao preço de aquisição do bem locado.<sup>117</sup>

[Fixação do conteúdo]

Durante o lapso temporal em que dura o arrendamento, sobre o arrendatário recaem os custos com conservação do bem, sendo comum que este seja obrigado a contratar seguro para a coisa. Dada a flexibilidade do instituto, é possível, ainda, que o arrendatário possa pedir a substituição do bem por um equivalente mais moderno, recém-disponibilizado no mercado. As peculiaridades da relação serão tratadas no contrato, e, a depender do tipo de *leasing*, haverá mais ou menos liberdade das partes para estabelecimento de suas cláusulas.<sup>118</sup>

[Requisitos legais]

A Lei n.º 6.099/74, porém, impõe requisitos essenciais que devem estar presentes em qualquer contrato de arrendamento mercantil: a) prazo da relação; b) valor de cada contraprestação por períodos determinados, não superiores a um semestre; c) opção de compra ou renovação do contrato, como faculdades do arrendatário; d) preço ou critério para sua fixação em caso de opção de compra (art. 5º). Como se vê, o bem objeto do contrato não consta como requisito do negócio, mas o art. 23, “b”,<sup>119</sup> da mesma Lei concede autorização ao Conselho Monetário Nacional para enumerar restritivamente bens que não poderão ser dados em arrendamento mercantil.

## 11. MODALIDADES

A prática comercial e a crescente complexidade das necessidades das empresas fizeram surgir novas modalidades desse instituto, de modo que, ao lado do tradicional *leasing* financeiro,

pode-se citar, pelo menos, dois outros tipos, o *lease back* e o *leasing* operacional.

#### [Leasing financeiro]

O *leasing* financeiro é o modelo clássico de arrendamento, que envolve três sujeitos: o arrendatário, que é o empresário que orienta a compra e aluga o bem para uso próprio; o arrendador, que compra o bem e o oferece em locação; e, por fim, o fornecedor do equipamento. Nesse modelo, abre-se tríplice alternativa ao arrendatário ao fim da locação, que poderá escolher entre a compra do bem por um valor residual, a devolução do bem ou a renovação do contrato. É o tipo de arrendamento mercantil mais utilizado na prática, configurando modalidade de financiamento, já que o arrendador compra o bem e mantém sua propriedade, oferecendo seu uso ao arrendatário mediante o pagamento de um valor de locação.<sup>120</sup> Nessa categoria, não pode o arrendatário devolver o bem antes de findo o prazo contratual, já que a obrigatoriedade de ser firmado por prazo determinado é essencial à sua caracterização, daí advindo o risco de obsolescência do bem, que corre contra o arrendatário.<sup>121</sup>

#### [Lease back]

Outro tipo de arrendamento, semelhante ao primeiro, é o denominado *lease back*, previsto no art. 9º da Lei n.º 6.099/74, que determina: “As operações de arrendamento mercantil contratadas com o próprio vendedor do bem ou com pessoas jurídicas a ele vinculadas, mediante quaisquer das relações previstas no art. 2º desta Lei, poderão também ser realizadas por instituições financeiras expressamente autorizadas pelo Conselho Monetário Nacional, que estabelecerá as condições para a realização das operações previstas neste artigo”. Nesse modelo, não está presente a figura do fornecedor do bem, já que, como determina o dispositivo, o bem a ser arrendado já faz parte do patrimônio do arrendatário.



Infere-se, portanto, que o caráter de operação de financiamento não se faz presente nessa categoria. Trata-se, ao contrário, de mecanismo de desmobilização de ativos do empresário, que passa a ter mais fluxo de caixa, mas mantém a sua operação com os equipamentos com os quais já trabalhava. O mecanismo dessa espécie de *leasing* se dá da seguinte forma: o empresário, proprietário de bens de produção, vende-os para uma instituição financeira, que, em seguida, aluga-os para o arrendatário, ex-proprietário, que passa a ter o bem sob outro título jurídico, deixando de ser proprietário, e passando a ser arrendatário.<sup>122</sup> Do mesmo modo como ocorre com o *leasing* financeiro, o arrendatário, ao final do lapso estipulado para o *lease-back*, tem a opção de recompra do bem, com a ressalva de que apenas instituições financeiras podem ser partes nesta modalidade de negócio.<sup>123</sup>

Nesse contrato, os riscos da obsolescência correm, novamente, por conta do arrendatário; porém, o *lease-back* pode consistir na venda de um só bem ou de parcela do ativo de uma empresa, de modo que é possível que as partes já façam prévia estimativa contábil a respeito da depreciação dos equipamentos objeto do negócio, estabelecendo o preço com base nessas informações.<sup>124</sup>

[*Leasing* operacional]

A terceira modalidade de arrendamento mercantil é o *leasing* operacional, que se configura na hipótese em que o arrendante é o próprio fabricante do bem dado em locação. Trata-se de estrutura jurídica muito utilizada no Brasil, especialmente no âmbito de montadoras de veículos ou de maquinário de grande complexidade, que se tornam obsoletos em pouco tempo. A vantagem para o arrendatário é que o fornecedor, por conservar a propriedade do bem, responderá pelos riscos da coisa. Nesse sentido, mostra-se característico desse tipo de operação que o arrendador forneça serviços de manutenção ao arrendatário, cujo valor está embutido no pagamento das prestações determinadas em contrato.<sup>125</sup>

Não há, aqui, a intervenção de uma instituição financeira, e, ao, contrário do que ocorre na categoria clássica, a cláusula de opção

de compra não é essencial ao contrato, afinal, é usual que o bem locado seja devolvido e novamente oferecido a outra pessoa pelo arrendador. Portanto, é direito do arrendatário rescindir o contrato a qualquer tempo, mediante aviso prévio.

[Self-leasing]

Além dessas três modalidades de *leasing*, o tráfico jurídico reconhece uma quarta forma de operação. Trata-se do *self-leasing*, ou arrendamento consigo mesmo, que consiste no procedimento realizado entre sociedades integrantes de mesmo grupo econômico, e se verifica quando uma arrenda, à outra, determinado bem, com cláusula de opção de compra. O art. 2º da já mencionada Lei n.º 6.099/74 exclui expressamente essa possibilidade do Direito brasileiro, certamente temendo fraudes realizadas mediante simulações ou negócios indiretos.<sup>126</sup>

## **12. O PAGAMENTO DO VALOR RESIDUAL GARANTIDO E A (DES)CARACTERIZAÇÃO DO LEASING**

[Cobrança antecipada do VRG]

Em 2002, o STJ editou a Súmula 263, segundo a qual a cobrança antecipada do Valor Residual Garantido (VRG) descaracterizaria o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação.<sup>127</sup> Ao consagrar esse entendimento, o STJ definiu que, se a opção de compra pelo valor residual, exercida ao final do prazo estipulado para a locação, era característica essencial ao *leasing*, não seria compatível com a sua correspondente disciplina (contratual e tributária) a cobrança antecipada desse montante pelo agente financeiro.<sup>128</sup> Segundo esse entendimento, o pagamento do VRG equivaleria à quitação do preço do bem, de modo que não mais interessaria ao arrendatário o exercício das

faculdades de devolução da coisa ou renovação do arrendamento, e a operação estaria transmutada em compra e venda.

Ocorre que, em 2003, o entendimento deixou de prevalecer e a Súmula 263 foi cancelada. De fato, o valor residual garantido é previsto em algumas normas no direito brasileiro e não afasta a tipicidade do *leasing*. De acordo com a Portaria n.º 564/78 do Ministério da Fazenda, por exemplo, Valor Residual Garantido é o “preço contratualmente estipulado para exercício da opção de compra, ou valor contratualmente garantido pela arrendatária como mínimo que será recebido pela arrendadora na venda a terceiros do bem arrendado, na hipótese de não ser exercida a opção de compra”. Mais contundente, ainda, é a Resolução n.º 2.309 do Banco Central do Brasil, que afirma que a previsão de a arrendatária pagar o VRG não caracteriza o exercício da opção de compra (art. 7º, VII, “a”), ou seja, a tríplice opção entre adquirir o produto, devolvê-lo ou renovar o contrato permaneceria em favor do arrendatário, e as bases do *leasing* não seriam maculadas, na hipótese de pagamento antecipado do VRG.

[Possibilidade de quitação antecipada do VRG]

Assim sendo, o entendimento atual do STJ é no sentido de que as partes podem livremente pactuar as prestações a serem pagas pelo arrendatário no contrato de *leasing*, podendo determinar, inclusive a quitação antecipada do VRG.<sup>129</sup> Editou-se, nessa direção, a Súmula 293, com o seguinte teor: “a cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil”.

## PROBLEMA PRÁTICO

Para que a alienação não ponha fim à relação locatícia celebrada pelo proprietário anterior, é necessário que haja cláusula de vigência do contrato de locação registrada na matrícula do imóvel no RGI (art. 8º, Lei nº 8.245/91). Trata-se de mecanismo de proteção ao terceiro de boa-fé, que não poderia ter comprometida a fruição do

bem recém-adquirido pela vigência de relação locatícia da qual não participou. Seria possível a imposição da manutenção da locação, mesmo sem cláusula de vigência registrada, caso restasse comprovada a ciência do adquirente em relação à locação e sua concordância verbal, no ato da compra, com a continuação?



**Acesse o QR Code e assista à aula explicativa sobre este assunto.**

> <https://uqr.to/ntj6>

- **Vide Casoteca**

- 
- 1 “Art. 1º. A locação de imóvel urbano regula-se pelo disposto nesta lei: Parágrafo único. Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais: a) as locações: (...) 4. Em *apart-hotéis*, hotéis-residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar”.
- 2 “Art. 1º. (...) Parágrafo único. Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais: a) as locações: 1. de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas; 2. de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos; 3. de espaços destinados à publicidade; 4. em *apart-hotéis*, hotéis-residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar; b) o arrendamento mercantil, em qualquer de suas modalidades”.
- 3 Sobre o tema, cfr. exemplificativamente: “Se os direitos autorais são considerados bens móveis, podem eles ser locados e foi isto o que fez a autora ao ceder seus direitos autorais e receber, em troca, certa quantia em pagamento pela locação (...). Ao permitir a terceiros, a utilização de suas criações artísticas, está usando o seu direito de autor e direitos autorais, para fins legais, reputam-se, bens móveis e estes podem ser locados” (STJ, 1ª T., REsp. 26.598, Rel. Min. Garcia Vieira, julg. 23.09.1992, publ. DJ 16.11.1992). Nos Tribunais estaduais, cfr. precedente do TJRS: “Por outro lado, impende salientar que a produção de vídeos e áudios para fins publicitários e de propaganda, por encomenda de um cliente específico, cedendo a este o direito de uso do fonograma, por um tempo determinado, sem, contudo, desfazer-se da propriedade, equivale à locação de bens móveis. De fato, a Lei 9.610/98 (que dispõe a respeito dos direitos autorais) estabelece em seu art. 3º que “os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis” (TJRS, 22ª CC., Ap. Civ. 70047105648, Rel. Des. Denise Oliveira Cezar, julg. 31.5.2012, publ. DJ 15.6.2012). V. tb. TJSP, 15ª C. D. Priv., Ap. Civ. 9061087-91.2006.8.26.0000, Rel. Des. Eutálio Porto, julg. 19.5.2011, publ. DJ 24.5.2011.
- 4 Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, edição histórica, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975, p. 290. V. tb. Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, vol. 5, São Paulo: Saraiva, 2007, 35. ed., p. 158.

- 5 “Art. 95. Os imóveis da União não aplicados em serviço público e que não forem utilizados nos fins previstos nos itens I e II do art. 86, poderão ser alugados a quaisquer interessados.

Parágrafo único. A locação se fará, em concorrência pública e pelo maior preço oferecido, na base mínima do valor locativo fixado”.

- 6 A jurisprudência ressalta a importância de se examinar o caso concreto. Em alguns casos, os Tribunais entendem que o mero recebimento dos aluguéis não importa anuência com a prorrogação: “não se pode falar em presunção de anuência da prorrogação de contrato pelo simples fato de a locadora estar recebendo, sem ressalvas, os aluguéis. O aluguel é contraprestação pelo uso do bem locado” (STJ, 6ª T., REsp. 38.791, Rel. Min. Adhemar Maciel, julg. 30.11.1993). No mesmo sentido: “(...) certo é que não houve mesmo a prorrogação do contrato havido entre as partes, restando claro que o recebimento dos aluguéis dos meses de abril e maio de 2014, não obstante já expirado o prazo final da avença, não representou a alegada prorrogação “tácita” do que fora contratado, mas, ao revés, mero ato de tolerância por parte da associação apelada, em razão da já indevida posse do imóvel pelo autor, cujas obrigações pecuniárias permaneceram até a efetiva desocupação do imóvel” (TJSP, 26ª C. D. Priv., Ap. Civ. 1004691-80.2014.8.26.0606, Rel. Des. Alfredo Attié, julg. 14.6.2018, julg. DJ 15.6.2018). Portanto, é fundamental que se analise o comportamento das partes. Nesse sentido, o STJ já considerou que “o retardo quanto à propositura da ação pode levar à conclusão de que houve prorrogação tácita da avença, o que é matéria de fato a ser examinada pelas instâncias ordinárias” (5ª T., AgRg no Ag 1027368, Rel. Min. Laurita Vaz, julg. 10.6.2008, publ. DJ 4.8.2008).

- 7 “Art. 46. (...) § 1º. Findo o prazo ajustado, se o locatário continuar na posse do imóvel alugado por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir – se – á prorrogada a locação por prazo indeterminado, mantidas as demais cláusulas e condições do contrato”.

- 8 Nessa direção, anota Ricardo Fiúza, *Novo Código Civil Comentado*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 508). Destaque-se, por outro lado, o entendimento no sentido de que a prorrogação ocorre imediatamente após finalizado o prazo contratual, sem a necessidade de se aguardar o lapso temporal de 30 (trinta) dias: TJRJ, 22ª CC., Ap. Cív. 0394151-18.2016.8.19.0001, Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, julg. 21.5.2019, publ. DJ 23.5.2019.

- 9 STJ, REsp. 1335485, Decisão Monocrática, Rel. Luis Felipe Salomão, julg. 7.3.2017, publ. DJ 5.4.2017. No mesmo sentido: “3. O art. 39 da Lei 8.245/91 dispõe que, salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel, ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado. 4. Da redação do mencionado dispositivo legal depreende-se que não há necessidade de expressa anuência dos fiadores quanto à prorrogação do contrato quando não há qualquer disposição contratual que os desobrigue até a efetiva entrega das chaves. 5. Ademais, a própria lei, ao resguardar a faculdade do fiador de exonerar-se da obrigação mediante a notificação resilitória, reconhece que a atitude de não mais responder pelos débitos locatícios deve partir do próprio fiador, nos termos do art. 835 do CC/02. 6. Na hipótese sob julgamento, em não havendo cláusula contratual em sentido contrário ao disposto no art. 39 da Lei de Inquilinato – isto é, que alije os fiadores da responsabilidade até a entrega das chaves – e, tampouco, a exoneração da fiança por parte dos garantes, deve prevalecer o disposto na lei especial quanto à subsistência da garantia prestada. 7. Recurso especial conhecido e não provido” (STJ, 3ª T., REsp. 1607422, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 17.10.2017, publ. DJ 17.11.2017).
- 10 “Com o julgamento dos EREsp 566.633/CE, *ficou pacificado no âmbito do STJ a admissão da prorrogação da fiança nos contratos locatícios prorrogados por prazo indeterminado, contanto que expressamente prevista no contrato (v.g., a previsão de que a fiança subsistirá ‘até a entrega das chaves’)*. 3. Todavia, a jurisprudência consolidada apreciou demandas à luz da redação primitiva do artigo 39 da Lei do Inquilinato (Lei 8.245/91). Com a nova redação conferida pela Lei nº 12.112/09, para contratos de fiança firmados a partir de sua vigência, salvo disposição contratual em contrário, a garantia, em caso de prorrogação legal do contrato de locação por prazo indeterminado, também prorrogase automaticamente (*ope legis*), resguardando-se, durante esse prazo, a faculdade de o fiador de exonerar-se da obrigação mediante notificação resilitória” (STJ, 4ª T., Agl nos EDcl no REsp. 1559105, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 16.11.2017, publ DJ 22.11.2017).
- 11 Ilustrativo, nesse sentido, é o REsp. 1253411: “A fiança foi pactuada para garantia fidejussória de dívida de sociedade empresária da qual eram sócios os recorrentes, previamente definido o montante e a possibilidade de prorrogação da avença principal e da acessória, constando da sentença que a presente ação de exoneração da fiança somente foi proposta após o ajuizamento anterior, pelo Banco, da ação

de execução em face da devedora principal e dos fiadores. 2. *A prorrogação 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 pela Lei n. 12.112/2009 –, pois é a mesma matéria disciplinada pelo Código Civil.* 3. A interpretação extensiva da fiança constitui em 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. 4. Com efeito, não há falar em nulidade da disposição contratual que prevê prorrogação da fiança, pois não admitir interpretação extensiva significa tão somente que o fiador responde, precisamente, por aquilo que declarou no instrumento da fiança. 5. Porém, independentemente das disposições contratuais, é reconhecida a faculdade do fiador de, no período de prorrogação contratual, promover notificação resilitória, nos moldes do disposto no art. 835 do Código Civil” (STJ, 2ª S., REsp. 1253411, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 24.6.2015, publ DJ 4.8.2015; grifou-se). V. tb. STJ, 4ª T., REsp. 1374836, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 3.10.2013, publ. DJ 28.2.2014).

- 12 Ao propósito, destaca Orlando Gomes que: “A cessão pode ser realizada por qualquer das partes, mas, em alguns contratos, como a locação, somente assume sua feição típica quando realizada por um dos contratantes, o *locatário*”. Continua o autor dizendo ser essencial para a cessão a concordância do cedido: “Para se realizar o *negócio de cessão*, é indispensável o consentimento do *contratante cedido*. Não basta o acordo entre cedente e cessionário. Necessário que as três figuras obrigatórias declarem a vontade de efetuar-la” (*Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, 26. ed., pp. 179-180).
- 13 “Art. 16. O sublocatário responde subsidiariamente ao locador pela importância que dever ao sublocador, quando este for demandado e, ainda, pelos aluguéis que se vencerem durante a lide”.
- 14 Nessa direção, o art. 15 da Lei do Inquilinato dispõe: “Rescindida ou finda a locação, qualquer que seja sua causa, resolvem-se as sublocações, assegurado o direito de indenização do sublocatário contra o sublocador”.
- 15 Consoante a Súmula 442, STF: “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”.

- 16 Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XVII, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, 8ª. ed., p. 114-115.
- 17 “Art. 8º. (...) § 2º A denúncia deverá ser exercitada no prazo de noventa dias contados do registro da venda ou do compromisso, presumindo-se, após esse prazo, a concordância na manutenção da locação”.
- 18 Súmula 158/1963: “salvo estipulação contratual averbada no registro imobiliário, não responde o adquirente pelas benfeitorias do locatário”.
- 19 Em sentido contrário, Carlos Roberto Gonçalves sustenta que os vícios a que se refere o art. 568 são apenas os vícios redibitórios (*Direito Civil Brasileiro*, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2010, 7ª. ed., p. 314).
- 20 Segundo Sylvio Capanema de Souza, a redução dos aluguéis deverá levar em consideração “a extensão do dano, o prejuízo à utilidade da coisa ou seu desempenho, e outros fatores, a serem considerados à luz do caso concreto” e o novo montante do aluguel deverá valer a partir da data da citação (Sylvio Capanema de Souza, *Comentários ao Código Civil*: arts 565 a 578. In: Sálvio de Figueiredo (coord.), Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 376). A jurisprudência já decidiu ser possível o abatimento nos aluguéis em razão de dano, não imputável a qualquer das partes, não reparado pelo locador: “No que se refere ao abatimento de 50% do valor do locativo, a r. sentença não merece qualquer reparo, uma vez que o imóvel locado apresentou problemas severos de infiltração acarretando danos consideráveis ao autor, comerciante de produtos eletrodoméstico, eletrônicos etc. A singela alegação da ré de que o autor não ficou impossibilitado de utilizar o imóvel em discussão não vinga, uma vez que se houvesse tal impossibilidade, seria caso de rescisão contratual. No entanto, considerado que o autor não pôde utilizar parte do imóvel, qual seja, o pavimento superior do referido bem, está claro que deve obter abatimento do aluguel, sob pena de empobrecimento ilícito. Assim, o montante fixado pela digna Sentenciante levou em consideração tais fatos, não merecendo, pois, qualquer alteração” (TJSP, 31ª C. D. Priv., Ap. 00065153520138260248, Rel. Des. Adilson de Araujo, julg. 11.4.2017, publ. DJ 11.4.2017).
- 21 Sobre o ponto, em comentários à Lei do Inquilinato, assinala Sylvio Capanema: “Ainda que se tenha mudado o uso para outro que com ele se afine ou aproxime, não tendo a alteração causado dano à coisa, ou

agravado o risco de seu perecimento ou deterioração, não se deve rescindir o contrato, em homenagem à sua função social e ao princípio da proteção da parte mais vulnerável” (*A Lei do Inquilinato Comentada*: artigo por artigo, Rio de Janeiro: Forense, 2014, 9. ed., p. 426).

- 22 “Art. 66. Quando o imóvel for abandonado após ajuizada a ação, o locador poderá imitir-se na posse do imóvel.”
- 23 “Art. 571. 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”.
- 24 “Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.
- 25 Cfr. STJ, 6ª T., REsp. 187.492, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julg. 15.12.1998, publ. DJ 8.3.1999; TJSP, 26ª C. D. Priv., Ap. Civ. 10129841020178260032, Rel. Des. Felipe Ferreira, julg. 25.10.2018, publ. DJ 26.10.2018. De outra parte, o próprio TJSP já permitiu estipulação diversa em locação não comercial em shopping center: “Ação revisional de multa compensatória prevista em contrato de locação não comercial em *shopping center*. Multa ajustada em valor equivalente a dez aluguéis mínimos. Sentença que reduziu a multa proporcionalmente a seis aluguéis e meio, considerando o tempo que ainda restava para o cumprimento da locação. Pretensão dos autores, locatária e fiador, de reduzir a multa para três aluguéis. Multa compensatória ajustada em 16,666% aproximadamente do valor total do contrato. Valor que não se afigura abusivo, considerando-se que a locação era de espaço em *shopping center*, admitindo, portanto, ajustes que fogem à praxe do mercado. Sentença mantida. Apelo improvido” (TJSP, 34ª. C. D. Priv., Ap. Civ. 10012523820178260224, Rel. Des. Soares Levada, julg. 25.9.2017, publ. DJ 25.9.2017).
- 26 Na síntese de Clovis Bevilacqua: “a continuação arbitrária do locatário na posse da coisa alugada, é um ato injusto, uma ação abusiva, contra a qual a lei arma o locador deste recurso extraordinário” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, cit., p. 300).
- 27 Sylvio Capanema entende que a regra do aluguel-pena deve ser também aplicável às locações de imóveis urbanos, regida pela Lei nº

8.245/91. Em suas palavras: “se o novo Código, tão preocupado em impregnar o direito de uma função social, oxigenando as relações contratuais, com a noção da boa-fé objetiva, que impõe às partes o dever de agir com probidade, considera que o aluguel-pena não colide com estes louváveis objetivos, não vemos por que não possamos estender à locação urbana o mesmo sistema” (*Comentários*, p. 493). Diversamente, manifesta-se Marco Aurélio Bezerra de Melo, para quem, tendo em vista o princípio da especialidade da Lei do Inquilinato, a figura do aluguel-pena não poderá ser aplicada às locações de imóveis urbanos (In: J. M. Leoni Lopes de Oliveira e Marco Aurélio Bezerra de Melo (coord.), *Direito Civil: Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2018, 2ª. ed., p. 530).

- 28 Parte da doutrina sustenta a utilização do critério adotado pelo Código Civil português, qual seja, o pagamento de valor equivalente ao dobro do aluguel estabelecido no contrato (Sylvio Capanema de Souza, *Comentários*, p. 480).
- 29 Já sob a égide do CC1916, jurisprudência e a doutrina entendiam que o valor do aluguel-pena não poderia ser ilimitado, devendo ser fixado em patamares razoáveis, ainda que superiores ao preço contratual. Sobre o ponto, v. Arnoldo Wald, *Obrigações e Contratos*, São Paulo: Saraiva, 2004, 16ª. ed., p. 402.
- 30 Na jurisprudência: “1. De acordo com o Enunciado nº 180 do Conselho da Justiça Federal, ‘a regra do parágrafo único do art. 575 do novo CC, que autoriza a limitação pelo juiz do aluguel arbitrado pelo locador, aplica-se também ao aluguel arbitrado pelo comodante, autorizado pelo art. 582, 2ª parte, do novo CC’. 2. ‘Prevendo a possibilidade de ser abusivo o aluguel arbitrado pelo locador, a lei autoriza o Juiz a reduzi-lo, dentro dos critérios da razoabilidade e da boa-fé. Refere-se o dispositivo à hipótese de ser o valor arbitrado ‘manifestamente excessivo’, o que lembra, uma vez mais, a técnica das cláusulas abertas ou dos princípios indefinidos. [...] Tratando-se de faculdade por lei concedida ao Juiz, na sua nova função de equilibrador ético e econômico das relações, será nula a cláusula eventualmente inserida no contrato e que estabeleça que o aluguel pena, arbitrado pelo locador, não poderá ser reduzido. Quanto aos limites da redução, também a eles não alude a lei, confiando no prudente arbítrio do julgador’ (Sylvio Capanema de Souza, *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 482-483)” (TJSC, 1ª C. Dir. Comercial, Ap. 0306105-48.2017.8.24.0011, Rel. Des. Luiz Zanelato,

julg. 22.11.2018, publ DJ 22.11.2018); TJDFT, 2ª T.C., Ap. 20100112329167, Rel. Des. Gislene Pinheiro, julg. 11.11.2015, publ. DJ 19.11.2015.

- 31 “Art. 399. 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.”
- 32 Nesse sentido, v. v., dentre outros, Marco Aurélio Bezerra de Melo, *Direito Civil: Contratos*, cit., p. 531, e Sylvio Capanema, *Comentários*, p. 481.
- 33 A jurisprudência reconhece a validade dessas cláusulas: TJMG, 9ª CC., Agl 1.0000.17.103360-8/002, Rel. Des. José Arthur Filho, julg. 2.7.2019, publ. DJ 12.7.2019; TJMG, 14ª CC., Ap. 1.0133.16.000390-0/001, Rel. Des. Evangelina Castilho Duarte, julg. 8.8.2019, publ. DJ 20.8.2019.
- 34 No CC/1916, o art. 1.199 não trazia a possibilidade expressa de denúncia pelo locatário do direito de indenização e retenção das benfeitorias por ele realizadas. Clovis Bevilacqua, ao analisar o dispositivo, entendia que o locatário tinha direito à indenização pelas benfeitorias “porque não se pode enriquecer com o alheio” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, cit., p. 304). Carvalho Santos, por sua vez, reconhecia a validade da cláusula que isentava o locador da obrigação de indenizar as benfeitorias (*Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XVII, cit., p. 124).
- 35 Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.
- 36 No que tange ao consentimento do locador, Sylvio Capanema de Souza registra que “no entender da doutrina majoritária o consentimento tem que ser prévio e por escrito, podendo constar, desde logo, do próprio contrato, ou de documento autônomo, subsequente à sua celebração” (*Comentários*, cit., p. 524).
- 37 “Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da

coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis”.

- 38 Sobre a finalidade do direito de retenção: “a retenção não se confunde com perdas e danos e nem tem natureza de contraprestação, traduzindo, apenas, e como já se disse, um meio de coerção indireta do locador, motivando-o a cumprir a obrigação indenizatória” (Sylvio Capanema de Souza, *Comentários*, cit., p. 526).
- 39 Sobre a conjuntura econômica do Brasil à época: “Até fins do século passado, vigorava em todos os povos civilizados o princípio da mais ampla liberdade no tocante aos contratos de locação. *Pacta sunt servanda* era a regra. Locadores e locatários, em pé de absoluta igualdade, ajustavam aluguel, prazo, encargos e demais direitos, deveres e obrigações de maneira equânime. Isto porque havia, então, correspondência entre o número de casas para alugar e o de candidatos à locação. Havia, em suma, equilíbrio entre a oferta e a procura. Esse era o direito que os Códigos consagravam” (Luís Antonio de Andrade, *Evolução das Leis do Inquilinato*. In: *Revista de informação legislativa*, vol. 16, n. 62, pp. 107-116, abr./jun., p. 107).
- 40 Sobre o ponto, v. Luís Antonio de Andrade, *Evolução das Leis do Inquilinato*, cit., p. 107.
- 41 “Art. 2º. Só no caso de falta de pagamento por dous mezes completos ou no caso de necessidade de obras indispensaveis para a conservação e segurança do predio, verificada por vistoria judicial, poderá ser dado aviso pelo locador ou pelo locatario em qualquer tempo durante a locação”.
- 42 “Art. 10. A notificação para augmento do aluguel só produzirá effeito depois de dous annos, contados da data da respectiva certidão. § 1º Esta disposição não abrange os contractos escriptos, que se regem durante a sua vigencia pelas suas respectivas clausulas. § 2º Precede ao augmento do aluguel o augmento do lançamento do imposto predial”.
- 43 Para uma análise aprofundada das sucessivas leis que regularam as relações locatícias, confira-se, por todos, Dilvanir José da Costa, *A Locação no Direito brasileiro*, Belo Horizonte: DelRey, 1993, pp. 24-33.
- 44 Como exemplo de estímulo indireto, cite-se a Lei n.º 4.864/1965, que criou medidas para impulsionar a indústria de construção civil.

- 45 Nesse sentido, a exposição de motivos da Lei 8.245/91 destacou que: “por força da atual Lei de Locações (Lei nº 6.649/79), uma profunda escassez de imóveis residenciais para locação, o que tem levado o mercado a elevar excessivamente o valor inicial do aluguel, gerando, entre outras consequências, a elevação dos índices inflacionários”.
- 46 “Art. 1º. A locação de imóvel urbano regula-se pelo disposto nesta lei (...)”.
- 47 “Art. 79. No que for omissa esta lei aplicam-se as normas do Código Civil e do Código de Processo Civil”.
- 48 Sobre o tratamento conferido pelo Código Civil de 2002 ao contrato de locação v. Sylvio Capanema, *Comentários ao Código Civil*: arts 565 a 578, coord. Sálvio de Figueiredo, Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- 49 “(...) Deixando de lado o critério topográfico, e que não merece aceitação, à mingua de préstimos melhores, invoca-se a utilização econômica, para dizer-se que é rústico aquele que a uma atividade rural se destina, seja na lavoura, seja na pecuária, em contraposição ao urbano, que não recebe tal emprego, independentemente da localização, de um ou de outro, dentro ou fora dos limites dos núcleos urbanos” (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 2016, 20. ed. Atual. Caitlin Mulholland, p. 270). No mesmo sentido, leciona Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, vol. IV, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1961, 2. ed., p. 49: “É pela destinação econômica do imóvel que se pode concluir quando a locação tem por objeto um prédio rústico ou urbano. Pouco importa o local onde se encontre situado”.
- 50 “Art. 50. Findo o prazo ajustado, se o locatário permanecer no imóvel sem oposição do locador por mais de trinta dias, presumir – se – á prorrogada a locação por tempo indeterminado, não mais sendo exigível o pagamento antecipado do aluguel e dos encargos. Parágrafo único. Ocorrendo a prorrogação, o locador somente poderá denunciar o contrato após trinta meses de seu início ou nas hipóteses do art. 47”.
- 51 “Art. 49. O locador poderá receber de uma só vez e antecipadamente os aluguéis e encargos, bem como exigir qualquer das modalidades de garantia previstas no art. 37 para atender as demais obrigações do contrato”.
- 52 “Art. 50. Findo o prazo ajustado, se o locatário permanecer no imóvel sem oposição do locador por mais de trinta dias, presumir - se - á prorrogada a locação por tempo indeterminado, não mais sendo exigível

o pagamento antecipado do aluguel e dos encargos. Parágrafo único. Ocorrendo a prorrogação, o locador somente poderá denunciar o contrato após trinta meses de seu início ou nas hipóteses do art. 47”.

- 53 “Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente. (...)§ 4º. O direito a renovação do contrato estende – se às locações celebradas por indústrias e sociedades civis com fim lucrativo, regularmente constituídas, desde que ocorrentes os pressupostos previstos neste artigo”.
- 54 Cfr. STJ, Resp. 1320712/SP, Dec. Mon., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 5.3.2018, publ. DJ 13.3.2018: “Não se pode perder de vista, ademais, a função social da ação renovatória, isto é, do poder formativo gerador que confere a seu titular – o locatário – o poder de renovar o contrato, máxime diante de casos como o dos autos que trata de locação empresarial, sobretudo diante da necessidade de proteção do fundo de comércio. (...) Como salientado alhures, a previsão de renovação obrigatória nos casos de locação empresarial estampada no caput do art. 51 da Lei n. 8.245/91, relaciona-se à necessidade de proteção do fundo de comércio, também denominado de fundo de empresa, que é o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos, empregados no exercício da atividade empresarial (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado: Propriedade Imobiliária. Atualizado por Otavio Luiz Rodrigues Junior e Jefferson Carús Guedes. São Paulo: RT, 2013, p. 552). Com efeito, não se poderia permitir ao locador, sem salvaguardas, que, findo contrato de locação de razoável duração, tirasse proveito de todos ou grande parte dos frutos da exploração da atividade econômica desenvolvida pelo locatário”.
- 55 “Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.
- 56 Nagib Slaibi Filho e Romar Navarro de Sá, *Comentários à Lei do Inquilinato*, Rio de Janeiro: Forense, 2010, 10. ed., p. 29.
- 57 Nesse sentido: “Civil. Imóvel particular locado a empresa pública. Despejo. A empresa pública, mesmo que prestadora de serviço público, locatária de imóvel particular submete-se ao regime da Lei 8.245/91, razão pela qual, preenchidos os requisitos previstos nesse diploma legal, deve ser decretado o despejo de agência da Empresa Brasileira

de Correios e Telégrafos – ECT” (TRF2, 1ª T., Ap. Civ. 0051217-90.2000.4.02.0000, 1ª T, Rel. Des. Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, julg. 2.4.2002, publ. DJ 29.7.2002).

- 58 Elucida a doutrina: “Tais locações são contratos atípicos, mistos, cujos núcleos são a prestação de serviços e a cessão de uso e gozo do imóvel. O texto legal menciona que devem ser considerados sob a incidência de tais contratos “aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar”. Assim, deverá o intérprete buscar dois elementos para a caracterização de tais locações: *a)* a prestação de serviços regulares; e *b)* autorização do Poder Público (caso seja exigida pela ordem jurídica) para o seu funcionamento. Mais uma vez, é a destinação da locação que vai caracterizar tal contrato, e não mera situação da coisa; assim, o aluguel de um apartamento dentro de um apart-hotel, em que não haja prestação de serviços, constituirá contrato de locação residencial, sob a égide da Lei n. 8.245/91, e não um contrato de locação em apart-hotel, fora da proteção da Lei do Inquilinato. Não basta que o contrato se denomine “contrato de apart-hotel” ou de “hotel-residência” para incidir na exclusão, devendo ser examinado o seu conteúdo, de acordo com o consenso das partes (veja-se a regra de interpretação dos atos jurídicos no art. 112 do Código Civil). Por outro lado, eventual falência dos serviços prestados pelo hotel-residência não tem o condão de transmutar o contrato em locação amparada pela Lei n. 8.245/91: o que há é inadimplemento contratual a autorizar a resolução do contrato ou a diminuição do preço” (Nagib Slaibi Filho e Romar Navarro de Sá, *Comentários à Lei do Inquilinato*, cit., p. 43).
- 59 Sobre o contrato de *shopping center*, confira-se, na doutrina: Gustavo Tepedino, *Anotações à Lei do Inquilinato* (arts. 1º a 26). In: *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 4. ed., pp. 161-199. V. tb. Carlos Nelson Konder e Deborah Pereira Pinto dos Santos, O equilíbrio contratual nas locações em shopping center: controle de cláusulas abusivas e a promessa de loja âncora. In: *Scientia Iuris*, vol. 20, nº. 3, novembro, Londrina, 2016, pp. 176-200 e Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Contrato de *Shopping Center*. In: *Revista da EMERJ*, v. 5, nº. 16, Rio de Janeiro: EMERJ, 2002, pp. 187-227.
- 60 “Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente: I – o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado (...).”



- 61 “Art. 51. (...) II – o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos”.
- 62 “Art. 33. O locatário preterido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante as perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de seis meses, a contar do registro do ato no cartório de imóveis, desde que o contrato de locação esteja averbado pelo menos trinta dias antes da alienação junto à matrícula do imóvel. Parágrafo único. A averbação far-se-á à vista de qualquer das vias do contrato de locação desde que subscrito também por duas testemunhas”.
- 63 “Art. 8º Se o imóvel for alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato, com o prazo de noventa dias para a desocupação, salvo se a locação for por tempo determinado e o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do imóvel”.
- 64 “Art. 46. Nas locações ajustadas por escrito e por prazo igual ou superior a trinta meses, a resolução do contrato ocorrerá findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso”.
- 65 “Art. 47. Quando ajustada verbalmente ou por escrito e como prazo inferior a trinta meses, findo o prazo estabelecido, a locação prorroga – se automaticamente, por prazo indeterminado, somente podendo ser retomado o imóvel: (...) V – se a vigência ininterrupta da locação ultrapassar cinco anos”.
- 66 “Art. 47. (...) I – Nos casos do art. 9º; II – em decorrência de extinção do contrato de trabalho, se a ocupação do imóvel pelo locatário relacionada com o seu emprego; III – se for pedido para uso próprio, de seu cônjuge ou companheiro, ou para uso residencial de ascendente ou descendente que não disponha, assim como seu cônjuge ou companheiro, de imóvel residencial próprio; IV – se for pedido para demolição e edificação licenciada ou para a realização de obras aprovadas pelo Poder Público, que aumentem a área construída, em, no mínimo, vinte por cento ou, se o imóvel for destinado a exploração de hotel ou pensão, em cinquenta por cento”;
- 67 “Art. 2º (...) Parágrafo único. Os ocupantes de habitações coletivas multifamiliares presumem – se locatários ou sublocatários”.
- 68 Sylvio Capanema de Souza, *Lei do Inquilinato Comentada*, Rio de Janeiro: Forense, 2014, 9ª ed. rev., atualizada e ampliada, p. 137.

- 69 “Art. 3º O contrato de locação pode ser ajustado por qualquer prazo, dependendo de vênia conjugal, se igual ou superior a dez anos. Parágrafo único. Ausente a vênia conjugal, o cônjuge não estará obrigado a observar o prazo excedente”.
- 70 Silvio de Salvo Venosa, *Lei do Inquilinato Comentada* (Doutrina e Prática), São Paulo: Atlas S.A., 2013, 12ª ed., p. 38.
- 71 A doutrina mostra a diversidade de tratamento em relação ao regime geral: “Ressalte-se que, no regime do CC, o contrato de locação tem caráter impessoal, não sendo personalíssimo nem para o locador nem para o locatário. Admite-se, pois, em princípio, cessão, sublocação e sucessão em caso de morte de qualquer dos contratantes (...). As partes podem, porém, convencionar em contrário. (...) Admite-se a cessão da posição contratual somente com o consentimento expresso do locador. No caso da sublocação, no regime do Código Civil, esta será permitida se não houver estipulação em contrário” (Gustavo Tepedino et al, *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, 2ª. ed., pp. 255-256).
- 72 Sobre as modalidades, confirmam-se as palavras de Miguel Maria de Serpa Lopes: “Enquanto a sublocação importa em nova locação, com a manutenção ou não dos mesmos direitos e obrigações da locação (é outro contrato), não devendo porém os direitos transmitidos exceder aos limites dos contidos no ativo do locatário (sublocador), na cessão de locação há um ato de alienação, uma verdadeira venda de coisa imobiliária incorpórea” (*Curso de Direito Civil*, vol. IV, cit., 1961, p. 53).
- 73 Sobre a distinção conceitual das três figuras, por todos, Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Predial*, vol. IV, Rio de Janeiro: José Konfino, 1952, p. 261 e ss.
- 74 “Art. 13. A cessão da locação, a sublocação e o empréstimo do imóvel, total ou parcialmente, dependem do consentimento prévio e escrito do locador. (...) § 2º Desde que notificado por escrito pelo locatário, de ocorrência de uma das hipóteses deste artigo, o locador terá o prazo de trinta dias para manifestar formalmente a sua oposição”.
- 75 Sylvio Capanema sustenta a flexibilização da regra do consentimento prévio e expresso do locador a cessão, sublocação e empréstimo do imóvel, a depender da hipótese concreta: *Lei do Inquilinato Comentada*, Rio de Janeiro: Forense, 2014, 9ª ed. rev., atualizada e ampliada, pp. 88-89.

- 76 “Art. 51. (...) § 1º. O direito assegurado neste artigo poderá ser exercido pelos cessionários ou sucessores da locação; no caso de sublocação total do imóvel, o direito a renovação somente poderá ser exercido pelo sublocatário”.
- 77 “Art. 15. Rescindida ou finda a locação, qualquer que seja sua causa, resolvem-se as sublocações, assegurado o direito de indenização do sublocatário contra o sublocador”.
- 78 Nesse sentido: TJSP, 27ª C. D. Priv., A.I., 2033151-64.2016.8.26.0000, Rel. Des. Sergio Alfieri, julg. 27.9.2016, publ. DJ 27.9.2016.
- 79 Sobre o contrato acessório, subordinado ao principal, assevera Orlando Gomes: “A função predominante dos contratos acessórios é garantir o cumprimento de obrigações contraídas em contrato principal (...). A distinção entre contratos principais e acessórios justifica-se em face da aplicação do princípio geral de que o acessório segue a sorte do principal. A relação de subordinação vincula igualmente tais contratos” (*Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, 26ª ed., p. 93). No mesmo sentido: “Os principais têm existência isolada, por si mesmos, quanto os acessórios só podem existir vinculados e subordinados a outros” (Darcy Bessone, *Do Contrato: Teoria Geral*, São Paulo: Saraiva, 1997, 4ª ed., p. 83).
- 80 “Art. 59. Com as modificações constantes deste capítulo, as ações de despejo terão o rito ordinário. (...) §2º. Qualquer que seja o fundamento da ação dar-se-á ciência do pedido aos sublocatários, que poderão intervir no processo como assistentes”.
- 81 Nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa, *Lei do Inquilinato Comentada (Doutrina e Prática)*, cit., p. 297. V., na jurisprudência, STJ, Dec. Mon., AREsp 1060262, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 26.5.2017, publ. DJ 25.5.2017.
- 82 “Art. 16. O sublocatário responde subsidiariamente ao locador pela importância que dever ao sublocador, quando este for demandado e, ainda, pelos aluguéis que se vencerem durante a lide”.
- 83 Nagib Slaibi Filho e Romar Navarro de Sá, *Comentários à Lei do Inquilinato*, cit. p. 203.
- 84 STJ, Dec. Mon., REsp 954673, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julg. 9.4.2008, publ. DJ 25.04.2008.
- 85 Na jurisprudência: “Com fundamento no artigo 22, inciso VII, da Lei n.º 8.245/91, o locador é obrigado a pagar as taxas de administração

imobiliária, se houver, e de intermediações, nestas compreendidas as despesas necessárias à aferição da idoneidade do pretendente ou de seu fiador” (TJRJ, 6ª CC., Ap. 0271857-03.2012.8.19.0001, Rel. Des. Benedicto Ultra Abicair, julg. 8.10.2014, publ DJ 13.10.2014). No mesmo sentido: TJRJ, 8ª CC., Ap. 0158682-65.2011.8.19.0001, Rel. Des. Mônica Maria Costa Di Pedro, julg. 16.12.2013, publ DJ 19.12.2013.

- 86 “O dever do inquilino no pagamento das verbas funda-se, genericamente, nos seguintes pressupostos cumulados: a) que tais despesas tenham causa em época contemporânea à locação, não se podendo imputar ao locatário a obrigação de pagar serviço prestado a outrem (art. 22, parágrafo único, d); b) o serviço ou instalação seja utilizado, ou, ao menos, posto à disposição do locatário; c) que haja previsão no orçamento do condomínio (art. 23, §2º); d) que haja rateio mensal (art. 23, §2º)” (Nagib Slaibi Filho e Romar Navarro de Sá, *Comentários à Lei do Inquilinato*, cit., p. 230).
- 87 “No Código Civil, não há menção ao direito de preferência ao locatário, peculiaridade da LI. Há, porém, instituto semelhante no regramento geral, consistente na preempção, também chamada de direito de preferência, que é um pacto adjeto de compra e venda. “O Vendedor, segundo o direito comum, pode estipular que, em caso de alienação pelo adquirente, aquele tenha preferência, bem como pactuar de melhor comprador ou reservar-se o direito de retracto” (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*: parte especial, t. XIII, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 103).
- 88 “Art. 27. No caso de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de direitos ou dação em pagamento, o locatário tem preferência para adquirir o imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros, devendo o locador dar-lhe conhecimento do negócio mediante notificação judicial, extrajudicial ou outro meio de ciência inequívoca.
- Parágrafo único. A comunicação deverá conter todas as condições do negócio e, em especial, o preço, a forma de pagamento, a existência de ônus reais, bem como o local e horário em que pode ser examinada a documentação pertinente”.
- 89 Dilvanir José da Costa, *A locação no Direito brasileiro*, cit., p. 136. V. tb. Sylvio Capanema de Souza, *Lei do Inquilinato Comentada*, cit., p. 163: “A lei se refere a várias espécies de contratos, a saber: à venda,

ao contrato preliminar de promessa bilateral de compra e venda; e à cessão ou promessa de cessão dos direitos aquisitivos, decorrentes de anterior promessa de compra e venda, além da dação em pagamento. A referência expressa a esta última não constava da lei anterior e, a rigor, é desnecessária, já que o Código Civil estabelece que se aplicam à dação em pagamento, no que couber, as mesmas regras que regem a compra e venda”.

90 “Art. 32. O direito de preferência não alcança os casos de perda da propriedade ou venda por decisão judicial, permuta, doação, integralização de capital, cisão, fusão e incorporação”.

91 “A preferência do locatário pressupõe igualdade de condições com terceiros interessados na compra, quer quanto ao preço, quer quanto à forma de pagamento e garantias. Não poderia a lei forçar o locador a desfazer-se de seu patrimônio em condições menos vantajosas, só para beneficiar o locatário” (Sylvio Capanema de Souza, *Lei do Inquilinato Comentada*, cit., p. 163).

92 “Art. 33. O locatário preterido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante as perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de seis meses, a contar do registro do ato no cartório de imóveis, desde que o contrato de locação esteja averbado pelo menos trinta dias antes da alienação junto à matrícula do imóvel.

Parágrafo único. A averbação far-se-á à vista de qualquer das vias do contrato de locação desde que subscrito também por duas testemunhas”.

93 Ao explicitar esse requisito, a lei estancou qualquer possível dúvida em relação à necessidade de averbação do contrato. A jurisprudência, porém, já decidia nesse sentido mesmo antes de sua edição. Exemplificativamente: STJ, 4ª T, REsp. 11610, Rel. Min. Barros Monteiro, julg. 27.8.1991, publ DJ 30.9.1991: “Locação. Venda do imóvel locado, ação de preferência. A prévia inscrição do contrato locatício no registro imobiliário, no prazo previsto em lei, é condição para o exercício do direito de preferência. Não constitui óbice ao registro a falta de regulamentação do art. 25, parágrafo 1º., da lei n. 6649/79. Precedentes do STF e do STJ. Recurso especial não conhecido”. No mesmo sentido: STJ, 4ª T., REsp. 6714, Rel. Min.

Barros Monteiro, julg. 18.6.1991, publ. DJ 5.8.1991; STJ, 3ª T., REsp. 8221, Rel. Min. Dias Trindade, julg. 25.3.1991, publ. DJ 29.4.1991.

- 94 “Art. 28. O direito de preferência do locatário caducará se não manifestada, de maneira inequívoca, sua aceitação integral à proposta, no prazo de trinta dias”.
- 95 “O exercício da preferência deve ser feito de maneira inequívoca, importando em adesão integral à proposta, não se admitindo contraproposta” (Sylvio Capanema de Souza, *Lei do Inquilinato Comentada*, cit., p. 165).
- 96 “Art. 29. Ocorrendo aceitação da proposta, pelo locatário, a posterior desistência do negócio pelo locador acarreta, a este, responsabilidade pelos prejuízos ocasionados, inclusive lucros cessantes”.
- 97 Dilvanir José da Costa, *A Locação no Direito brasileiro*, cit., p. 137.
- 98 “Art. 30. Estando o imóvel sublocado em sua totalidade, caberá a preferência ao sublocatário e, em seguida, ao locatário. Se forem vários os sublocatários, a preferência caberá a todos, em comum, ou a qualquer deles, se um só for o interessado.
- Parágrafo único. Havendo pluralidade de pretendentes, caberá a preferência ao locatário mais antigo, e, se da mesma data, ao mais idoso”.
- 99 No sentido do texto, v., Sylvio Capanema, *A Lei do Inquilinato Comentada*, cit., p. 169.
- 100 “Art. 56. Nos demais casos de locação não residencial, o contrato por prazo determinado cessa, de pleno direito, findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso”.
- 101 “Art. 56. (...) Parágrafo único. Findo o prazo estipulado, se o locatário permanecer no imóvel por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação nas condições ajustadas, mas sem prazo determinado”.
- 102 “Art. 57. O contrato de locação por prazo indeterminado pode ser denunciado por escrito, pelo locador, concedidos ao locatário trinta dias para a desocupação”.
- 103 “Art. 46. Nas locações ajustadas por escrito e por prazo igual ou superior a trinta meses, a resolução do contrato ocorrerá findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso.

§ 1º. Findo o prazo ajustado, se o locatário continuar na posse do imóvel alugado por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação por prazo indeterminado, mantidas as demais cláusulas e condições do contrato.

§ 2º. Ocorrendo a prorrogação, o locador poderá denunciar o contrato a qualquer tempo, concedido o prazo de trinta dias para desocupação”.

104 “Art. 47. Quando ajustada verbalmente ou por escrito e como prazo inferior a trinta meses, findo o prazo estabelecido, a locação prorrogase automaticamente, por prazo indeterminado, somente podendo ser retomado o imóvel: I – Nos casos do art. 9º; II – em decorrência de extinção do contrato de trabalho, se a ocupação do imóvel pelo locatário relacionada com o seu emprego; III – se for pedido para uso próprio, de seu cônjuge ou companheiro, ou para uso residencial de ascendente ou descendente que não disponha, assim como seu cônjuge ou companheiro, de imóvel residencial próprio; IV – se for pedido para demolição e edificação licenciada ou para a realização de obras aprovadas pelo Poder Público, que aumentem a área construída, em, no mínimo, vinte por cento ou, se o imóvel for destinado a exploração de hotel ou pensão, em cinquenta por cento; V – se a vigência ininterrupta da locação ultrapassar cinco anos. § 1º Na hipótese do inciso III, a necessidade deverá ser judicialmente demonstrada, se: a) O retomante, alegando necessidade de usar o imóvel, estiver ocupando, com a mesma finalidade, outro de sua propriedade situado nas mesma localidade ou, residindo ou utilizando imóvel alheio, já tiver retomado o imóvel anteriormente; b) o ascendente ou descendente, beneficiário da retomada, residir em imóvel próprio. § 2º Nas hipóteses dos incisos III e IV, o retomante deverá comprovar ser proprietário, promissário comprador ou promissário cessionário, em caráter irrevogável, com imissão na posse do imóvel e título registrado junto à matrícula do mesmo”.

105 “Art. 4º Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. Com exceção ao que estipula o § 2º do art. 54-A, o locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcional ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada”.

106 Nesse sentido: “É, por fim, contrato de duração. Sua execução prolonga-se necessariamente no tempo, pertencendo para alguns tratadistas à subespécie de contratos de trato sucessivo e, para outros, à dos contratos de execução continuada. Embora a obrigação do

locatário se cumpra através de prestação periodicamente repetida, pretende-se que seu objeto é único, motivo por que não seria contrato de execução periódica, mas sim, continuada. Mas, a distinção dessas subespécies do contrato de duração carece de maior importância prática. Basta ter em mente que a locação é contrato de duração” (Orlando Gomes, Contratos, cit., p. 333).

- 107 Sylvio Capanema, *Lei do Inquilinato comentada*, cit., pp. 98-99.
- 108 Em diversas ocasiões, os tribunais determinaram a carência de ação nos processos propostos antes do decurso do prazo mínimo legal. Cfr. TJRJ, 19ª C.C., Agl. 0053863-70.2017.8.19.0000, Rel. Des. Juarez Fernandes Folhes, julg. 24.7.2018, publ. *DJ* 26.7.2018; TJSP, 35ª C. D. Priv., Ap. Cív. 1003596-19.2014.8.26.0637, Rel. Des. Gilberto Leme, julg. 26.10.2015, publ. *DJ* 5.11.2015; TJSP, 27ª C. D. Priv., Ap. Cív. 40070318920138260602, Rel. Des. Daise Fajardo Nogueira Jacot, julg. 20.10.2015, publ. *DJ* 27.10.2015; TJSP, 36ª C., Oitavo Grupo, Agl. 9001656-63.2005.8.26.0000, Rel. Des. Romeu Ricupero, julg. 1.9.2005, publ. *DJ* 15.9.2005; STJ, 5ª T., REsp. 184.455, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julg. 5.11.1998, publ. *DJ* 7.12.1998.
- 109 “Art. 9º Não se concederá liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo, a que se refere o art. 59 da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, até 31 de dezembro de 2020”.
- 110 Mensagem Presidencial nº 331, de 10 de junho de 2020.
- 111 É ver-se: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO. Débito locatício muito superior ao valor da caução prestada no início da locação. Inadimplemento incontroverso, que é anterior à declaração da pandemia de Covid-19 pela OMS. Proibição à decretação de despejo prevista no projeto de lei 1.179/2020 que foi vetada pelo Presidente da República e não consta na Lei 14.010/2020. Requisitos para a concessão da liminar presentes. Magistrado *a quo* que, ademais, concedeu prazo suplementar de 30 dias para a desocupação voluntária do imóvel em razão da situação de crise sanitária e econômica que assola o país. Recurso desprovido” (TJSP, 36ª C. D. Priv., Agl. 2126413-29.2020.8.26.0000. Rel. Des. Milton Carvalho, julg. 10.7.2020, publ. *DJ* 10.7.2020).
- 112 Destaca a doutrina: “O arrendamento mercantil ou leasing aparece, assim, como uma modalidade de financiamento ao arrendatário, facilitando-lhe o uso e gozo de um bem de sua necessidade sem ter esse que desembolsar inicialmente o valor desse bem, e com a opção



de, findo o prazo estipulado para a vigência do contrato, tornar-se o mesmo proprietário do bem, pagando nessa ocasião um preço calcado no valor residual do mesmo” (Fran Martins, *Contratos e Obrigações Comerciais*, Rio de Janeiro: Forense, 1986, 8. ed., p. 523).

- 113 Nesse sentido: Arnaldo Rizzardo, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, 6. ed., p. 1239.
- 114 Nesse sentido, Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, O Contrato de *leasing* e a súmula 263 do STJ. In: *Revista de Direito Privado*, vol. 26, abr./jun., São Paulo: Thompson Reuters, 2006, pp. 217-228.
- 115 Sobre o regramento do *leasing* no Brasil, confira-se: Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, O *leasing*, *Revista dos Tribunais*, vol. 645, julho, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, pp. 47-56.
- 116 Sobre o ponto, v. José Ernesto de Lemos Chagas, Leasing – arrendamento mercantil. In: *Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*, vol. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 777-782.
- 117 Fábio Konder Comparato, Contrato de *leasing*. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*, vol. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 555-566.
- 118 Para uma análise completa da formação do contrato, confira-se, por todos, Fábio Konder Comparato, Contrato de *leasing*, cit., pp. 555-566.
- 119 “Art. 23. Fica o Conselho Monetário Nacional autorizado a: (...) b) enumerar restritivamente os bens que não poderão ser objeto de arrendamento mercantil, tendo em vista a política econômica-financeira do País”.
- 120 Sobre o caráter de operação financeira que circunda essa modalidade de arrendamento, também chamado *leasing* bancário (Arnaldo Rizzardo, *Contratos*, cit., p. 1246).
- 121 Nesse sentido: Fran Martins, *Contratos e Obrigações Comerciais*, cit., p. 528.
- 122 Sobre o *lease back*, Waldirio Bulgarelli, *Contratos Mercantis*, São Paulo: Atlas, 1987, 4ª ed., p. 354; Silvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: contratos em espécie*, vol. 3, São Paulo: Atlas, 2005, 5ª ed., p. 591.
- 123 Anota Silvio de Salvo Venosa, “O *lease back*, utilizável como instrumento de obtenção de capital pelas empresas, funciona como

arrendamento clássico, mas prescinde da figura do fornecedor, uma vez que o bem objeto do contrato já pertence ao locatário. Nessa hipótese, o bem será desmobilizado do ativo do arrendatário, conforme o art. 9º da Lei nº 6.099/74. O locatário é quem vende o bem ao locador, para depois tomá-lo em *leasing*. O negócio é privativo, entre nós, das instituições financeiras. O instituto contém, portanto, uma tradição ficta do bem locado. Afasta-se, pois, da modalidade tradicional” (*Direito Civil: contratos em espécie*, vol. 3, cit., p. 591).

- 124 Sobre o ponto, confira-se Luiz Roldão de Freitas Gomes, *Contrato*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 2ª ed., pp. 348-349.
- 125 Anota a doutrina: “O *leasing* operacional é feito pela proprietária do bem (fabricante ou fornecedor), mediante o pagamento de prestações determinadas e, muitas vezes, com a obrigação de prestar assistência ao arrendatário durante a vigência do contrato (caso das montadoras de veículo). É, portanto, a espécie de *leasing* em que o objeto já pertence à empresa arrendadora, que o aluga à arrendatária e assume os riscos da coisa, sofrendo a sua obsolescência. Ao arrendatário é facultado devolver o objeto na pendência do contrato, e não é obrigado a adquiri-lo no termo do contrato, que há de ser menor que o tempo de duração da vida econômica do objeto” (Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*, vol. 3, cit., p. 688). No mesmo sentido, v.: Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: contratos em espécie*, vol. 3, cit., p. 591.
- 126 A respeito do *self-lease*, anote-se a lição de Arnaldo Rizzardo em *Contratos*, cit., p. 1250. V., ainda, Waldirio Bulgarelli, *Contratos Mercantis*, cit., p. 354.
- 127 Na dicção da Súmula 263: “A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação”.
- 128 Nesse sentido: “Arrendamento Mercantil – *Leasing* – Descaracterização do Contrato – Valor Residual Garantido. I – A opção de compra, com o pagamento do valor residual, ao final do contrato, é uma característica essencial do *leasing*. A cobrança antecipada dessa parcela, embutida na prestação mensal, desfigura o contrato, que passa a ser uma compra e venda a prazo (art. 5º, c, combinado com o art. 11, § 1º, da Lei n.º 6.099, de 12.09.74, alterada pela Lei n.º 7.132, de 26.10.83), com o desaparecimento da causa do contrato e prejuízo ao arrendatário. II – Recurso conhecido em parte e nessa parte provido”

(STJ, 3ª T., REsp. 196209, Rel. Des. Waldemar Zveiter, julg. 9.11.1999, publ. DJ 18.12.2000).

<sup>129</sup> Confira-se precedente do STJ, 1ª T., REsp 465.428/MG, Rel. Min. José Delgado, julg. 06.02.2003, publ DJ 24.3.2003.



**CONTRATO DE EMPRÉSTIMO.  
COMODATO.  
MÚTUO**

SUMÁRIO: **COMODATO** – 1. Conceito. Efeitos essenciais – 2. Deveres do comodatário – 3. Deveres do comodante – **MÚTUO** – 4. Conceito. Efeitos essenciais – 5. Direitos e deveres do mutuante – 6. Direitos e deveres do mutuário – 7. Usura e anatocismo – 8. Os efeitos da pandemia do novo coronavírus nos contratos de mútuo bancário – Problema prático.

## **COMODATO**

### **1. CONCEITO. EFEITOS ESSENCIAIS**

[Função prático-social]

O comodato consiste em empréstimo gratuito de bens infungíveis, móveis ou imóveis, que se aperfeiçoa com a sua tradição (CC, art. 579). Por outras palavras, cuida-se de negócio jurídico por meio do qual o comodante transfere, em caráter temporário e sem contrapartida, a posse direta sobre bem infungível ao comodatário, formando-se o contrato com a entrega da coisa. Opera-se, assim, o desdobramento da posse, de modo que a posse direta da coisa é transferida ao comodatário e o comodante permanece com a posse

indireta, podendo ambos, em consequência, se valer dos interditos possessórios. A função prático-social do comodato constitui-se, portanto, na transferência temporária e gratuita da posse direta de bem infungível ao comodatário, para a sua restituição ao final da relação contratual. Atribui-se ao comodato a denominação de empréstimo de uso, contrapondo-se ao mútuo, considerado empréstimo de consumo, que tem por objeto bens fungíveis.

[Negócio jurídico gratuito]

Caracteriza-se o comodato pela gratuidade, vez que a transferência da posse direta sobre o bem se efetua sem qualquer contrapartida por parte do comodatário, sendo o comodante movido por espírito de liberalidade. Cuida-se de contrato real, pois se aperfeiçoa com a tradição do bem, servindo sua transferência ao comodatário – como é frequente em relações de liberalidade como sinal da obrigatoriedade jurídica da avença. Em muitos contratos gratuitos, sem a transferência do bem, permanecem as partes no campo da cordialidade, própria de relações sociais não obrigatórias, sem a coercitividade que, em geral, nas relações onerosas, o simples consenso é suficiente a produzir.<sup>1</sup> Daqui provavelmente a previsão legislativa que considera o comodato contrato real.

[Contrato unilateral]

Quanto aos seus efeitos, o comodato é contrato unilateral, tendo por única prestação principal, uma vez efetuada a tradição que o aperfeiçoa, a obrigação de restituição do bem pelo comodatário. Note-se que a unilateralidade não decorre propriamente da inexistência de obrigações por parte do comodante, vez que, como em toda relação contratual, no comodato haverá sempre deveres recíprocos, a começar pelo dever imposto pela boa-fé objetiva, além de, no caso do comodante, o dever de respeitar o modo de utilização e o prazo pactuados. Assim, o que faz do comodato contrato unilateral é a existência de uma única prestação principal, a cargo do comodatário, a qual não se vincula, por nexo de corresponsabilidade,

com as obrigações secundárias assumidas pelo comodante. De fato, a liberalidade que caracteriza o empréstimo gratuito afasta o sinalagma e a bilateralidade do contrato, não havendo reciprocidade entre as obrigações atribuídas ao comodante e comodatário, de modo que uma seja a causa da outra.<sup>2</sup>

[Comodato com encargo]

Nessa perspectiva, admite-se o comodato modal, em que se insere cláusula de encargo, por meio da qual o comodatário assume determinado ônus associado à eficácia do negócio. Bastaria pensar no comodato de determinado imóvel com o encargo de o comodatário nele realizar reformas. Assim estabelecido, o contrato não se desnaturaliza, não se confundindo o ônus com contraprestação, que indicasse corresponsabilidade e pudesse tornar o comodato bilateral ou sinalagmático.<sup>3</sup>

[Infungibilidade do bem]

O comodato caracteriza-se, como acima aludido, pelo fato de o bem emprestado ser infungível, isto é, não passível de substituição. Os bens infungíveis não de ser também não consumíveis, para possibilitar a restituição pelo comodatário ao final da relação contratual. Admite-se também o comodato de bens fungíveis por natureza, mas que se consideram infungíveis, não se admitindo, nesse caso, por convenção das partes, a restituição de bens da mesma natureza, na mesma quantidade e qualidade dos que foram entregues ao comodatário, de sorte que não de ser restituídos rigorosamente os mesmos bens.<sup>4</sup> Tal não se confunde com o comodato irregular, que tem por objeto bens fungíveis, e que, por isso mesmo, se desnaturaliza.<sup>5</sup>

[Bens alheios sob administração]

Ainda quanto aos bens objeto do contrato de comodato, não se admite que os tutores, curadores e os administradores de bens alheios em geral (v.g. depositários, inventariantes e testamentários)

ofereçam em comodato, sem autorização especial, os bens confiados à sua guarda (CC, art. 580). O comodato não constitui ato de administração ordinária, razão pela qual, especialmente por se tratar de liberalidade sem contrapartida, requer autorização judicial específica, sob pena de nulidade (CC, arts. 166, VII, 1.749, II, e 1781).

[Prazo]

O comodato mostra-se necessariamente temporário (CC, art. 581). O contrato poderá ter prazo determinado ou indeterminado. No contrato por prazo determinado, o comodatário deverá restituir o bem no seu termo final. Caso assim não o faça, incorrerá em mora de pleno direito. De outra parte, nos contratos por prazo indeterminado, nos quais, portanto, não há previsão de prazo específico, presume-se o tempo necessário ao uso concedido, findo o qual o bem deverá ser restituído ao comodante. Impõe-se, assim, a determinação de prazo razoável para o atendimento à finalidade do contrato de comodato. Nessa hipótese, o comodante não poderá retomar o bem a qualquer tempo, devendo aguardar o transcurso do prazo necessário ao uso concedido. Esgotado esse prazo, o comodante poderá requerer ao comodatário que o restitua imediatamente, mediante simples notificação, não se exigindo a prova de necessidade imprevista e urgente do bem.<sup>6</sup>

[Devolução do bem]

A lei autoriza que o comodante solicite a devolução do bem antes do transcurso do prazo determinado ou daquele razoável ao uso concedido, caso demonstre necessidade imprevista e urgente, a qual deverá ser reconhecida em juízo. Pode-se citar como exemplo de circunstância urgente e imprevista o despejo do comodante de sua residência, que suscita a necessidade de retomar o bem para sua própria moradia.

Para a retomada do bem, em qualquer hipótese, o comodante poderá ingressar com ação de reintegração de posse.<sup>7</sup> Com efeito,



a mora do comodatário em restituir a coisa transmuda a posse justa em injusta, caracterizando-se o esbulho possessório. Admite-se, ainda, que o comodante mova ação de restituição do bem, regida pelo procedimento comum.<sup>8</sup>

[Mora do comodatário]

[Aluguel-pena]

[Mora do comodante]

Ainda na hipótese de mora, o comodatário será obrigado a pagar aluguel ao comodante até a data da restituição da coisa, além de responder por todos os prejuízos por ela sofridos (CC, art. 582), ainda que provenientes de caso fortuito ou força maior (CC, arts. 399 e 583), em consonância com o princípio da *perpetuatio obligationis*, salvo se demonstrado que o dano sobreviria mesmo que a obrigação fosse oportunamente desempenhada. Tal valor a ser pago pelo comodatário em mora denomina-se aluguel-pena, correspondente ao uso não autorizado da coisa, a ser arbitrado pelo comodante. Esse aluguel, contudo, não desnatura a gratuidade do comodato, mas assume a natureza de penalidade, por forçar o devedor a cumprir sua obrigação de restituir a coisa, tal como ocorre com a cláusula penal moratória. De outra parte, o arbitramento do aluguel-pena pelo comodante sujeita-se a controle de abusividade, podendo ser reduzido equitativamente, caso se revele manifestamente abusivo, tendo em vista a natureza e finalidade do comodato (CC, art. 473). Nessa direção, a III Jornada de Direito Civil aprovou enunciado n.º 180, que aplica ao contrato de comodato o parágrafo único do art. 575 do Código Civil,<sup>9</sup> referente à locação de coisas, segundo o qual o juiz poderá reduzir o aluguel arbitrado pelo locador, na hipótese de mora do locatário na devolução da coisa, se o aluguel se revelar manifestamente excessivo, não se descurando, contudo, de seu caráter de penalidade.<sup>10</sup> Se, por outro lado, esgotado o prazo contratual, o comodante se recuse a receber a coisa, o comodatário

poderá consigná-la em juízo, transferindo os riscos da coisa ao credor (CC, art. 400).

[Contrato informal e *intuitu personae*]

O comodato consiste em negócio informal, não dependendo de forma especial para sua constituição, concluída, como previamente exposto, pela transferência do bem, dado se tratar de contrato real. Todavia, o instrumento escrito poderá ter enorme importância quer para demonstrar o título da posse direta do comodatário, quer para delimitar o seu caráter temporário e gratuito, bem como a destinação do bem. O contrato de comodato revela-se *intuitu personae*, ou seja, é celebrado em favor da pessoa do comodatário, em relação marcada pela confiança. Desse modo, sobrevindo a morte do comodatário, extingue-se o contrato de comodato, salvo se o contrário resultar da convenção ou das circunstâncias.<sup>11</sup>

## 2. DEVERES DO COMODATÁRIO

[Efeitos acidentais]

Como anteriormente exposto, os deveres atribuídos por lei ao comodatário não tornam o contrato de comodato bilateral, vez que tais obrigações legais não constituem correspondente às obrigações do comodante, que pudesse caracterizar o sinalagma. Tampouco descaracterizam a gratuidade do negócio, pois essas obrigações não traduzem contraprestação ao empréstimo da coisa, de sorte que apenas o comodatário granjeia vantagens do negócio. Tais deveres constituem efeitos secundários, os quais, embora naturalmente integrantes de sua causa, se afiguram irrelevantes à qualificação, não se apresentando como contraprestação correspondente ao dever de restituição do bem emprestado. De outra parte, caso as partes convençam obrigações adicionais para o comodatário, há de se verificar se tais obrigações desnaturalizam o comodato, atribuindo-lhe caráter oneroso, de modo a qualificá-lo como contrato atípico, locação ou outro tipo contratual.

#### [Obrigação de conservação]

Dentre as obrigações assumidas pelo comodatário, em decorrência do dever de restituição que lhe é atribuído, situa-se a obrigação de conservar a coisa como se fosse sua própria, devendo dela se utilizar segundo a finalidade pactuada no contrato ou a sua natureza (CC, art. 582). O comodatário deve agir, portanto, de modo diligente, sob pena de ser responsabilizado pelos prejuízos causados. Para se verificar se o comodatário agiu de modo culposos, deve-se levar em conta o padrão de comportamento que ele adotaria caso a coisa fosse de sua propriedade. Se, tratando-se de coisa sua, o comodatário agisse diversamente, entende-se que o comodatário incorreu em culpa.

#### [Respeito à finalidade]

Por outro lado, o comodatário deve usar a coisa segundo a sua natureza ou a finalidade estabelecida no contrato. Se, por exemplo, o comodatário toma em empréstimo um carro para passeio, não pode utilizá-lo para realizar transporte de bens ou pessoas. Caso o contrato não estabeleça as regras de utilização do bem, deve-se recorrer aos usos a ele usualmente associados, segundo a sua natureza.

#### [Inadimplemento do comodatário]

O uso da coisa em contrariedade ao pactuado no contrato ou à sua natureza importará em inadimplemento do comodatário, sujeitando-o à resolução contratual, se o credor assim desejar, e às perdas e danos causados.

#### [Dever de diligência]

Do dever de diligência na conservação da coisa, decorre a obrigação do comodatário de, havendo risco ao objeto do comodato juntamente com outros bens de sua propriedade, salvaguardar o bem emprestado em detrimento dos seus, ainda que esses sejam mais

valiosos. Desse modo, se o comodatário antepuser a salvação dos seus bens abandonando os do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito ou força maior (CC, art. 583). A escolha efetuada pelo comodatário pela proteção de seus bens em desfavor daqueles do comodatário afigura-se fundamental à sua responsabilização.<sup>12</sup>

#### [Excludentes de responsabilidade]

A exclusão da responsabilidade do comodatário dependerá da demonstração de que os danos sofridos pela coisa decorreram de fato de terceiro ou de caso fortuito ou força maior, desde que não esteja em mora.

#### [Despesas]

No curso da execução contratual, o comodatário não poderá cobrar do comodante as despesas por ele incorridas no uso e gozo da coisa emprestada, consideradas ordinárias, vale dizer, gastos ordinários de manutenção do bem emprestado (CC, art. 584). Pode-se citar, como exemplo, os gastos com a revisão de carro tomado em empréstimo pelo comodatário.

Por outro lado, as despesas extraordinárias, assim consideradas por não se relacionarem à conservação do bem, uma vez realizadas sem o consentimento do comodante, apenas serão indenizadas se forem necessárias e urgentes, realizadas em situação na qual não há tempo hábil para requerer a autorização prévia do comodante, com vistas a evitar que o bem se deteriore.<sup>13</sup> Aplica-se, aqui, a disciplina das benfeitorias, de sorte que não serão indenizáveis as benfeitorias úteis ou voluptuárias. As benfeitorias necessárias, por sua vez, além de passíveis de indenização, admitem o direito de retenção.<sup>14</sup>

#### [Pluralidade das partes]

Na hipótese de pluralidade de comodatários de uma mesma coisa, esses responderão em caráter solidário perante o comodante (CC, art. 585). Trata-se de hipótese de solidariedade legal, que

objetiva ampliar as garantias do comodante. Por conseguinte, os comodatários serão responsáveis pela conservação da coisa e responderão solidariamente pelos prejuízos causados pela violação a este dever, ainda que os danos sejam imputáveis apenas a um dos comodatários, que, posteriormente, repartirão os prejuízos em ação de regresso; ou, ainda, pelo pagamento do aluguel-pena, na hipótese de mora na restituição do bem. Nada impede, contudo, que a autonomia privada afaste a solidariedade legal.

Aplicam-se, portanto, em caso de pluralidade de comodatários, as regras da solidariedade passiva (CC, arts. 275-285), tais como a impossibilidade de transmissão aos herdeiros da solidariedade na hipótese de falecimento do comodatário, os quais irão responder apenas pela sua quota-parte no quinhão hereditário, salvo se a obrigação for indivisível (CC, art. 276).

O comodante deverá, contudo, reivindicar o bem daquele em cuja posse se encontrar, na medida em que o comodato tem como objeto um bem individualizado, certo, inexistindo necessidade de se acionarem os demais comodatários.<sup>15</sup>

### **3. DEVERES DO COMODANTE**

[Reembolso de despesas extraordinárias]

[Vícios ocultos]

O comodante tem a obrigação de reembolsar o comodatário pelas despesas extraordinárias e urgentes realizadas no bem, as quais representem gastos que excedam sua conservação normal (CC, art. 584). Além disso, o comodante deverá indenizar o comodatário pelos danos causados por vícios ocultos da coisa de que tinha conhecimento e dolosamente ocultou do comodatário.<sup>16</sup>

[Mora do comodatário]

Destaque-se o dever do comodante, nos contratos de prazo indeterminado, de atribuir ao comodatário prazo razoável ao uso

concedido, não podendo, como visto, retomar o bem antes disso. Uma vez transcorrido o prazo razoável, o comodante deve notificar o comodatário da sua intenção de encerrar a relação contratual. Inexistindo tal notificação, não há que se falar em constituição em mora do comodatário, e, em consequência, não se mostra possível a propositura de ação de reintegração de posse, pois somente a recusa na restituição da coisa após a notificação do comodante caracteriza o esbulho.<sup>17</sup>

[Mora do comodante]

Registre-se, ainda, a obrigação do comodante de receber a coisa em restituição, sob pena de ser constituído em mora (mora *accipiendi*). Nesses casos, o comodatário que deseja realizar a entrega da coisa poderá ajuizar ação de consignação.<sup>18</sup>

## MÚTUO

### 4. CONCEITO. EFEITOS ESSENCIAIS

[Conceito]

O mútuo consiste no contrato por meio do qual o mutuante transfere ao mutuário a propriedade de determinado bem fungível, assumindo o mutuário a obrigação de restituição de coisa do mesmo gênero, quantidade e qualidade no termo contratual (CC, art. 586). O mútuo destina-se, assim, a transferir a propriedade de bem fungível ao mutuário, com a finalidade de consumo por esse último. Por isso mesmo, o mutuante deverá ser o proprietário do bem objeto do mútuo, cuja tradição ao mutuário implica a transferência dos riscos da coisa a esse último (*res perit domino*). Vale dizer, o mutuário responderá pelos riscos da coisa a partir da tradição (CC, art. 587). A transferência da propriedade constitui meio para atingir a finalidade do contrato de mútuo, precisamente o consumo do bem fungível pelo mutuário.

#### [Distinção para o comodato]

O mútuo difere-se do comodato por representar empréstimo de bens fungíveis, destinados ao consumo do mutuário, os quais serão restituídos por coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade no fim do prazo contratual. Daí afirmar-se que o mútuo constitui empréstimo de consumo.

#### [Objeto do mútuo]

O mútuo terá como objeto, como mencionado, bens fungíveis. O mútuo *fenetático*, que tem por objeto dinheiro, afigura-se o mais comum, embora sejam também realizados mútuos de mercadorias e de títulos. Quanto ao mútuo fenetático, admitem-se apenas os mútuos realizados em moeda corrente nacional, atendendo-se ao princípio do nominalismo (CC, art. 315). Permite-se, contudo, a estipulação em moeda estrangeira nas hipóteses previstas no art. 2º,<sup>19</sup> do Decreto-Lei nº 857, de 11 de setembro de 1969;<sup>20</sup> bem como a indexação de dívidas à variação cambial de moeda estrangeira nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior (art. 6º,<sup>21</sup> Lei 8.880/94).

O mútuo não poderá ter como objeto bens imóveis.<sup>22</sup> A fungibilidade do bem afigura-se essencial à causa do mútuo, vocacionado a transferir a propriedade do bem que será consumido pelo mutuário.

#### [Mútuo gratuito e oneroso]

O mútuo poderá ser gratuito ou oneroso. Configura-se o mútuo gratuito quando as partes não tiverem estipulado juros, constituindo-se, assim, contrato benéfico, de auxílio desinteressado, expressão de liberalidade do mutuante.<sup>23</sup> Entretanto, mesmo no mútuo gratuito, o mutuário em mora responde pelos juros moratórios, o que não desnatura o mútuo gratuito em oneroso. O mútuo oneroso, por outro lado, se caracteriza pela cobrança de juros do mutuário em

contraprestação ao empréstimo do bem fungível. Note-se que o mútuo oneroso não se confunde com a locação de bens fungíveis, vez que no mútuo há a transferência da propriedade do bem, ao passo que na locação se opera apenas a transferência da posse direta da coisa ao locatário.

[Contrato real ou consensual?]

A classificação do mútuo como contrato real ou consensual consiste em objeto de controvérsia doutrinária. Tradicionalmente, sustenta-se que o mútuo traduz contrato real, na medida em que se perfaz com a entrega efetiva do bem fungível, não se afigurando suficiente a simples manifestação de vontade. De outra parte, afirma-se que o consenso, por si só, tem o condão de aperfeiçoar o contrato de mútuo, de modo que a tradição constituiria apenas efeito do contrato (consensual) de mútuo.<sup>24</sup> A rigor, tal entendimento há de ser revisitado à luz da função ou finalidade desempenhada pelo mútuo no concreto regulamento de interesses.

[Diversidade de função: diversidade de disciplina]

Com efeito, no direito brasileiro, o mútuo pode assumir dupla função, com diversidade de disciplina, a depender de sua causa *in concreto*. Cuidando-se de mútuo oneroso ou feneratício, cujos efeitos essenciais abrangem a contraprestação do mutuário pelo empréstimo, o consenso mostra-se suficiente à formação do contrato, o qual será, portanto, consensual. Por outro lado, na hipótese de mútuo gratuito, cuja causa consiste na transferência do bem fungível sem contraprestação pelo mutuário, a *traditio* ou entrega material da coisa revela-se essencial à qualificação do mútuo, a determinar, nesse caso, a realidade do contrato.<sup>25</sup> A atribuição de natureza real ao contrato de mútuo gratuito se justifica, como no caso do comodato, pela mesma preocupação do legislador em dar juridicidade ao ambiente de cordialidade que, sem coercitividade alguma, antecede negócios gratuitos, com ofertas de liberalidades não concretizadas.



#### [Contrato bilateral ou unilateral]

Do mesmo modo, a classificação do mútuo como contrato bilateral ou unilateral dependerá da onerosidade ou gratuidade do empréstimo. Na hipótese de mútuo oneroso, o contrato revela-se bilateral, sendo certo que o pagamento de juros pelo mutuário consiste na contraprestação à transferência do capital pelo mutuante.<sup>26</sup> De outra parte, em caso de mútuo gratuito, o negócio será unilateral, inexistindo correspectivo para o empréstimo do bem fungível.<sup>27</sup>

#### [Contrato informal e temporário]

O contrato de mútuo, em regra, não requer forma especial, tratando-se de contrato não solene. Além disso, assim como o comodato, o mútuo consiste em contrato temporário, cujos efeitos se exaurem com a devolução do bem pelo mutuário no fim do prazo contratual.

#### [Prazo]

O mútuo pode ser convencionado por prazo determinado ou indeterminado. No contrato de prazo determinado, as partes se vinculam ao prazo pactuado, não podendo extinguir o contrato antecipadamente. Se o prazo tiver sido previsto em proveito exclusivo do devedor, este poderá restituir a coisa antes do término do prazo (CC, art. 133).<sup>28</sup> O mútuo, ao contrário do comodato, não tem uma regra geral que permita ao mutuante pedir a restituição do bem antes do prazo estipulado, por motivo de necessidade imprevista e urgente. Assim, estabelecido termo final, o mutuante deverá observá-lo.

Na hipótese de contrato de mútuo por prazo indeterminado, caberá, como sói ocorrer em contratos de prazo indeterminado, a denúncia vazia, isto é, a extinção do vínculo contratual a qualquer tempo sem justo motivo. Todavia, há de se observar determinado aviso prévio segundo a natureza do mútuo acordado, a fim de que se

permita ao mutuário usufruir em alguma medida do bem emprestado.<sup>29</sup>

[Aviso prévio]

Nessa esteira, o art. 592 do Código Civil estabelece que, nos casos em que não haja prazo específico – e, portanto, o contrato seja de prazo indeterminado –, o prazo do mútuo será (i) até a próxima colheita, se o mútuo for de produtos agrícolas, tanto para consumo como para semeadura (inciso I); (ii) de 30 (trinta) dias, pelo menos, se for de dinheiro (inciso II); e (iii) pelo prazo que declarar o mutuante, se for de qualquer outra coisa fungível (inciso III). Nessa última hipótese, o mutuante, ao intimar o mutuário para a restituição da coisa equivalente à emprestada, deverá fixar prazo razoável que garanta, como observado, a possibilidade de proveito econômico do empréstimo pelo mutuário.<sup>30</sup>

## 5. DIREITOS E DEVERES DO MUTUANTE

[Direito à restituição do bem]

O mutuante tem direito de reaver do mutuário o bem emprestado no mesmo gênero, qualidade e quantidade, no prazo ajustado. Cuidando-se de mútuo oneroso ou feneratício, o mutuante terá direito a receber o bem emprestado acrescido dos juros compensatórios, que se prestam a remunerar o capital emprestado e a compensar o risco de seu não recebimento.<sup>31</sup>

[Presunção de onerosidade: juros]

Os juros presumem-se devidos no mútuo com fins econômicos, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406 do Código Civil, permitida a capitalização anual (CC, art. 591). O legislador presume, portanto, a onerosidade do mútuo com fins econômicos.

Os juros consistem em frutos civis, cuja existência supõe a da prestação principal pecuniária. Por outras palavras, os juros traduzem rendimentos produzidos pela utilização econômica da coisa principal. Os juros seguem, portanto, a sorte da obrigação principal (CC, art. 92). Assim, o devedor paga juros ao credor por força da utilização do bem emprestado.<sup>32</sup> Os juros destinam-se, portanto, a remunerar o credor pelo uso do capital de que foi privado por determinado lapso temporal.<sup>33</sup>

[Juros convencionais ou legais]

Os juros classificam-se em convencionais ou legais. Os juros convencionais decorrem da convenção, de sorte que as partes estabelecem o seu pagamento como obrigação acessória à principal. Já os juros legais resultam de previsão legal, como se dá na hipótese do art. 395 do Código Civil, que determina o pagamento de juros pelo inadimplemento contratual.

[Juros moratórios ou compensatórios]

Os juros podem, ainda, ser moratórios ou compensatórios. Os juros moratórios incidem na hipótese de mora ou inadimplemento relativo, quando o devedor descumpre a obrigação contratual no tempo, modo ou local pactuado. Os juros compensatórios ou remuneratórios, por sua vez, têm por finalidade compensar o credor pela privação de seu capital e pelo risco do não cumprimento da prestação principal e serão normalmente convencionais.<sup>34</sup>

[Juros legais moratórios]

Os juros legais moratórios encontram previsão no art. 406<sup>35</sup> do Código Civil e consistem na taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. Esta taxa irá se aplicar nas hipóteses em que (i) as partes não convencionarem juros moratórios; (ii) as partes acordarem o pagamento de juros moratórios sem, contudo, estipular a taxa; e (iii) quando os juros moratórios decorrerem de previsão legal.

[Limite legal dos juros moratórios]

Se, porventura, os juros moratórios fixados no mútuo ultrapassarem esta taxa prevista no art. 406 do Código Civil, os juros convencionados deverão ser reduzidos proporcionalmente para se adaptar ao estabelecido na lei, que fixa o teto dos juros moratórios.

[Taxa Selic]

Doutrina<sup>36</sup> e jurisprudência<sup>37</sup> controvertiam acerca de qual seria a taxa a que alude o mencionado dispositivo. De um lado, entendia-se que a taxa seria aquela prevista no art. 161, § 1º, do CTN, ou seja, 1% (um por cento) ao mês. Por outro lado, defendia-se que a taxa aplicável aos juros moratórios devidos pelo contribuinte à Fazenda Nacional corresponderia à taxa SELIC (Sistema Especial de Liquidação e Custódia, do Banco Central), nos termos da Lei nº 9.065, de 20 junho 1995. Atualmente, consolidou-se o entendimento de que os juros legais moratórios serão fixados segundo a taxa SELIC.<sup>38</sup>

[Exceção de insegurança]

Caso o mutuário sofra notória mudança em sua situação econômica antes do vencimento da obrigação, o mutuante poderá exigir garantia de seu cumprimento, isto é, que o mutuário ofereça garantia da restituição do bem emprestado no termo contratual, *ex vi* do art. 590 do Código Civil.<sup>39</sup> Se o mutuário não prestar a garantia, ocorrerá o vencimento antecipado da obrigação.<sup>40</sup> Cuida-se de especificação da regra relativa à exceção de insegurança prevista no art. 477 do Código Civil,<sup>41</sup> a qual busca tutelar o credor em hipótese de dúvida quanto ao cumprimento da prestação decorrente de abalo econômico superveniente sofrido pelo devedor.

Ordinariamente, a doutrina associa a exceção de insegurança ao mútuo oneroso, no qual o pagamento de juros constitui a contraprestação ao capital emprestado, a justificar a exigência de garantia ao cumprimento da obrigação na hipótese de superveniente alteração econômica no patrimônio do mutuário.<sup>42</sup> A se considerar

que a norma contida no art. 590 do Código Civil não efetuou qualquer distinção entre mútuo oneroso e gratuito e que a exceção de insegurança constitui regra geral aplicável aos contratos em geral, entende-se que a disposição deve se aplicar tanto ao mútuo gratuito quanto ao oneroso.

[Mútuo *a non domino*]

O mútuo, por implicar transferência da propriedade, deverá ser celebrado por aquele que é dono do bem mutuado. Desse modo, caso o mútuo seja realizado por pessoa diversa do proprietário do bem mutuado, o negócio será nulo (CC, art. 166, II) e o mutuante poderá ser punido, no âmbito penal, como estelionatário (CP, art. 171, § 2º, I). Assim, o empréstimo de coisa alheia obriga o detentor do bem a devolvê-lo a seu verdadeiro dono. Se o bem não mais existir, surge a obrigação de indenizar. Se, no entanto, o bem fungível não mais existir por ter sido consumido por mutuário de boa-fé, pode o dono do bem agir contra o mutuante, pleiteando perdas e danos (CC, art. 182).

[Mutuário menor]

Se o mutuante celebrar o mútuo com pessoa menor, sem prévia autorização daquele que detém a sua guarda, não poderá reaver o bem emprestado do mutuário, tampouco de seus fiadores (CC, art. 588). Pretende-se, assim, proteger os menores – presumidamente inexperientes – de possível exploração por mutuantes usurários. Os empréstimos realizados a menores, portanto, serão ineficazes quando não autorizados por seus legítimos representantes ou por aqueles sob cuja guarda estiverem, os quais têm a função primordial de velar pela direção da sua vida civil. Se o menor for absolutamente incapaz, o negócio será nulo (CC, art. 166, I); ao passo que, se o menor for relativamente incapaz, o mútuo será anulável (CC, art. 171), podendo, neste último caso, o contrato ser ratificado ou confirmado pelas partes (CC, art. 589, I).

A ineficácia do contrato de mútuo celebrado com mutuário menor de idade cessa nas hipóteses previstas no art. 589 do Código Civil. A primeira hipótese refere-se ao menor que celebra o mútuo sem a participação de seu representante legal. Cuida-se de vício por ausência de representação, se o menor for absolutamente incapaz (CC, art. 3º); ou de assistência, na hipótese de incapacidade relativa (CC, art. 4º). Nesses casos, o vício desaparecerá quando for suprida a falta de autorização por meio de posterior ratificação do ato pelos representantes legais, que se opera retroativamente (CC, art. 176).<sup>43</sup> No caso de incapacidade absoluta, não é permitido o suprimimento posterior desta incapacidade pelo juiz. Isto é, não será possível aos representantes do menor incapaz ou ao juiz ratificar ou confirmar o negócio jurídico já realizado (CC, art. 168, parágrafo único),<sup>44</sup> pois se trata de hipótese de nulidade, que não convalesce. Nesse caso, o contrato de mútuo será considerado nulo e não produzirá os efeitos desejados.

Além disso, o mútuo mostra-se eficaz se o menor tiver obtido o empréstimo para sua subsistência, ou, na dicção legal, “para os seus alimentos habituais”. A locução “alimentos” é utilizada em sentido amplo, abrangendo os alimentos naturais, necessários para a subsistência do menor, e os civis, complementares para a manutenção da sua condição socioeconômica, como, por exemplo, os gastos com educação.<sup>45</sup>

De outra parte, o mútuo celebrado pelo menor revela-se válido e eficaz quando esse possui economia própria e bens adquiridos pelo seu trabalho, que evidentemente estarão excluídos da administração dos pais. Nesse caso, o menor tem a livre disposição dos seus bens, que responderão pelo mútuo. Esse mútuo, contudo, não poderá ultrapassar as forças do seu patrimônio, sob pena de ser considerado inválido o saldo que ultrapassar este limite. Tal disposição não se aplica nas hipóteses em que o menor com dezesesseis anos completos se emancipa, por força de lei, em razão de possuir economia própria (CC, art. 5º, V). Afinal, emancipando-se,

torna-se o menor plenamente capaz de realizar todos atos da vida civil, incluindo a celebração de contratos de mútuo.

De outra parte, se o empréstimo se reverte em benefício do menor considera-se perfeito e acabado, pois se presume que esse benefício se refere à sua subsistência, podendo, portanto, ser reavido do menor, sob pena de enriquecimento ilícito (CC, art. 884). No entanto, de igual modo, se o empréstimo concedido a menor beneficiar diretamente a pessoa que o representa e que deveria autorizá-lo, o mutuante poderá reaver o que emprestou, acionando aquele que se aproveitou.

[Dolo do menor]

Considera-se, ainda, o mútuo válido e eficaz se o menor houver ocultado a idade dolosamente, de modo que a idade não poderá ser alegada como forma de evitar a restituição daquilo que lhe foi emprestado. Nesse caso, não pode o menor alegar a própria torpeza, devendo o mutuário menor restituir tudo aquilo que lhe foi emprestado (*malitia supplet aetatem*).

## 6. DIREITOS E DEVERES DO MUTUÁRIO

[Inexistência de indenização por benfeitorias]

Diversamente do que ocorre com o comodato, no mútuo, o mutuário não tem direito à indenização por eventuais benfeitorias realizadas na coisa. Isto porque o mútuo transfere a propriedade da coisa ao mutuário, que passa a ser o único interessado na realização das benfeitorias no bem. Ao mutuário caberá apenas a restituição do bem equivalente ao que recebeu, de mesmo gênero, qualidade e quantidade, independentemente do destino do bem mutuado.

[Obrigação de restituição]

No término do prazo contratual, caberá ao mutuário restituir a coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade do bem recebido.

Cuidando-se de mútuo oneroso, caberá ao mutuário restituir o bem com os juros devidos. Caso o mutuário descumpra essa obrigação, o mutuante poderá ajuizar a ação de execução específica de obrigação contratual cumulada com o pagamento das perdas e danos devidos em razão do inadimplemento, caso ainda tenha interesse na prestação descumprida. Se, por outro lado, o mutuante não tiver interesse na execução específica da obrigação, poderá ingressar com ação indenizatória, pleiteando o equivalente pecuniário da prestação inadimplida mais as perdas e danos cabíveis. Não é dado ao mutuante ajuizar ações possessórias para a retomada do bem, vez que, tendo se operado a transferência da propriedade com o mútuo, o mutuante não exerce mais a posse sobre o bem.

Por outro lado, o mutuário terá o direito de usufruir do bem emprestado pelo prazo contratual estabelecido; ou, na hipótese de contrato por prazo indeterminado, pelo lapso temporal razoável ao seu proveito econômico, observando-se o disposto no art. 592 do Código Civil.<sup>46</sup>

## **7. USURA E ANATOCISMO**

[Vedação ao anatocismo]

Os juros revelam-se forma justa de compensação ao mutuante pelo tempo e riscos do empréstimo, desde que não sejam exorbitantes e não caracterizem a usura. Apesar das diversas orientações legislativas que se sucederam no tempo a respeito da regulamentação dos juros, com maior ou menor intervenção do Estado na ordem econômica, o anatocismo – a cobrança de juros sobre juros – e a usura sempre consistiram em objeto de repressão por parte do ordenamento jurídico.<sup>47</sup>

[Evolução histórica]

No Brasil, verificou-se movimento cíclico de repressão e liberdade na prática de juros. As Ordenações Filipinas previram um capítulo dedicado aos “contratos usurários”, que determinava que “Nenhuma



pessoa, de qualquer estado e condição que seja, dê ou receba dinheiro, prata, ouro, ou qualquer outra quantidade pesada, medida, ou contada à usura, por que possa haver, ou dar alguma vantagem, assim por via de empréstimo, como de qualquer outro contrato, de qualquer qualidade, natureza e condição que seja, e de qualquer nome que possa ser chamado”. A norma era rígida e impunha sanções severas, pois, ao lado da perda do montante pecuniário, era estipulado também a pena de degredo à África, a demonstrar a enorme reprovabilidade social da conduta, em razão, especialmente, das fortes influências do Direito Canônico.

Mais tarde, a Lei de 24 de outubro de 1832 determinou que “O juro ou prêmio de dinheiro, de qualquer especie, será aquelle que as partes convencionarem”, rompendo com o paradigma antigo e proclamando a liberdade contratual (art. 1º). Também o Código de 1916, na esteira do liberalismo contratual, não dispôs contra os juros convencionais, asseverando no art. 1.064 que o devedor estará obrigado aos juros de mora, “que se contarão assim às dividas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, desde que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes”.<sup>48</sup>

[Lei da Usura]

A crise mundial pela qual passaram os países após a quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929 fez com que o legislador brasileiro mitigasse a liberdade na fixação dos juros. Nessa direção, o art. 9º, Decreto n.º 22.626 de 7 de abril de 1933, chamado de Lei da Usura, dispôs que “Não é válida a cláusula penal superior a importância de 10% do valor da dívida”. Além disso, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu o enunciado da Súmula 121, de 1963, com o seguinte teor: “é vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”.

[Relações bancárias]

Posteriormente, esse limite à cobrança de juros restou atenuado nas relações bancárias e financeiras, nas quais se permitiu, com o advento da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, a cobrança de juros não limitados às taxas estipuladas no Decreto n.º 22.626/1933, mas sim às taxas do mercado, tendo sido esta orientação legislativa seguida pelos Tribunais. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 596, de 1976, nos seguintes termos: “as disposições do Decreto 22.626 de 1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional”. Nessa direção, a revisão da taxa de juros cobrada só será permitida se reputada abusiva.<sup>49</sup>

[Medida Provisória n.º 2.170-36]

Ainda sobre o tema, editou-se a Medida Provisória 1.963-17, reeditada sob o nº 2.170-36 de 23 de agosto de 2001, que, em seu art. 5º, autoriza a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Ressalte-se, entretanto, que o Superior Tribunal de Justiça restringe sua aplicação às hipóteses em que as partes assim pactuaram expressamente e apenas nos contratos celebrados quando a referida medida provisória já se encontrava vigente.<sup>50</sup>

[Medida Provisória nº 2.172-32]

Convém observar que a Constituição Federal disciplinava os juros no art. 192, § 3º, limitando a taxa de juros reais a 12% ao ano. Essa norma consistiu em objeto de extensa discussão doutrinária e jurisprudencial. Em 7 de março de 1991, o Supremo Tribunal Federal, no âmbito da ADIN n.º 4, julgou a norma do art. 192, § 3º, como não autoaplicável, indicando, portanto, a necessidade de lei complementar que estabelecesse o conceito de “juros reais”, de modo a regulamentar a norma constitucional. Posteriormente, o art. 192, § 3º, foi revogado pela Emenda Constitucional n.º 40, de 29

maio de 2003. Registre-se, ainda, a Medida Provisória n.º 2.172-32, de 23 de agosto de 2001, que determina a nulidade de estipulações usurárias, dentre as quais aquelas com taxas superiores às legalmente permitidas.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, as relações contratuais de mútuo convencionadas com bancos e instituições financeiras passaram a ser regidas e tuteladas pela lei consumerista. Aplicam-se, portanto, aos contratos de mútuo firmados com as instituições financeiras, os princípios do CDC e as regras atinentes às cláusulas abusivas e à revisão contratual.<sup>51</sup>

Na esteira da proteção ao consumidor, O STJ editou a Súmula 603 do STJ, segundo a qual: “É vedado ao banco mutuante reter, em qualquer extensão, os salários, vencimentos e/ou proventos de correntista para adimplir o mútuo (comum) contraído, ainda que haja cláusula contratual autorizativa, excluído o empréstimo garantido por margem salarial consignável, com desconto em folha de pagamento, que possui regramento legal específico e admite a retenção de percentual”. Todavia, a redação da súmula vinha gerando interpretações divergentes. Os Tribunais estavam entendendo que a súmula proibia todo e qualquer desconto realizado em conta corrente, mesmo em conta que não fosse salário, e mesmo com autorização concedida pelo correntista. Contudo, o escopo do enunciado consistia em impedir que as instituições financeiras se apropriassem de remuneração depositada em conta de sua administração para solver dívidas do correntista para com o próprio banco. Por conta desse descompasso hermenêutico, o STJ optou por cancelar a súmula, em 22 de agosto de 2018.

## **8. OS EFEITOS DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS NOS CONTRATOS DE MÚTUA BANCÁRIO**

A pandemia do novo coronavírus afetou os contratos de mútuo bancário, agravando o endividamento dos brasileiros. Como se sabe, o mútuo bancário traduz importante mecanismo de distribuição de

crédito no Brasil, por meio do qual a instituição financeira empresta dinheiro em contraprestação à promessa de pagamento futuro, no prazo acordado.<sup>52</sup> Para que o crédito seja precificado e o risco do financiador seja corretamente verificado, é fundamental a atuação das instituições de cadastro de consumidores.<sup>53</sup>

Nesse particular, o Código de Defesa do Consumidor prevê expressamente a existência de cadastros, fichas e registros de dados pessoais dos consumidores. Segundo a norma, os cadastros devem ser objetivos, claros e verdadeiros, além de formulados em linguagem de fácil compreensão (CDC, art. 43). Incentiva-se, assim, que os fornecedores alimentem bancos de dados com as informações relativas ao adimplemento pelos consumidores. No entanto, para que a inscrição negativa de um consumidor inadimplente seja legítima, é necessário o cumprimento de diversos requisitos legais.

Em primeiro lugar, a dívida deve ser existente e deve estar vencida. Em segundo lugar, o crédito deve ser líquido e certo. Por fim, deve haver exposto aviso ao devedor, de modo a oportunizar o pagamento ou o questionamento, pelo inadimplente, quanto à legalidade ou existência do débito.<sup>54-55</sup>

Apesar da legitimidade dos cadastros negativos, o Poder Público vem realizando uma série de medidas para proteger os consumidores com pendências bancárias que tiveram sua renda afetada em razão da pandemia do novo coronavírus.

Nesse sentido, destaque-se o Projeto de Lei nº 675/2020, que visava inserir o art. 17-B na Lei nº 12.414/2014, que trata dos bancos de dados de consumo no Brasil. A inclusão indicada apresentava a seguinte redação: “Esta Lei suspende as inscrições de registros de informações negativas dos consumidores, bem como os efeitos dessas informações, em cadastros, conforme previsto no § 2º do art. 43 da Lei nº 8.078/90, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), por birôs de crédito que fazem análise financeira e que fornecem informações para decisões de crédito, desde que as inscrições tenham sido realizadas após a decretação do estado de calamidade pública relacionada à pandemia da Covid-19, reconhecida pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de

março de 2020”. O Projeto de Lei foi aprovado no Senado Federal, mas vetado totalmente pela mesa diretora da Câmara dos Deputados em 30 de junho de 2020.

Apesar do não prosseguimento da proposta legislativa, é importante notar que a iniciativa protetiva não vem apenas do Poder Legislativo. Com efeito, o Banco Central do Brasil e Conselho Monetário Nacional editaram, desde a decretação do estado de calamidade no Brasil, uma série de atos normativos a fim de mitigar o impacto causado pela pandemia da Covid-19 na economia brasileira. À guisa de exemplo, editaram, conjuntamente, a Resolução nº 4.782/2020, que estabeleceu a possibilidade de renegociação e prorrogação de vencimento de dívidas bancárias, empréstimos e financiamentos.<sup>56</sup>

Ao lado das iniciativas governamentais, também existem ações da sociedade civil. A Associação Nacional dos Bureaus de Crédito (ANBC), órgão representante de Serasa, SPC Brasil e outras empresas gestoras de bancos de dados, prorrogou o prazo para o devedor ter o nome inscrito no cadastro negativo de crédito. Com a determinação, o prazo entre a notificação e a efetiva inscrição, que antes era de 10 (dez) dias, passará a ser de 45 (quarenta e cinco), em função da crise causada pela pandemia do novo coronavírus.<sup>57</sup> Em sentido semelhante, a Federação Brasileira de Bancos (Febraban) já afirmou que os 5 (cinco) maiores bancos do país estão comprometidos em atender a pedidos de prorrogação, por 60 (sessenta) dias, dos vencimentos de dívidas de seus clientes pessoas físicas e micro e pequenas empresas, sendo certo que a medida vale para contratos de créditos.<sup>58-59</sup>

Com fundamento nessa lógica protetiva, a jurisprudência vem acolhendo pedidos de suspensão das cobranças dos mútuos bancários ou de inscrição em cadastros negativos dos consumidores inadimplentes.<sup>60</sup> Verifica-se, assim, a iniciativa dos três Poderes e da sociedade civil em adotar medidas para garantir a proteção dos mutuários, consumidores de empréstimos bancários, durante a crise econômica causada pela pandemia do novo coronavírus.

## PROBLEMA PRÁTICO

Em mútuo bancário, os encargos moratórios cobrados pela instituição financeira ao mutuário inadimplente podem ser cumulados com a comissão de permanência? Existe algum limite ao estabelecimento da comissão de permanência?

- **Vide Casoteca**

- 
- 1 No sentido do texto, considerando o comodato contrato real, anota Orlando Gomes: “O comodato é contrato real. Só se perfaz com a entrega da coisa. Em algumas legislações, é considerado simplesmente consensual, gerando, por isso, a obrigação, para o comodante, de entregar a coisa. Nos sistemas jurídicos fiéis à tradição romana da *realidade* do comodato, a obrigação de entregar, sendo contraída, configura *pactum de commodando*, que é pré-contrato. A convenção em que se estipule a obrigação de emprestar coisa não fungível é *promessa de comodato*. Só é comodato aquela em que se cede o uso da coisa e não a que se promete cedê-lo. Não são os efeitos do contrato que se iniciam com a tradição da coisa; é a sua própria existência que depende de cumprimento desse ato” (*Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, 26. ed., p. 386). Em sentido contrário, Serpa Lopes considera o contrato de comodato como consensual, de modo que sua formação se dá com a simples manifestação da vontade, constituindo a entrega do bem parte da execução contratual (*Curso de Direito Civil*, vol. IV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, 4. ed., p. 355).
  - 2 Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2016, 20ª ed., p. 323), Orlando Gomes (*Contratos*, cit., p. 386) e J. M. de Carvalho Santos (*Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XVII, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 394) consideram o comodato contrato bilateral imperfeito, pois o comodante também tem obrigações, as quais, contudo, não guardam correspectividade com as obrigações contraídas pelo comodatário.
  - 3 Sobre o ponto: “O modo, como elemento acessório que pode ser ajuntado aos negócios jurídicos a título gratuito, ajusta-se ao comodato, limitando, na medida estabelecida na avença, a atribuição patrimonial, que advém ao comodatário, em razão do uso da coisa comodada. Não constitui contraprestação (mantendo-se, por isso, a gratuidade) a obrigação assumida pelo comodatário que seja razoavelmente inferior à vantagem patrimonial que obtém com o uso da coisa emprestada” (Carlos Leduar Lopes, Comodato modal. *Revista dos Tribunais*, vol. 697, nov., São Paulo; *Revista dos Tribunais*, 1993, pp. 7-16).
  - 4 Cite-se o exemplo dos objetos emprestados para fins de ornamentação: “Uma cesta de frutas e uma garrafa de vinho nobre são bens fungíveis. Mas, emprestados para ornamentação, transformam-se em infungíveis,

não podendo ser substituídos por outros da mesma espécie, configurando-se, na hipótese, o comodato *ad pompam vel ostentationem*, segundo a linguagem dos romanos” (Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil Esquematizado: Parte Geral, Obrigações, Contratos*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 1, p. 228).

- 5 “O comodato de coisa fungível supõe que se haja estabelecido a infungibilidade convencional. Se o bem é fungível e só se vinculou o outorgado a não consumi-lo, não há comodato. Se o bem é consumível e só se prometeu a infungibilidade, também não se tem o contrato de comodato. A restituição *in individuo* supõe que não se substitua nem se consuma o bem entregue. Pode-se dar em mútuo bem infungível, porque só se exigiu a restituição em bem da mesma espécie ou gênero. Pode-se dar em comodato bem fungível, se foi exigida a restituição da *eadem res*” (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, vol. XLVI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 210).
- 6 O STJ reconhece a necessidade de concessão de prazo razoável à realização da finalidade pretendida com o comodato (STJ, 3ª T., REsp. 571453, Rel. Min. Ari Pargendler, julg. 6.4.2006, publ. DJ 29.5.2006). Por outro lado, a jurisprudência da Corte Superior se estabeleceu no sentido de que, uma vez transcorrido o prazo razoável para o alcance da finalidade do contrato, basta a notificação com determinação de prazo para a devolução do bem para desconstituir o negócio (STJ, REsp 605.137, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. 18.5.2004; STJ, 3ª T., AgRg no REsp. 1424390, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 12.2.2015, publ. DJ 24.2.2015).
- 7 Na jurisprudência: “Reintegração de posse. Comodato. Prazo indeterminado. Esbulho caracterizado pela não desocupação do imóvel no prazo concedido. 1. No comodato por prazo indeterminado, o esbulho é caracterizado com o decurso do prazo, para desocupação, contado do recebimento da notificação” (TJSP, 18ª C. D. Priv., Ap. Civ. 04577322520108260000, Rel. Des. William Marinho, julg. 27.11.2013; publ. DJ 29.11.2013). No caso do comodato celebrado por prazo determinado, o esbulho fica caracterizado se não restituído o bem após término do prazo contratual: “Reintegração de posse. Comodato por prazo determinado. Esbulho. Caracterização. Tratando-se de comodato por contrato escrito e com prazo determinado, esgotado o prazo concedido sem a desocupação do bem, caracteriza-se o esbulho” (TJSP, 11ª C. D. Priv., Agl 02195213020128260000, Rel. Des. Marino Neto, julg. 22.11.2012, publ. DJ 24.11.2012).



- 8 Registre-se posicionamento doutrinário que considera a ação de retomada, pelo procedimento comum, mais adequada que a ação de reintegração de posse. Assim, Luiz Guilherme Marinoni, Ações para obtenção de coisa, disponibilizado pelo autor em seu site: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-As-ações-para-a-obtenção-de-coisa-art.-461-A-do-CPC-.pdf> acesso em 20 de junho de 2019, p. 31. Na jurisprudência, admitindo-se a ação de restituição de coisa para o comodato: TJRS, 7ª CC., Agl 70075873364, Rel. Des. Sandra Medeiros, julg. 28.2.2018, publ. DJ 2.3.2018; TJDF, 3ª T., Ap. 20140111782828, Rel. Des. Fátima Rafael, julg. 4.4.2018, publ. DJ 4.4.2018.
- 9 “Art. 575. 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. Parágrafo único. Se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o juiz reduzi-lo, mas tendo sempre em conta o seu caráter de penalidade”.
- 10 Confira-se: “A regra do parágrafo único do art. 575 do novo 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, do novo Código Civil”.
- 11 Em sentido contrário, Orlando Gomes (*Contratos*, cit., p. 389) sustenta que a morte do comodatário não extingue o contrato, salvo se estipulado que o uso da coisa era estritamente pessoal. Washington de Barros Monteiro defende que a extinção do contrato de comodato não ocorrerá se a sua finalidade não tiver sido cumprida por ocasião da morte do comodatário: “A empresta a B, sem prazo determinado, um trator para aração das terras deste. Não há prazo convencionado, o comodato é por tempo indeterminado. O comodatário servir-se-á do veículo emprestado para o fim a que visava e pelo tempo necessário à realização do serviço. Se o comodatário vem a falecer antes de terminado o serviço, não é lícito ao comodante reclamar dos herdeiros dele a restituição do objeto emprestado, enquanto não se ultimar a aração” (*Curso de Direito Civil*, vol. V, São Paulo: Saraiva, 2007, 35. ed., p. 202).
- 12 Nessa direção, Carvalho Santos, sob a égide do Código Civil de 1916, registrou que o dispositivo não poderia ser interpretado de maneira absoluta e “não se aplicará o texto supra quando o comodatário tinha tido tempo de salvar apenas as coisas que estavam mais à mão, entre

as quais não se encontrava o objeto do comodato. Aí, no caso de um incêndio, por exemplo, não se poderá dizer que ele preferiu salvar o que lhe pertencia. (...) A lei condena exatamente essa preferência injusta do comodatário, de maneira que, se as circunstâncias não permitirem uma escolha, não há, razoavelmente, responsabilidade do comodatário” (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XVII, cit., pp. 421-422).

- 13 Na jurisprudência: TJMG, 17ª CC, Ap. 01438975120138130145, Rel. Des. Leite Praça, julg. 10.12.2015, publ. DJ 25.1.2016.
- 14 No mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., p. 328, Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 387, Sílvia Venosa, *Direito Civil*, vol. III, São Paulo: Atlas, 2013, 13. ed., p. 202, livro digital; em sentido contrário, não admitindo o direito de retenção, Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XVII, cit., p. 425.
- 15 Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. II, edição histórica, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975, p. 358.
- 16 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., p. 328. Como já registrado em outra sede, em comentário ao art. 443, CC: “Deste artigo se depreende que a responsabilidade por vícios redibitórios não resulta de culpa ou má-fé. Já o direito romano atribuía a responsabilidade por vícios ocultos ao vendedor, ainda que ele próprio os ignorasse. Entende-se que se trata de um risco inerente aos negócios, cuja razão de ser é a segurança do comércio jurídico. O conhecimento do vício pelo alienante é indiferente, pois, para o caracterizar como redibitório. Mas é importante para determinar as suas consequências. E isto porque, se o alienante sabia que a coisa tinha um defeito, tal que, se o conhecesse, o adquirente não teria feito o negócio ou se disporia a despendar uma prestação menor, ele deveria ter dado conhecimento desse fato ao interessado. Ocultar ou negar os defeitos que conhece, por forma a alimentar no adquirente expectativas que sabe não serão realizadas, constitui um procedimento doloso, de má-fé, que agrava a sua situação numa futura ação por vícios redibitórios. E assim é que, se o alienante não conhecia o vício, terá apenas que restituir o preço e as despesas do contrato. Se o conhecia e omitiu, além de pagar o preço e as despesas, terá ainda de ressarcir o adquirente pelas perdas e danos resultantes da situação criada” (Gustavo Tepedino et al, *Código Civil Interpretado*, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, 2. ed., pp. 67-68).

- 17 Na jurisprudência: TJSP, 37ª C. D. Priv., Ap. 01730903120098260100, Rel. Des. Luís Fernando Lodi, julg 26.5.2011, publ. DJ 26.5.2011.
- 18 Sobre a mora do comodante, anota Silvio de Salvo Venosa: “Findo o prazo do comodato, não é apenas direito, mas também obrigação do comodante receber a coisa em restituição. Recusando-se ou opondo-se a isso, deve ser constituído em mora, cabendo a ação de consignação a ser movida pelo comodatário. Importante para este a inversão do ônus da prova, tendo em vista a responsabilidade pela perda ou deterioração da coisa. A partir da imputação de mora ao comodante, o comodatário somente será responsável pelos danos decorrentes de dolo ou culpa. Com esse procedimento, afrouxa-se o dever de vigilância que o comodatário deve dedicar à coisa, mormente o enunciado no art. 583 (antigo 1.253)” (*Direito Civil*, vol. III, cit., pp. 200-201).
- 19 “Art. 2º. Não se aplicam as disposições do artigo anterior: I – aos contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias; II – aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens e serviços vendidos a crédito para o exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.292/2016); II – aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens e serviços vendidos a crédito para o exterior; II – aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens e serviços vendidos a crédito para o exterior; III – aos contratos de compra e venda de câmbio em geral; IV – aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, excetuados os contratos de locação de imóveis situados no território nacional; V – aos contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações referidas no item anterior, ainda que ambas as partes contratantes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no país.
- Parágrafo único. Os contratos de locação de bens móveis que estipulem pagamento em moeda estrangeira ficam sujeitos, para sua validade a registro prévio no Banco Central do Brasil”.
- 20 Nesse sentido, o STJ já decidiu: “O art. 1º da Lei 10.192/01 proíbe a estipulação de pagamentos em moeda estrangeira para obrigações exequíveis no Brasil, regra essa encampada pelo art. 318 do CC/02 e excepcionada nas hipóteses previstas no art. 2º do DL 857/69. A despeito disso, pacificou-se no STJ o entendimento de que são legítimos os contratos celebrados em moeda estrangeira, desde que o

pagamento se efetive pela conversão em moeda nacional. 3. A indexação de dívidas à variação cambial de moeda estrangeira é prática vedada desde a entrada em vigor do Plano Real, excepcionadas as hipóteses previstas no art. 2º do DL 857/69 e os contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior (art. 6º da Lei 8.880/94). 5. Quando não enquadradas nas exceções legais, as dívidas fixadas em moeda estrangeira deverão, no ato de quitação, ser convertidas para a moeda nacional, com base na cotação da data da contratação, e, a partir daí, atualizadas com base em índice oficial de correção monetária” (STJ, 3ª T., REsp. 1323219, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 27.8.2013, publ. DJ 26.9.2013).

- 21 “Art. 6º. É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior”.
- 22 Na síntese de Orlando Gomes: “Visto que o contrato recai em bens fungíveis, não há mútuo de imóveis” (*Contratos*, cit., p. 391).
- 23 Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, cit., p. 359.
- 24 Parte da doutrina ressalta a natureza consensual de contratos de empréstimo bancário: “Ao lado do contrato de mútuo oneroso típico, conhecemos no direito comercial e, especialmente no direito bancário, diversas operações creditórias dele derivadas, como os financiamentos, onde o capital mutuado está obrigatoriamente destinado a particular emprego pelo mutuário, ou a abertura de crédito, que se caracteriza como promessa de mútuo, neste último caso tratando-se de contrato consensual e bilateral, como ocorre nos contratos chamados “Cheque Especial”, também sujeitos às disposições pertinentes ao mútuo sempre que o empréstimo em dinheiro vem a se concretizar” (Eduardo Antônio Klausner, O contrato de mútuo no Novo Código Civil. In: *Revista da EMERJ*, vol. 5, n. 20, Rio de Janeiro: EMERJ, 2002, p. 170). V. tb. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, vol. 15, n. 1, p. 1-148, Jan./Jun. 2003, p. 35: “O contrato de conta corrente é o contrato pelo qual o banco recebe numerário do correntista ou de terceiros e se obriga a efetuar pagamentos por ordem do cliente, pela utilização daqueles recursos,

com ou sem limite de crédito. Ao contrário do contrato de depósito, que é real, o contrato de conta corrente, que se estabelece mediante o simples acordo de vontade, é contrato consensual. O contrato de abertura de crédito (que Nelson Abrão considera um contrato *sui generis*) é aquele pelo qual o banqueiro (creditor) põe à disposição do cliente dinheiro, bens ou serviços pelo tempo convencionado. Não é real, é consensual, pois pode não haver a entrega”.

- 25 Como elucidado em reconhecido trabalho doutrinário, “Enquanto no mútuo feneratício nada impede a configuração consensual, no mútuo dito gratuito, sem qualquer contraprestação correspectiva, somente a efetiva entrega do bem poderá indicar a vontade dirigida à contratação. A benevolência presente no mútuo sem correspectivo passa, através do mecanismo do contrato real, de simples motivo, irrelevante para o Direito, a fazer parte da zona da causa e justifica normativamente o ato. Como resultado, decorrente de uma visão funcional dos institutos jurídicos, tem a realidade caráter essencial, mas somente nos casos de contratação de mútuo não correspectivo; o mútuo feneratício (correspectivo em função do pagamento dos juros) responde a uma outra função, para a qual a estrutura consensual é suficiente” (Maria Celina Bodin de Moraes, O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. In: *Revista Forense*, vol. 309, ano 86, jan./fev./mar., 1990, p. 60).
- 26 V., nessa direção, Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, p. 19: “o mútuo oneroso é contrato bilateral. O mútuo sem juros é contrato unilateral, sem que se possa dizer que o mutuante não tenha deveres” (*Tratado de Direito Privado*, tomo XLII, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 19).
- 27 Vale notar que a maior parte doutrina (v., nesse sentido, Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 390: “O mútuo é contrato *unilateral, gratuito* ou *oneroso*, e *real*. Quanto ao seu caráter unilateral não se levanta qualquer dúvida, mesmo o *mútuo feneratício*, porque a obrigação de pagar juros incumbe igualmente ao mutuário”), desatenta à função desempenhada pelo mútuo, considera-o contrato unilateral, ao argumento de que gera apenas obrigações ao mutuário, que deverá restituir o bem ao final do prazo e pagar juros na hipótese de mútuo oneroso. Todavia, como visto, há de ser revisitada a disciplina do mútuo segundo a sua função no concreto regulamento de interesses.
- 28 Silvo de Salvo Venosa, *Direito Civil: contratos em espécie*, cit., p. 216.

- 29 Sobre o ponto, ressalta Orlando Gomes: “A todo tempo poderá o mutuário ser intimado a cumprir a obrigação de restituição, cabendo, porém, ao credor, fixar-lhe prazo razoável” (*Contratos*, cit., p. 393).
- 30 Gustavo Tepedino et al, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, 2, cit., p. 319.
- 31 Os juros remuneratórios “como o próprio nome deixa claro, são aqueles que remuneram diretamente o capital. São os juros devidos pelo uso de capital alheio, e que compensam o dono deste capital pelo tempo que o devedor dele faz uso. Também são considerados remuneratórios ou compensatórios os juros devidos ao proprietário do imóvel em caso de desapropriação, a partir da posse do mesmo pelo ente expropriante” (Rodrigo Garcia da Fonseca, Os juros à luz do Código Civil de 2002. In: Gustavo Tepedino et al, *O Direito e o Tempo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 503).
- 32 Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “chama-se juros as coisas fungíveis que o devedor paga ao credor, pela utilização de coisas da mesma espécie a este devidas” (*Instituições de Direito Civil*, vol. II, 26. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 118).
- 33 Conceitualmente, compreende-se por juro o “rendimento do capital, preço do seu uso, preço locativo ou aluguel do dinheiro, prêmio pelo risco corrido decorrente do empréstimo, cabendo aos economistas o estudo de sua incidência, da taxa normal em determinada situação e de suas repercussões na vida do País. Para o jurista, trata-se de um fruto civil, considerado o juro como coisa acessória em relação ao capital” (Arnoldo Wald, *Direito Civil: Direito das obrigações e Teoria geral dos contratos*, vol. II, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 162). Como já se registrou: “Os juros constituem no preço pelo uso do capital, isto é, a expressão econômica da utilização do dinheiro e, por isso mesmo, são considerados frutos civis. O juro tem um duplo escopo, qual seja, por um lado, promover a remuneração do credor pela privação de seu capital e, por outro, compensar-lhe pelo risco de sua não restituição. Desta forma, pode-se dizer que, quanto maior a procura por capital e mais intenso o risco do inadimplemento, mais elevados serão os juros praticados no mercado; por outro lado, mais baixos serão os juros se escassa for a procura por capital e maior for a segurança na sua devolução. De tal assertiva advém o postulado, consagrado pelas ciências econômicas, de que o juro é proporcional, simultaneamente, ao montante do capital e ao período de tempo em que este permanece à disposição do devedor” (Gustavo Tepedino et al, *Código Civil*

*Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 741-742). V. tb. Rodrigo Garcia da Fonseca, Os juros à luz do Código Civil de 2002, cit., pp. 496-497.

- 34 “Distinguem-se ainda os juros convencionais dos legais, sendo que os primeiros decorrem da vontade das partes e os segundos, de imposição legislativa. Tanto os juros compensatórios quanto os moratórios podem ser legais ou convencionais, sendo que aqueles, de ordinário, originam-se da autonomia privada” (Gustavo Tepedino et al, *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., p. 741-742).
- 35 “Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”.
- 36 Na I Jornada de Direito Civil, aprovou-se o Enunciado 20, segundo o qual “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”.
- 37 No STJ, já se entendeu pacificamente pela aplicação do índice previsto no CTN: “Pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que, no cálculo dos juros de mora, na restituição de indébito tributário, aplica-se a taxa de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado da decisão judicial (arts. 161, § 1º, e 167, parágrafo único, do CTN)” (STJ, 1ª T., REsp. 813260, Rel. Min. José Delgado, julg. 3.8.2006, publ. DJ 31.8.2006).
- 38 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se pela aplicação da SELIC a partir do acórdão paradigma do Ministro Teori Zavascki. V., STJ, Corte Especial EREsp. 727842, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg. 8.9.2008, publ. DJ 20.11.2008. Na jurisprudência recente, v. STJ, 3ª T., REsp. 1279173, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 4.4.2013, publ. DJ 9.4.2013.

- 39 “Art. 590. O mutuante pode exigir garantia da restituição, se antes do vencimento o mutuário sofrer notória mudança em sua situação econômica”.
- 40 Ricardo Fiuza, *Novo Código Civil Comentado*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 528. No mesmo sentido: Nelson Rosendal. In: Cezar Peluso, *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*, Barueri: Manole, 2013, 7ª ed., p. 614.
- 41 “Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la”.
- 42 Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil brasileiro*, vol. III, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 357.
- 43 “Art. 176. Quando a anulabilidade do ato resultar da falta de autorização de terceiro, será validado se este a der posteriormente”.
- 44 “Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes”.
- 45 Nesse sentido, Arnaldo Wald, *Obrigações e Contratos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, 13. ed., pp. 437-438
- 46 “Art. 592. Não se tendo convencionado expressamente, o prazo do mútuo será:
- I - até a próxima colheita, se o mútuo for de produtos agrícolas, assim para o consumo, como para semeadura;
  - II - de trinta dias, pelo menos, se for de dinheiro;
  - III - do espaço de tempo que declarar o mutuante, se for de qualquer outra coisa fungível”.
- 47 Sobre a evolução histórica da usura, cfr. Caio Mário Pereira da Silva, *Instituições de Direito Civil*, vol. II, 26. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 120-121.



- 48 Sobre a disposição do antigo Código Civil, explica Caio Mário: “Expressão das ideias individualistas de seu tempo, o Código Civil nada dispõe contra os juros convencionais, deixados assim livres, mas cuida apenas dos legais. Com poucos anos desta liberdade contratual, a opressão foi-se fazendo sentir dia a dia, até atingir proporções assustadoras e antieconômicas: estabelecimentos de crédito emprestavam a 18 e até 24% ao ano, em desconto por dentro. Particulares mutuavam dinheiro a 36%, acrescidos de comissão que elevava a taxa a 48 e até 60%” (*Lesão nos Contratos*: edição com referência à Constituição de 1988, ao projeto do Código de Obrigações de 1965, ao Projeto do Código Civil de 1975 e ao Código de Defesa e Proteção do Consumidor, Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 128).
- 49 Assim, considerou o STJ, em decisão de agosto de 2004: “Quanto aos juros, o entendimento firmado no STJ é no sentido de que com o advento da Lei nº 4.595/64, diploma que disciplina de forma especial o Sistema Financeiro Nacional e suas instituições, restou afastada a incidência da Lei de Usura no tocante à limitação dos juros, tendo ficado delegado ao Conselho Monetário Nacional poderes normativos para limitar as referidas taxas. Portanto, as limitações impostas pelo Decreto nº 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros cobradas pelas instituições bancárias ou financeiras em seus negócios jurídicos, cujas balizas encontram-se no contrato e nas regras de mercado, salvo as exceções legais (v.g., crédito rural, industrial e comercial). (...) Por outro lado, ainda que aplicável às instituições bancárias a Lei nº 8.078/90, a Segunda Seção desta Corte, em 12.03.2003, no julgamento do REsp. 407.097, Relator para o acórdão o Ministro Ari Pargendler, sedimentou o entendimento de que o pacto referente à taxa de juros só pode ser alterado se reconhecida sua abusividade em cada hipótese, desinfluyente para tal fim a estabilidade inflacionária no período e imprestável o patamar de 12% ao ano, já que sequer a taxa média de mercado, que não é potestativa, se considera excessiva, para efeito de validade da avença” (STJ, 4ª T., AgRg. no REsp. 540.881, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. 10.08.2004, publ. DJ 8.11.2004). Tal entendimento foi consolidado em Recurso Especial Repetitivo: “(...) a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; 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 CC/02; d) É admitida a revisão das taxas de juros

remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto” (STJ, 2ª S., REsp. 1061530, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 22.10.2008, publ. DJ 10.3.2009). Os precedentes atuais mantêm o posicionamento: STJ, 3ª T., Agl no AREsp. 1149073, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 8.4.2019, publ. DJ 15.4.2019; STJ, 4ª T., Agl no AREsp. 1212188., Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 27.11.2018, publ. DJ 7.12.2018.

50 Tal assunto também foi objeto de apreciação em Recurso Repetitivo: “(...) 1. A capitalização de juros vedada pelo Decreto 22.626/1933 (Lei de Usura) em intervalo inferior a um ano e permitida pela Medida Provisória 2.170-36/2001, desde que expressamente pactuada, tem por pressuposto a circunstância de os juros devidos e já vencidos serem, periodicamente, incorporados ao valor principal. Os juros não pagos são incorporados ao capital e sobre eles passam a incidir novos juros. 2. Por outro lado, há os conceitos abstratos, de matemática financeira, de ‘taxa de juros simples’ e ‘taxa de juros compostos’, métodos usados na formação da taxa de juros contratada, prévios ao início do cumprimento do contrato. A mera circunstância de estar pactuada taxa efetiva e taxa nominal de juros não implica capitalização de juros, mas apenas processo de formação da taxa de juros pelo método composto, o que não é proibido pelo Decreto 22.626/1933. 3. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC: – ‘É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada’ – ‘A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada” (STJ, 2ª S., REsp. 973827, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 8.8.2012, publ. DJ 24.9.2012). As teses fixadas são aplicadas nos precedentes recentes: STJ, 3ª T., Agl no AREsp. 1319737, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 10.6.2019, publ. DJ 14.6.2019; STJ, 4ª T., Agl no AREsp. 1330481, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 21.5.2019, publ. DJ 5.6.2019; STJ, 3ª T., Agl no AREsp. 1362943, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 25.3.2019, publ. DJ 28.3.2019.

51 Nesse sentido, o STJ decidiu: “A razão de ser do mútuo bancário não afasta a incidência dos regramentos contidos no Código de Defesa do

Consumidor” (STJ, 3ª T., REsp. 1405105, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 26.11.2013, publ. DJ 23.5.104). Por outro lado, afasta-se o CDC quando o mutuário é empresa em busca de capital de giro:

“Contrato de mútuo bancário. Crédito destinado ao capital de giro da empresa. Relação de consumo afastada. Reexame de matéria fática da lide. Impossibilidade. Enunciado 7 da súmula do STJ. Título executivo extrajudicial. Lei 10.931/2004. (...) Nas operações de mútuo bancário para obtenção de capital de giro não são aplicáveis as disposições da legislação consumerista” (STJ, 4ª T., Agl no AREsp. 1078556, Rel. Des. Maria Isabel Gallotti, julg. 16.11.2017, publ. DJ 23.11.2017).

52 Nesse sentido, esclarece a doutrina: “em qualquer operação de crédito sempre ocorre a troca de um valor presente e atual por um valor futuro. No mútuo ou em qualquer modalidade de empréstimo, a prestação atual do credor corresponde à prestação futura do devedor. Para a melhor noção de crédito, se faz necessário estudar seus dois elementos: a) a confiança: quem aceita, em troca de sua mercadoria ou seu dinheiro, a promessa de pagamento futuro, confia no devedor; b) o tempo: constituindo o prazo, o intervalo, o período que medeia entre a prestação presente e atual e a prestação futura” (Antônio Carlos Efig, Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor. In: Antonio Herman V. Benjamin; Claudia Lima Marques (coords.). *Biblioteca de Direito do Consumidor*, vol. 12, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, 2ª ed., p. 421).

53 Sobre a importância dos bancos de dados na Era da Informação: “Em que pese a identificação dos tempos atuais como a era da informação, os atores do mercado são anônimos, raramente se conhecem. As relações de compra e venda de produtos e serviços são fugazes e automáticas. É justamente nesse contexto de anonimato dos atores do mercado de bens e serviços que se destacam as atividades exercidas pelos bancos de dados de proteção ao crédito, vale dizer, das entidades que têm por principal objeto a coleta, o armazenamento e a transferência a terceiros (credores potenciais) de informações pessoais dos pretendentes à obtenção de crédito” (Leonardo Roscoe Bessa, *Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, de 9 de junho de 2011*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 24).

54 Luiz Antonio Rizzatto Nunes, *Curso de direito do consumidor*, São Paulo: Saraiva, 2012, 7ª ed., p. 649.

55 O STJ consolidou entendimento pela necessidade do aviso prévio: “Súmula 359. Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao

Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição”.

- 56 Dispõe a resolução: “Art. 1º Para fins de gerenciamento do risco de crédito, as reestruturações de operações de crédito realizadas até 30 de setembro de 2020, inclusive: I – ficam dispensadas de ser consideradas como indicativo para fins do disposto no § 1º do art. 24 da Resolução nº 4.557, de 23 de fevereiro de 2017, e no § 1º do art. 27 da Resolução nº 4.606, de 19 de outubro de 2017, com vistas à caracterização da respectiva exposição como ativo problemático; e II – possibilitam a imediata reversão da caracterização da exposição como ativo problemático que tenha sido efetuada com base exclusivamente no inciso I do § 1º do art. 24 da Resolução nº 4.557, de 2017, ou no inciso I do § 1º do art. 27 da Resolução nº 4.606, de 2017. § 1º O disposto no *caput* não se aplica à reestruturação de operações: I – já caracterizadas como ativos problemáticos na data de publicação desta Resolução; ou II – com evidências de ausência de capacidade financeira da contraparte para honrar a obrigação nas novas condições pactuadas. § 2º Deve ser mantida à disposição do Banco Central do Brasil por cinco anos a documentação de análise de crédito relativas às reestruturações realizadas no âmbito desta Resolução”.
- 57 ANBC. Comunicado da ANBC – Associação Nacional dos Bureaus de Crédito. Disponível em: <https://www.anbc.org.br/home.php>. Acesso em: 6 set. 2020.
- 58 Febraban. Tire suas dúvidas sobre as medidas anunciadas pelos bancos. Disponível em: <https://portal.febraban.org.br/noticia/3421/pt-br/>. Acesso em: 6 set. 2020.
- 59 Destaque-se que até mesmo o BNDES anunciou a possibilidade de suspensão de pagamento de juros remuneratórios e principal por parte de seus clientes: “O BNDES é o Banco de Desenvolvimento do Brasil e, nesse momento, precisamos cumprir com a nossa missão apoiando as empresas brasileiras a superar a crise. Por isso, no âmbito do Plano de Ação Emergencial de apoio à manutenção de capacidade produtiva, emprego e renda, estamos oferecendo a possibilidade de suspensão de juros remuneratórios e principal por seis meses para os nossos clientes. Inicialmente, a possibilidade abarcava apenas as operações diretas (subcréditos diretos) e indiretas automáticas, porém, em Reunião de Diretoria do BNDES de 02.04.2020, foi aprovada a inclusão da possibilidade de suspensão temporária de pagamento (‘standstill’) para operações indiretas não automáticas e mistas (subcréditos indiretos). É importante mencionar que em qualquer modalidade de operação, as

parcelas suspensas serão capitalizadas no saldo devedor, sem alteração do prazo final dos contratos” (BNDES. Suspensão de pagamentos para operações diretas e indiretas não automáticas – Medida emergencial. Disponível em: [bit.ly/2VDqQAP](https://bit.ly/2VDqQAP): Acesso em: 6 set. 2020).

- 60 Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados: TJSP, 22ª C. D. Priv., Agl. 2067269-27.2020.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, julg. 15.4.2020, publ.*DJ* 8.5.2020; Também no primeiro grau: TJSP, 22ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, Processo 1027465-60.2020.8.26.0100, Juiz de Direito Mario Chiuvite Júnior, julg. 31.3.2020.



## Capítulo V

# PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

SUMÁRIO: 1. Conceito e efeitos essenciais – 2. Características – 3. Obrigações do tomador do serviço – 4. Obrigações do prestador de serviços – 5. Prazo e formas de extinção do contrato – 6. Responsabilidade civil do terceiro cúmplice – Problema prático.

## 1. CONCEITO E EFEITOS ESSENCIAIS

[Evolução histórica]

Concebido no Direito Romano como espécie de locação de coisas, designada por *locatio conductio operarum*, o contrato de prestação de serviços tinha por objeto o esforço humano, isto é, o desempenho, por parte do “*locator*”, em favor do “*conductor*”, de serviços normalmente atribuídos aos escravos, em geral tarefas manuais. À guisa de exemplo, contratava-se o “*locator*” para trabalhar por um dia, realizando tudo que fosse determinado pelo “*conductor*”.<sup>1</sup> A “*locatio conductio operarum*” (prestação de serviços) teria se originado da “*locatio conductio rei*” (locação de coisas), de sorte que quando esta tinha por objeto um escravo, o “*conductor*” podia se utilizar dos serviços dele.<sup>2</sup> A prestação das denominadas “*operae*” se revestia de natureza personalíssima, de modo que a morte do “*locator*” determinava o fim do contrato.

Essa concepção influenciou o legislador de 1916, que tratou todas as espécies de prestação serviços ou trabalhos lícitos desempenhados mediante remuneração como “*locação de serviços*”.<sup>3</sup> À evidência, esse tratamento, associado à coisificação da pessoa, não mais se justifica na legalidade constitucional, em que a dignidade da pessoa humana consiste em valor fundante do ordenamento jurídico, a determinar a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais.

[Objeto do contrato de prestação de serviços]

Por essa razão, modificou-se a concepção sobre os elementos essenciais do contrato de prestação de serviços. Se, à época da servidão humana, entendia-se que o objeto do negócio consistia na força de trabalho, ou mesmo no arrendamento da própria pessoa, contemporaneamente, compreende-se que o objeto do contrato de prestação de serviços é a prestação da atividade, sem importar a sujeição total do prestador ao contratante.<sup>4</sup>

[Natureza residual]

Nessa esteira, o Código Civil de 2002 substituiu a designação “*locação de serviços*” pela “*prestação de serviços*”,<sup>5</sup> disciplinando, no âmbito dessa modalidade contratual, toda prestação de serviço que não esteja sujeita às relações trabalhistas ou a leis especiais (CC, art. 593). Vale dizer: o diploma civil regula a prestação de serviços entre particulares que não configure relação trabalhista, de consumo ou outra regida por lei especial. Afirma-se, assim, em doutrina, que o regramento do Código Civil tem natureza residual.<sup>6</sup> A qualificação do contrato como prestação de serviços decorre da identificação de sua causa, isto é, de sua mínima unidade de efeitos essenciais, que, à evidência, se diferencia da causa do contrato de trabalho. Uma vez qualificado o negócio como prestação de serviços, a identificação da disciplina aplicável em lei especial afastará as disposições do Código Civil.

[Relação trabalhista: distinções]



A relação trabalhista, expressamente excluída da incidência da normativa civil, deu origem a ramo de direito próprio, em decorrência da necessidade de normas mais protetivas ao trabalhador, que levassem em conta a falta de paridade técnica e econômica entre empregador e empregado. A relação de trabalho possui traços distintivos que são geralmente reunidos nas seguintes características: subordinação, habitualidade ou continuidade, onerosidade, pessoalidade ou infungibilidade e a necessidade de a prestação do trabalho ser desempenhada por pessoa física.<sup>7</sup>

Embora o contrato de prestação de serviço apresente conteúdo semelhante ao contrato de trabalho, com ele não se confunde, sendo certo que o contrato de prestação de serviço é marcado pela liberdade da autonomia privada, enquanto as relações trabalhistas se caracterizam por forte intervenção estatal e incidência de normas de ordem pública.

Quanto aos traços distintivos, verifica-se que o contrato de trabalho sempre terá como empregado pessoa física, nunca pessoa jurídica. A pessoalidade ou o caráter *intuitu personae* consiste, assim, em efeito essencial ao contrato de trabalho. Os contratos de prestação de serviços, em contrapartida, embora possam ser celebrados em função da pessoa, podem ter como prestadores de serviços pessoas jurídicas, de sorte que a infungibilidade não se lhe afigura essencial.

Ao contrário da relação trabalhista, caracterizada pela continuidade ou habitualidade da prestação desempenhada pelo trabalhador, o prestador de serviço atua em caráter eventual, restringindo-se ao desempenho da prestação pactuada no contrato.

Além disso, o prestador de serviço não tem vínculo de subordinação ou de dependência. Ao contrário do empregado, subordinado às ordens do empregador, o prestador de serviço tem espaço de autonomia e de autodeterminação em relação ao modo de execução da prestação (i.e. independência técnica) e ao resultado a ser alcançado.<sup>8</sup>

A despeito da distinção entre as figuras, por vezes, revela-se difícil proceder à diferenciação, especialmente quando os contratantes simulam<sup>9</sup> um contrato de prestação de serviços, que, na realidade, oculta relação empregatícia. O objetivo de tal fraude é, em regra, afastar a incidência das normas de ordem pública protetivas ao trabalhador e dos demais regramentos que circundam esse tipo contratual, como as normas especiais de tributação, por exemplo. Um dos principais expedientes usados para este fim é a chamada “pejotização”, por meio da qual o empregador constitui uma pessoa jurídica para figurar como prestador de serviço, a afastar à primeira vista a qualificação da relação como trabalhista. Entretanto, se, a despeito da existência de pessoa jurídica no polo contratado, a relação for dotada de continuidade e, principalmente, subordinação, haverá claro intuito simulatório. Nesse sentido, o melhor entendimento é aquele que determina, em caso de dúvida, a aplicação das normas concernentes à relação de trabalho, com a intenção de se proteger a parte hipossuficiente.<sup>10</sup>

[Legislação especial]

Além da relação de trabalho, o Código Civil exclui do seu âmbito de incidência as relações regidas por lei especial. É o caso, por exemplo, da prestação de serviços de telecomunicações, regida pela Lei nº. 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a exploração desses serviços, bem como sobre o funcionamento do órgão regulador, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Enumerem-se, ainda, as relações de consumo, disciplinadas pela Lei n.º 8.078/90, as quais abrangem a prestação de serviços a um destinatário final.<sup>11</sup> Nas relações de consumo, as normas do Código Civil serão derogadas em favor da aplicação da Lei nº. 8.078/90.

[Conceito]

Delimitado o campo de aplicação das disposições do Código Civil, pode-se conceituar o contrato de prestação de serviços como negócio jurídico por meio do qual uma pessoa se obriga a prestar,

em caráter eventual e sem vínculo de subordinação, serviço material ou imaterial mediante remuneração (CC, art. 594). Figuram, assim, como partes do contrato de prestação de serviços, de um lado, o tomador do serviço ou contratante e, de outro lado, o prestador de serviço, contratado. O prestador de serviços se compromete a desempenhar, em favor do tomador de serviços, obrigação de fazer, que se traduz em serviço material (v.g. contrato de prestação de serviços de marcenaria) ou imaterial (v.g. prestação de serviços por profissionais liberais, como advogados, médicos, arquitetos etc.).

[Ênfase no fazer]

A atividade humana – física ou intelectual – constitui, portanto, o objeto do contrato de prestação de serviços. Nessa esteira, para fins de qualificação contratual, a ênfase do contrato de prestação de serviços recai no *facere*, isto é, na obrigação de fazer assumida pelo prestador de serviços, a configurar, no comum dos casos, obrigação de meio.

[Distinção com a empreitada]

Por outras palavras, em regra, a prestação de serviços tem por finalidade o desempenho de atividade humana, de natureza material ou imaterial, em favor do tomador de serviço, de sorte que o prestador de serviços não se compromete com a obtenção de determinado resultado. Tal aspecto permite diferenciar o contrato de prestação de serviço da empreitada, a qual, como se verá, abarca a prestação de certo serviço com vistas à entrega de obra material ou imaterial. O empreiteiro compromete-se, assim, a, segundo instruções recebidas, atingir certo resultado, isto é, a entrega da obra, de sorte que a empreitada, embora compreenda o fazer humano, tem sua ênfase na obrigação de dar.

Parte da doutrina alerta para o fato de que a prestação de serviços poderá compreender a obtenção de certo resultado, a exemplo da entrega de parecer por um advogado. Neste caso, as teses a serem desenvolvidas e as conclusões obtidas para a

resposta à consulta ou aos quesitos do consulente são inteiramente fruto do alvedrio do prestador do serviço, a denotar a ênfase no fazer. Desse modo, também nesse caso, o contrato se qualifica como prestação de serviços, a afastar a empreitada.<sup>12</sup>

[Serviço contratado]

O prestador de serviço poderá ser contratado para a execução de serviço específico; ou, caso o trabalho não tenha sido especificado, entende-se que o contratado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com suas forças e condições (CC, art. 601).

## 2. CARACTERÍSTICAS

[Bilateralidade e onerosidade]

Trata-se de contrato bilateral ou sinalagmático, vez que as obrigações assumidas pelo prestador de serviços encontram sua causa jurídica naquelas contraídas pelo tomador. Vale dizer: há vínculo de interdependência entre o serviço a ser prestado e a obrigação de pagar a remuneração pelo tomador.

O contrato de prestação de serviços afigura-se oneroso, pois pressupõe benefícios e ônus econômicos para ambas as partes. O art. 594 do Código Civil, nessa direção, estabelece que todo serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, poderá ser contratado mediante retribuição, de sorte a estabelecer a presunção de onerosidade ao contrato de prestação de serviços.<sup>13</sup> A corroborar a onerosidade do contrato de prestação de serviços, o art. 596 do Código Civil determina que, no silêncio das partes ou na falta de acordo, a retribuição será fixada por arbitramento, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade; e o art. 597 dispõe que a retribuição será devida após a prestação de serviço se não houver de ser adiantada ou paga em prestações. Em contrapartida, sustenta-se a possibilidade de contrato de prestação de serviços gratuito.<sup>14</sup> Todavia, o caráter gratuito da prestação de

serviços acabaria por desnaturalizá-la, afastando a disciplina codificada, em cuja essência está a remuneração pelo esforço humano. De outra parte, a Lei n.º 9.608, de 18 de fevereiro de 1998, disciplina o trabalho voluntário, que se destina às hipóteses específicas em que o tomador é entidade pública de qualquer natureza ou instituição privada de fins não lucrativos que tem objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência à pessoa.<sup>15</sup> Tal lei específica, contudo, não autoriza a conclusão de que o direito brasileiro admite a prestação de serviços gratuita.

[Remuneração]

A remuneração, que corresponde aos honorários do prestador de serviço, poderá ser ajustada em pecúnia ou em retribuição não pecuniária, como o desempenho de obrigação de fazer pelo tomador do serviço. Nessa última hipótese, o contrato de prestação de serviço se transmutará em contrato atípico.

As partes ajustarão a remuneração no livre exercício de sua autonomia privada. Caso não a tenham estipulado, haverá sua determinação por arbitramento, levando em consideração o tempo e a qualidade do serviço e os costumes do lugar em que foi celebrado (CC, art. 596). O arbitramento será feito por perito extrajudicialmente ou no curso da ação judicial; ou, ainda, pelo próprio magistrado.

[Tempo do pagamento]

No que tange ao tempo do pagamento, o Código Civil estabelece regra dispositiva segundo a qual a remuneração será paga somente após a prestação do serviço, permitindo, porém, que as partes acordem diversamente ou que o pagamento se dê em parcelas ou adiantado segundo o costume do lugar (CC, art. 597).

[Consensualidade]

Outra característica fundamental deste tipo contratual é a consensualidade, pois o contrato de prestação de serviço não requer

formalidade específica para se perfectibilizar, bastando a simples manifestação de vontade. Todavia, se qualquer das partes contratantes não souber ler, nem escrever, o instrumento poderá ser assinado a rogo e subscrito por 2 (duas) testemunhas (CC, art. 595). Registre-se que, mesmo nessa hipótese, o contrato será consensual, de sorte que esta forma não é obrigatória, assumindo relevância apenas com vistas à prova do ato (*ab probationem*).<sup>16</sup>

*[Intuitu personae]*

Via de regra, cuida-se de contrato personalíssimo ou *intuitu personae*, celebrado em função da pessoa do prestador de serviço. Tal característica da pessoalidade extrai-se do art. 607 do Código Civil,<sup>17</sup> que elenca a morte de qualquer das partes como causa de extinção do contrato; e do art. 605 do Código Civil,<sup>18</sup> que impede a transferência da posição contratual sem a anuência do outro contratante. Vale dizer: uma vez assinado o contrato, o prestador de serviço não pode colocar um substituto em seu lugar; nem o tomador do serviço pode transferir a outra pessoa os serviços prestados, exceto se as partes convencionarem nesse sentido.

Entretanto, os contratantes podem convencionar contrato de prestação de serviços não personalíssimo, caso em que o negócio poderá prosseguir a despeito da morte de um dos contratantes, sendo transferida a posição contratual aos herdeiros ou demais sucessores.

### **3. OBRIGAÇÕES DO TOMADOR DO SERVIÇO**

O tomador de serviços obriga-se precipuamente a pagar a remuneração acordada com o prestador de serviços, eis que a remuneração constitui direito essencial do prestador de serviços.

Compromete-se, ainda, o tomador a fornecer ao prestador de serviços as condições mínimas de proteção para o desenvolvimento da atividade em segurança.

Além disso, o tomador de serviços tem a obrigação de dar quitação dos serviços prestados (i) ao final do contrato, mediante o

exaurimento do objeto contratual; (ii) nos casos em que o prestador de serviço for despedido sem justa causa; ou (iii) quando o prestador de serviços tiver tido justo motivo para deixar o serviço (CC, art. 604).

## **4. OBRIGAÇÕES DO PRESTADOR DE SERVIÇOS**

[Prestação do serviço ou conclusão da obra]

O prestador de serviços se obriga a prestar os serviços no prazo determinado ou a concluir a obra contratada. Se for da natureza da prestação de serviços a necessidade de habilitação especial ou o cumprimento de exigências legais, deverá atendê-las (CC, art. 606).

[Direito à remuneração]

Caso o prestador de serviços não atenda às exigências legais à prestação do serviço, mas não exista norma de ordem pública que as imponha, o prestador de serviço poderá receber a remuneração se (i) estiver de boa-fé, vale dizer, se não tiver ciência quanto à irregularidade; e (ii) do serviço resultar proveito para o tomador de serviço. A remuneração será arbitrada pelo juiz em valor razoável, mas não idêntico ao que o prestador habilitado receberia nas mesmas circunstâncias.

Se, por outro lado, as exigências legais à prestação do serviço forem impostas por normas de ordem pública, como é o caso da medicina ou da advocacia, o prestador de serviço não terá direito à remuneração, podendo incorrer até mesmo em infração criminal (v.g. exercício irregular da profissão, no caso do médico, dentista ou farmacêutico).

## **5. PRAZO E FORMAS DE EXTINÇÃO DO CONTRATO**

[Contrato temporário]

O contrato de prestação de serviços afigura-se temporário, podendo ser celebrado a prazo determinado ou indeterminado. Com vistas a impedir a “alienabilidade da vida humana”,<sup>19</sup> por meio da perpetuação *ad eternum* de relação contratual em que o contratado oferece seus serviços, o legislador limitou em 4 (quatro) anos a duração máxima do contrato de prestação de serviços, ainda que o serviço seja prestado para pagar dívida do prestador de serviço ou se destine à execução de obra certa (CC, art. 598)<sup>20</sup>.

[Renovação contratual]

Findo o prazo quadrienal, o contrato será extinto, exceto se as partes, de forma expressa, o renovarem, podendo fazê-lo por mais 4 (quatro) anos e, assim, sucessivamente. Não se admite a renovação tácita do contrato, vez que burlaria a *ratio legis* da norma consistente em evitar o abuso do poder econômico por parte do tomador de serviço. Se o pacto for firmado por mais de 4 (quatro) anos, será considerado inexistente em relação ao tempo excedente.<sup>21</sup>

[Interrupção dos serviços]

No curso da execução do contrato, se o prestador de serviço, por culpa sua, interromper a prestação do serviço, esse período de interrupção não será computado no prazo contratual (CC, art. 600) e não ensejará direito à remuneração. Caso, no entanto, a interrupção seja atribuída a fato não imputável ao prestador de serviço, conta-se no prazo contratual o período em que os serviços permaneceram suspensos e o prestador de serviços fará jus à remuneração vencida nesse interregno.

[Prazo indeterminado: denúncia vazia]

O art. 599 do Código Civil<sup>22</sup> permite que o contrato seja estipulado por prazo indeterminado – sempre observado, porém, o limite de quatro anos previsto no art. 598 –, a admitir a sua rescisão unilateral. Por outras palavras, quando à relação não for assinalado prazo específico, quaisquer das partes poderá dar fim ao negócio.



Deve-se, contudo, conceder à contraparte aviso prévio, com vistas a impedir a abrupta interrupção da relação contratual. O prazo do aviso prévio irá variar a depender da periodicidade em que foi acordada a remuneração: antecedência de 8 (oito) dias para salários estipulados mensalmente ou por período de tempo maior; 4 (quatro) dias para salários semanais ou quinzenais; ou de véspera quando se tiver contratado por menos de uma semana (CC, art. 599, parágrafo único).

[Art. 473, par. ún., CC]

Anote-se, por oportuno, que o contrato de prestação de serviços encontra-se, como os demais, sujeito às normas da parte geral do Código Civil, de modo que, sendo o prazo do art. 599 do Código Civil insuficiente, pode-se aplicar o parágrafo único do art. 473,<sup>23</sup> a determinar a permanência do contrato até a recuperação dos investimentos pelo outro contratante.<sup>24</sup> Sustam-se, assim, os efeitos da rescisão unilateral. Por outro lado, se a parte não observar o aviso prévio, incorrerá em inadimplemento, devendo indenizar a outra parte.

[Rescisão unilateral de contrato com prazo determinado]

Se, ao contrário, o contrato for de prazo determinado, as partes devem observá-lo, salvo hipótese de justa causa (CC, art. 602).<sup>25</sup> Assim também no contrato firmado para realização de certa obra, hipótese em que as partes se encontram vinculadas até a sua conclusão, respeitado, como visto, o limite temporal de 4 (quatro) anos. Apenas na hipótese de justa causa, a parte inocente poderá encerrar a relação contratual antes do seu termo final. A lei não enumera as hipóteses de justa causa, que deverá ser aferida na concreta relação contratual.

[Denúncia imotivada em contrato a prazo determinado]

Desse modo, se o prestador de serviço rescindir o contrato antes de terminada a obra ou de decorrido o prazo contratual sem justa

causa, responderá por perdas e danos; terá, porém, direito à retribuição vencida (CC, art. 602). Por outro lado, se for do tomador a iniciativa de resilir o contrato sem justa causa, o contratado terá direito a receber pelos serviços prestados, além da metade do que lhe caberia no lapso entre a rescisão e o termo final do contrato (CC, art. 603).<sup>26</sup> Cuida-se de pré-liquidação das perdas e danos sofridos pelo prestador de serviços em razão da denúncia injustificada. Sublinhe-se que esta pré-liquidação das perdas e danos estabelece assimetria com a hipótese em que o prestador de serviços denuncia o contrato sem justa causa, quando as perdas e danos devidos pelo prestador em favor do tomador não encontram valor prefixado pela lei. Assim, com vistas a oferecer tutela protetiva ao prestador de serviço, no comum dos casos em posição mais vulnerável em relação ao tomador, há de se admitir a comprovação de prejuízos superiores ao valor prefixado por lei, o qual será, em consequência, considerado como mínimo indenizatório, que dispensa a prova do prejuízo.

[Denúncia motivada]

Por outro lado, havendo justa causa, a parte prejudicada poderá resolver o pacto antes do término do prazo contratual. Se o prestador de serviço for despedido por justa causa, pagará perdas e danos em favor do tomador, mas terá direito à retribuição vencida. De outra parte, incidindo a justa causa em favor do prestador de serviços, de modo a configurar ilícito contratual por parte do tomador, o prestador de serviços poderá resolver o contrato, e terá direito à retribuição vencida, bem como as perdas e danos sofridos, que poderão incluir as retribuições vincendas. Executado o contrato até o seu termo final, o prestador de serviço tem direito a exigir do tomador quitação pelos serviços prestados. O mesmo direito assistirá ao prestador de serviço nos casos em que for dispensado sem justa causa ou nas hipóteses em que ele tiver resolvido o contrato por justo motivo (CC, art. 604).<sup>27</sup>

[Outras hipóteses de extinção contratual]

Extingue-se, ainda, o contrato de prestação de serviços (i) com a morte de qualquer das partes, se for de natureza personalíssima, a qual, na hipótese de pessoa jurídica prestadora do serviço, corresponde à sua dissolução; (ii) pelo término do prazo ou pela conclusão da obra; (iii) pelo inadimplemento; ou (iv) pela impossibilidade de continuação do contrato por motivo de força maior (CC, art. 607).

Na hipótese de alienação do prédio agrícola (ou propriedade rural) na qual os serviços são prestados, não há extinção do contrato de prestação de serviços, cabendo ao prestador a opção entre continuar a prestá-los em favor do adquirente da propriedade em benefício do primitivo contratante (CC, art. 609).

## **6. RESPONSABILIDADE CIVIL DO TERCEIRO CÚMPLICE**

[Interferência ilícita de terceiro no contrato]

O contrato de prestação de serviços suscita temática relevante na dogmática contratual, concernente à responsabilidade civil do terceiro que ilicitamente interfere no contrato. Com efeito, o Código Civil brasileiro positivou, no art. 608,<sup>28-29</sup> relativo à prestação de serviços, hipótese específica de atuação do terceiro cúmplice que induz o devedor a inadimplir o contrato de prestação de serviços celebrado com o credor, tomador do serviço, para com ele firmar negócio semelhante, incompatível, por isso mesmo, com a obrigação previamente assumida pelo devedor. Na dicção do preceito legal: “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”.

Como se vê, o dispositivo determina a responsabilização de terceiro que alicia o prestador de serviço vinculado a contrato anterior, com ele celebrando contrato manifestamente incompatível com aquele existente. Para que se deflagre a responsabilização do terceiro, exige-se, ao lado dos requisitos necessários à configuração

da responsabilidade civil em geral (dano, culpa e nexo de causalidade) e, em específico, do terceiro cúmplice (ciência do vínculo contratual anterior em sua configuração essencial), que o contrato de prestação de serviços entre o locador (credor) e o locatário de serviços (devedor) seja escrito, de modo a constituir prova incontroversa do vínculo contratual.

[Preliquidação das perdas e danos]

O art. 608 do Código Civil determina que o terceiro cúmplice indenize o credor no valor que este último pagaria ao prestador de serviços, nos termos contratuais, pelo prazo de 2 (dois) anos, a preliquidar as perdas e danos. Entretanto, caso o credor demonstre que da lesão contratual provocada pelo terceiro cúmplice adveio prejuízo superior ao estabelecido em lei, poderá requerer a majoração deste montante.<sup>30</sup>

Note-se que, mesmo se tal hipótese não estivesse prevista em lei, o terceiro seria, da mesma forma, responsabilizado, mediante a aplicação da cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva prevista no art. 186 e no *caput* do art. 927 do Código Civil.<sup>31</sup>

[Cláusula geral de boa-fé objetiva]

Ressalte-se que o dever geral de respeito às situações jurídicas anteriormente constituídas, decorrente da cláusula geral de boa-fé objetiva, constitui a *ratio* deste dispositivo, consagrando sua aplicação extracontratual. Tal dever geral de respeito assumirá os seus contornos diante das peculiaridades do caso concreto, que auxiliarão na determinação da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. Assim, nesta hipótese específica do art. 608 do Código Civil, dever-se-á verificar, por exemplo, se do contrato anterior consta cláusula de exclusividade, se a prestação contratada é infungível, qual é o grau de especialização do prestador dos serviços etc., e se o terceiro conhecia estas circunstâncias. Em tese, poderá restar configurada a responsabilidade civil do terceiro cúmplice, uma vez demonstrados tais pressupostos. Entretanto, trata-se de prova

extremamente difícil, considerando-se especialmente a garantia constitucional de livre-iniciativa tanto dos prestadores de serviços quanto dos contratantes.

[Não responsabilização do terceiro]

Por outro lado, se não houver cláusula de exclusividade ou se o prestador de serviços contrata prestação fungível e mantém diversas contratações semelhantes simultaneamente, atendendo eficazmente a todos os seus credores, a celebração de contrato com terceiro não caracterizará o aliciamento da mão de obra apto a ensejar a responsabilidade civil do terceiro cúmplice.<sup>32</sup>

[Dupla pretensão]

A doutrina do terceiro cúmplice, fundamentada na boa-fé objetiva e na solidariedade social,<sup>33</sup> associa-se, a rigor, ao dever geral de respeito às situações contratuais pré-constituídas das quais se têm conhecimento. Em consequência, o credor de determinada prestação inadimplida pelo devedor em coautoria com terceiro tem pretensão de reparação civil em face de ambos, por fundamentos jurídicos distintos: em relação ao devedor que descumpre o avençado na qualidade de parte do contrato, detém pretensão de reparação baseada na responsabilidade contratual; de outro lado, em face do terceiro que descumpre seu dever legal de abstenção, imposto pela boa-fé objetiva, o credor prejudicado terá pretensão fundamentada na responsabilidade extracontratual. Terceiro e devedor figuram como coautores do ato ilícito, respondendo solidariamente pelos prejuízos causados, na forma do art. 942,<sup>34</sup> parágrafo único, do Código Civil.

## PROBLEMA PRÁTICO

No que consiste a teoria do terceiro cúmplice e de que forma ela é aplicada no âmbito do contrato de prestação de serviços?

- **Vide Casoteca**

- 
- 1 Otávio Pinto e Silva, O Direito Romano e as Origens do Trabalho Autônomo, in *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo: Universidade de São Paulo, pp. 351-352.
  - 2 José Carlos Moreira Alves, *Direito romano*, vol. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 211.
  - 3 Nesse sentido, o art. 1.216 do Código Civil de 1916 dispunha: “Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição”.
  - 4 Destaque-se a lição de Caio Mário da Silva Pereira: “O *objeto* da obrigação do empregado é a *prestação da atividade*, resultante da energia humana aproveitada por outrem, e tanto pode ser intelectual, como material, ou física. Não se compreende mais, como queria Planiol, que o objeto do contrato fosse a própria força de trabalho, ou a energia mesma existente na pessoa, suscetível de utilização por outra pessoa, e muito menos é aceitável que nele haja o arrendamento da própria pessoa, tudo isso refletindo uma concepção hoje superada da fase da servidão humana” (*Instituições de Direito Civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2016, 20. ed., p. 358).
  - 5 Como registra Caio Mário da Silva Pereira: “Não foi, portanto, em virtude de mero luxo de nomenclatura que a expressão *locação de serviços* desprestigiou-se, encontrando nesta outra, *prestação de serviços*, o substantivo preferencial, mas pelo fato de ter parecido a primeira, a muitos juristas, atentatória da dignidade humana” (*Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., pp. 355-356).
  - 6 V., nessa direção, Silvio de Salvo Venosa: *Direito Civil*, vol. III, São Paulo: Atlas, 2013, 13. ed., p. 222, livro digital.
  - 7 Na doutrina especializada: Maurício Godinho Delgado, *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2017, 16. ed., p. 313.
  - 8 Confira-se o que diz Orlando Gomes sobre o ponto: “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 juiz do modo por que o serviço deve ser prestado” (*Contratos*, cit., p. 355).

- 9 Sobre a simulação nos negócios jurídicos, confira-se a doutrina estrangeira: Francesco Ferrara, *Simulazione dei negozi giuridici*. In: *Nuovo Digesto Italiano*, Torino: UTET, 1940, p. 307.
- 10 Destaque-se, nesse sentido: Gustavo Tepedino et al, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, 2ª ed., p. 321.
- 11 O art. 2º, CDC, conceitua o consumidor nos seguintes termos: “Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. A doutrina consumerista diverge quanto à amplitude do conceito de consumidor. Sobre o ponto, Cláudia Lima Marques, defensora da corrente maximalista, entende que o CDC é “um sistema tutelar que prevê exceções em seu campo de aplicação sempre que a pessoa física ou jurídica preencher as qualidades objetivas de seu conceito e as qualidades subjetivas (vulnerabilidade), mesmo que não preencha a de destinatário final econômico do produto ou serviço” (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 4. ed., p. 279). Sobre a teoria finalista, confira-se: “Para a teoria finalista, a proteção do consumidor visa equilibrar a relação profundamente desigual estabelecida com o fornecedor. Neste contexto, não faria sentido uma proteção especial àqueles que utilizam o produto ou serviço como insumos ou etapas de sua atividade produtiva, devendo, em consequência, tal relação ser regida pelas normas da legislação civil ou comercial. Assim, a teoria finalista preconiza que consumidor é apenas o destinatário final econômico, ou seja, aquele que frui o produto ou serviço para proveito próprio ou familiar, não o utilizando em atividade econômica empresarial” (Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos*. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 65, jan./mar., 2008, pp. 226-252). Nesse sentido, aprovou-se o Enunciado nº. 20 da I Jornada de Direito Comercial: “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”. A jurisprudência tem se inclinado para uma teoria finalista mitigada: “(...) O Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo (teoria



finalista ou subjetiva). Tem-se mitigado a aplicação dessa teoria quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica” (STJ, 3ª T., AgI no EDcl no AREsp. 1401381, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 24.6.2019, publ. DJ 27.6.2019).

- 12 Como elucida Orlando Gomes: “Desde, porém, que, em muitos casos, a prestação prometida é o resultado do trabalho, cumpre isolar as relações que não configuram empreitada. Tais são, em princípio, aquelas nas quais a atividade não consiste na realização de obra material propriamente dita. Repugna admitir, como de empreitada, o contrato pelo qual um advogado se obriga a responder a determinada consulta. Seria igualmente chocante considerar empreiteiro o médico que faz visitas domiciliares ou atende no consultório. O próprio contrato com um cirurgião para determinada intervenção não pode ser considerado empreitada. Do mesmo modo, o contrato em que alguém se obriga a participar de representação teatral, e assim por diante, até porque, na maioria desses contratos, o resultado esperado é inseguro, não se podendo prever se será eficaz. A remuneração é devida ainda quando não seja, porque o que se tem em mira, por força das circunstâncias, é o “resultado a produzir imediatamente em virtude da atividade”. Não está subordinada ao fato de se alcançar o resultado esperado, eis que origina obrigações de meios. Ajustam-se melhormente a tais contratos as regras da antiga locação de serviços do que as da empreitada. Por suas particularidades, devem ser incluídos na categoria dos contratos de prestação de serviços na espécie que, à falta de melhor denominação, pode ser designado contrato de prestação de serviços *stricto sensu*” (*Contratos*, cit., p. 354).
- 13 Como registrado em outra sede: “Faz parte da essência da prestação de serviços a remuneração. É elemento essencial ao contrato, na medida em que a retribuição pecuniária é consequência da realização de atividade humana. A presunção, portanto, será de onerosidade dos serviços” (Gustavo Tepedino et al, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, cit., p. 324).
- 14 Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “Não se presume a gratuidade na prestação de serviços, malgrado não seja ela incompatível com essa espécie de contrato. No entanto, só valerá se ajustada expressamente e não configurar abuso ou má-fé do outro contratante” (*Direito Civil brasileiro*, vol. III, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 361). Nessa

direção, o Enunciado 541 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, dispõe que: “O contrato de prestação de serviços pode ser gratuito”.

- 15 Segundo o art. 1º, Lei n.º 9.608/98: “Art. 1º. Considera-se serviço voluntário, para os fins desta Lei, a atividade não remunerada prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza ou a instituição privada de fins não lucrativos que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência à pessoa.

Parágrafo único. O serviço voluntário não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista previdenciária ou afim”.

- 16 Nessa direção, v., Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 356.

- 17 “Art. 607. O contrato de prestação de serviço acaba com a morte de qualquer das partes. Termina, ainda, pelo escoamento do prazo, pela conclusão da obra, pela rescisão do contrato mediante aviso prévio, por inadimplemento de qualquer das partes ou pela impossibilidade da continuação do contrato, motivada por força maior”.

- 18 “Art. 605. 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”.

- 19 A expressão é de Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. IV, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958, p. 331.

- 20 “Art. 598. 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”.

- 21 Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, vol. 5, São Paulo: Saraiva, 2007, 35. ed., p. 22.

- 22 “Art. 599. Não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode resolver o contrato. Parágrafo único. Dar-se-á o aviso: – 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”.

- 23 “Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”.
- 24 Orlando Gomes afirma que a aplicação do art. 473 deve ser excepcional, quando presentes os seus requisitos: “Afigura-se possível, excepcionalmente, invocar a regra geral e exigir aviso prévio mais dilatado, desde que estejam presentes os investimentos consideráveis a que alude o art. 473, parágrafo único, do Código Civil” (*Contratos*, cit., p. 357). Sobre o tema, v. também: Francisco de Assis Viégas, *Denúncia Contratual e dever de pré-aviso*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- 25 “Art. 602. 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”.
- 26 “Art. 603. 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”.
- 27 “Art. 604. 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”.
- 28 Tal preceito, embora tenha reduzido a indenização a ser paga ao locador de serviços, ampliou o alcance do disposto no art. 1.235 do Código Civil de 1916, que se limitava à locação de serviços agrícolas, *in verbis*: “Art. 1.235. Aquele que aliciar pessoas obrigadas a outrem por locação de serviços agrícolas, haja ou não instrumento deste contrato, pagará em dobro ao locatário prejudicado a importância, que ao locador, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante 4 (quatro) anos”.
- 29 “Art. 608. Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos”.

- 30 Como observado em outra sede: Gustavo Tepedino, et al, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. vol. II. cit. pp. 339-340.
- 31 Nesta esteira, afirma Sílvio de Salvo Venosa: “Hodiernamente, esse aliciamento é tanto mais grave no setor de prestação de serviços técnicos cada vez mais especializados e, ainda que não houvesse norma expressa, com base nos princípios gerais da responsabilidade civil, o aliciamento indevido de prestadores de serviços contratados por outrem pode gerar dever de indenizar” (*Direito civil: contratos em espécie*. vol. III. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 230).
- 32 Nesta direção, afirma Teresa Ancona Lopez: “(...) o aliciamento é punido civilmente (e também criminalmente), mas, para que isto aconteça, deverão estar presentes: o induzimento culposo, o contrato escrito anterior e ainda em vigência, e o ajuste desfeito. (...) Apesar de todas as premissas estarem presentes, vários aspectos têm de ser considerados no caso concreto (...): a especialidade ou não da prestação, o grau de especialização do sujeito, a exclusividade nessa prestação de serviço (...). Se não há cláusula de exclusividade e o profissional atende vários clientes ao mesmo tempo, não há como se falar em aliciamento e dever de indenizar. É, por exemplo, o caso de técnico em computação ou professor de inglês que ministra aulas a funcionários de várias empresas. Diferente é o caso de prestador de serviço com qualificações específicas e que firma contrato com cláusula de exclusividade com uma única empresa. O aliciamento por empresa concorrente gerará o dever de indenizar e ainda poderá constituir crime de concorrência desleal (...)” (*Comentários ao Código Civil*, vol. VII, São Paulo: Editora Saraiva, 2003, pp. 237-240).
- 33 A doutrina nacional diverge quanto ao fundamento da responsabilidade do terceiro cúmplice, ora atribuindo-o à função social, ora ao abuso do direito. Entende-se, contudo, que a boa-fé objetiva, inspirada na solidariedade social, consiste no fundamento da tutela externa do crédito. Como registrado em outra sede: “(...) Na hipótese de lesão do direito de crédito provocada pelo terceiro cúmplice, verifica-se, como se verá adiante, a violação, pelo terceiro, de um *dever legal* de abstenção imposto pela cláusula geral de boa-fé objetiva, informada pelo princípio da solidariedade constitucional, do qual decorre o respeito às situações jurídicas previamente constituídas. Por esta razão, o terceiro que coopera com o devedor ou o induz ao inadimplemento contratual, celebrando com ele contrato incompatível com obrigação anteriormente

assumida pelo devedor, infringe este dever legal, praticando, por isso mesmo, ato ilícito. (...) Em sua aplicação extracontratual, a boa-fé objetiva, informada pelo princípio constitucional de solidariedade social, impõe aos terceiros o dever de respeito às situações jurídicas anteriormente constituídas das quais têm ciência, impedindo-os de colaborarem com o devedor ou de induzi-lo ao inadimplemento contratual, celebrando com ele contrato incompatível com situação jurídica já existente. Em outras palavras, do princípio da boa-fé objetiva decorre a obrigação negativa (dever de abstenção) dos terceiros de não lesionarem o direito de crédito alheio de que têm conhecimento, preservando as obrigações previamente assumidas pelo devedor” (Paula Greco Bandeira, Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 30, ano 8, abr./jun., 2007, pp. 79-128).

- 34 “Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932”.



## Capítulo VI

# EMPREITADA

SUMÁRIO: 1. Conceito e efeitos essenciais – 2. Características – 3. Empreitada de labor (ou de mão de obra) e empreitada de materiais (ou mista) – 4. Empreitada a preço global, empreitada por medida e “turn key” – 5. Regras aplicáveis a todas as espécies de empreitada – Problema prático.

## 1. CONCEITO E EFEITOS ESSENCIAIS

[Origem: locação]

Assim como o contrato de prestação de serviços, que tem sua origem, como visto, na locação, a empreitada consiste em evolução daquilo que, no Direito Romano, se denominava *locatio conductio operis*, em que o locatário se obrigava, com seu esforço, a produzir e entregar certa obra ao locador. Daí inúmeros autores classificarem o contrato de empreitada, mesmo modernamente, como espécie de locação de serviços.<sup>1</sup> O próprio direito romano distinguia, assim, a *locatio conductio operis* da *locatio conductio operarum*, sendo essencial à primeira não o serviço, mas o resultado alcançado.<sup>2</sup> Atento à tradição, o Código Civil brasileiro de 1916 assegurou autonomia ao contrato de empreitada, sendo certo que a doutrina sempre foi unânime em reconhecer-lhe a especificidade.

Compreende-se por contrato de empreitada o negócio jurídico por meio do qual o empreiteiro se obriga a realizar obra específica e certa para o dono da obra, com material próprio ou fornecido por este, mediante remuneração, sem relação de subordinação ou vínculo trabalhista.<sup>3</sup> Em didática definição, a empreitada consiste em contrato por meio do qual “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”.<sup>4</sup> Ou na celebrada definição de Roberto De Ruggiero: “pelo contrato de empreitada (*appalto, entreprise, marché; Werkvertrag*) uma pessoa (empreiteiro) obriga-se à realização de uma obra cometida por outra (dono da obra) e esta se obriga a pagar-lhe um preço calculado com base na importância da obra”.<sup>5</sup>

De sua definição, extrai-se que o empreiteiro assume obrigação de fazer, consistente na realização da obra nos termos contratuais, e obrigação de dar, atinente à entrega da obra pronta. A ênfase das obrigações assumidas pelo empreiteiro consiste na entrega da obra pronta, isto é, em seu resultado final (*dare*), não já na mera atividade (*facere*).<sup>6</sup> Daí afirmar-se que o empreiteiro assume obrigação de resultado, de sorte que, ainda que tenha executado suas obrigações, caso não entregue a obra, incorrerá em inadimplemento contratual.

A obrigação de resultado assumida pelo empreiteiro diferencia a empreitada da prestação de serviços: diversamente da prestação de serviços, em que o prestador emprega esforços para a obtenção de determinado resultado, o empreiteiro se compromete à entrega do resultado (*rectius*, obra) ao dono da obra.<sup>7</sup> Nessa direção, na empreitada, a remuneração vincula-se à obra realizada (isto é, à entrega do resultado); ao passo que, na prestação de serviço,



cuidando-se de obrigação de meio assumida pelo prestador, sua remuneração se dá segundo o trabalho dispendido.

A empreitada tampouco se confunde com o contrato de compra e venda de coisa futura, já que, neste último, não há a estipulação contratual de obrigação de fazer, mas apenas de dar, isto é, a entrega da coisa pelo vendedor ao comprador. Na empreitada, por sua vez, o acordo de vontades é para que o empreiteiro *produza e entregue* a obra. Tanto é assim que, de modo geral, o empreiteiro executa a obra segundo as diretrizes e os planos traçados pelo dono da obra, dos quais só pode se desvincular com expressa autorização deste.

Outra diferenciação importante deve ser feita entre a empreitada e a relação de trabalho. O traço distintivo principal entre as duas figuras consiste no vínculo de subordinação existente na relação de trabalho, a qual não se configura entre aquele que realiza a obra e o proprietário desta. Também é possível estremar os dois negócios pela pessoa que executa a obra: na relação de trabalho, a atividade não pode ser desempenhada por pessoa jurídica; ao passo que, no contrato de empreitada, o empreiteiro poderá ser pessoa física ou jurídica.

[Objeto]

No contrato de empreitada, o objeto da prestação principal do empreiteiro consiste na entrega de certa obra a ser por ele executada. O conceito de obra deve ser compreendido de maneira ampla, de modo a abarcar qualquer resultado certo, determinado pelo proprietário, a ser obtido a partir da atividade do empreiteiro. Assim, embora o contrato de empreitada se destine frequentemente a construções civis, é possível também que as partes pactuem bilateralmente negócio destinado à realização e respectiva entrega de trabalho artístico, literário ou até mesmo científico.<sup>8</sup>

Registre-se a possibilidade de o contrato de empreitada configurar relação de consumo, hipótese em que incidirão as normas relativas ao Código de Defesa do Consumidor.

## 2. CARACTERÍSTICAS

[Onerosidade]

O contrato de empreitada traduz negócio jurídico oneroso, de sorte que a remuneração consiste em elemento essencial. O modo de pagamento do preço acordado dará origem a duas espécies de empreitada: a preço fixo ou por medida.

[Empreitada a preço global ou por medida]

Na empreitada a preço fixo ou a preço global (*marché a forfait*), as partes fixam o preço tendo em conta a obra em sua integralidade. O preço global poderá ser pago parceladamente, a exemplo do pagamento de parcelas da obra segundo relatórios periódicos de medição, o que não descaracteriza a empreitada a preço global.

De outra parte, a remuneração poderá ser definida segundo cada parte da obra, naquilo que se denomina empreitada por medida (*marché sur devis*). Vale dizer: a execução da obra é fracionada e será atribuído preço para cada parcela da obra.

[Empreitada de labor ou empreitada mista]

A empreitada classifica-se, ainda, como de labor ou de mão de obra, em que o empreiteiro contribui apenas com o trabalho; ou de materiais ou mista, em que o empreiteiro, além do trabalho, se responsabiliza pelos materiais empregados na obra.

Note-se, de outra parte, que o contrato de empreitada poderá ter por objeto apenas a elaboração de um projeto (CC, art. 610, §2º), de modo que a execução e a fiscalização da obra fiquem a cargo de outro empreiteiro.<sup>9</sup>

[Bilateral, consensual e, em regra, comutativo]

O contrato de empreitada afigura-se bilateral, na medida em que as obrigações do empreiteiro apresentam nexo de interdependência funcional com as obrigações assumidas pelo dono da obra.

Para o seu aperfeiçoamento, basta o simples consenso dos contratantes, de modo que o contrato de empreitada consiste em negócio jurídico consensual. Em regra, o contrato de empreitada será comutativo, já que os contratantes sabem de antemão quais as prestações a serem desempenhadas de parte a parte. Todavia, os contratantes poderão, na alocação de riscos, atribuir caráter aleatório ao contrato de empreitada.<sup>10</sup>

[Subempreitada]

A obra objeto do contrato não precisa decorrer da atividade exclusiva do empreiteiro, de modo que, via de regra, admite-se que o trabalho seja executado por terceiro, em regime de subempreitada. Afirma-se, assim, que, na omissão do contrato, admite-se a subempreitada (parcial ou total). Sublinhe-se que a subempreitada não se confunde com os contratos de trabalho firmados entre o empreiteiro e seus empregados. Trata-se de contrato derivado do contrato principal de empreitada, celebrado entre o empreiteiro e subcontratado. Verificada a subempreitada, não haverá relação jurídica entre o dono da obra e os subempreiteiros, de sorte que, caso ocorra má execução da obra pelo subempreiteiro, o empreiteiro responderá perante o dono da obra.

[Empreitada *intuitu personae*]

Todavia, as partes poderão afastar a possibilidade de subempreitada, hipótese em que a empreitada será *intuitu personae*, devendo a obra ser executada pessoalmente pela parte contratada, já que solicitada pelo dono da obra em razão dos atributos pessoais do empreiteiro. Nesse caso, a morte do empreiteiro extinguirá o contrato, nos termos do art. 626 do Código Civil.<sup>11</sup> Não sendo personalíssima a empreitada, a morte de uma das partes acarreta a transmissão da obrigação aos sucessores.

### **3. EMPREITADA DE LAVOR (OU DE MÃO DE OBRA) E EMPREITADA DE MATERIAIS (OU MISTA)**

#### [Empreitada de labor]

Em relação às prestações assumidas pelo empreiteiro, existem dois tipos de empreitada: empreitada de labor e empreitada mista. Na empreitada de labor, também chamada de empreitada de mão de obra, o empreiteiro se compromete apenas a exercer a atividade de execução da obra para posterior entrega ao dono da obra. Contribui, assim, apenas com a mão de obra, empregando os materiais fornecidos pelo proprietário. Por outras palavras, o dono da obra fornece os materiais necessários à execução da obra, de modo que o empreiteiro participa apenas com seu trabalho.

#### [Empreitada mista]

Na empreitada mista, por sua vez, o empreiteiro se responsabiliza pela execução da obra e pelos materiais nela empregados. Vale dizer: o empreiteiro se obriga à realização da obra e ao fornecimento dos materiais necessários à sua execução. De acordo com o § 1º do art. 610 do Código Civil,<sup>12</sup> a obrigação de fornecer os materiais não se presume, devendo resultar da convenção entre as partes ou da lei. Assim, no silêncio do contrato, caberá ao proprietário fazer prova de que a obrigação de arcar com os insumos foi alocada pelas partes ao contratado.

#### [Responsabilidade e riscos]

A distinção entre empreitada de labor e empreitada mista revela-se fundamental para fins de determinação do regime de responsabilidade das partes. Na empreitada de labor, os riscos dos materiais correm por conta do dono da obra, em aplicação do princípio segundo o qual *res perit domino* (CC, art. 612). Em outros termos, por serem os materiais fornecidos pelo dono da obra, este figura como o seu proprietário, razão pela qual, na empreitada de labor, o dono da obra sofrerá os efeitos do seu perecimento.

Todavia, se o dano aos materiais decorrer de culpa do empreiteiro (v.g. negligência ou imperícia no seu armazenamento ou falhas na execução da obra), este será responsabilizado. Nessa

direção, o art. 617 do Código Civil determina que o empreiteiro responde pelos danos causados aos materiais por sua imperícia ou negligência. Isto porque o empreiteiro tem o dever de conservar os materiais fornecidos pelo dono da obra. Desse modo, a sua responsabilidade não se limita à inutilização dos materiais, mas abarca qualquer perda ou deterioração sofrida pelo seu armazenamento inadequado. Para ser indenizado, nesses casos, o proprietário deverá fazer prova da culpa do empreiteiro, nos moldes das regras gerais de responsabilidade civil.

Ainda quanto ao regime de responsabilidade na empreitada de labor, se a obra perecer antes da entrega, sem culpa de qualquer das partes, o empreiteiro perde o direito à remuneração, salvo se demonstrar que, (i) a perda resultou de defeito dos materiais; e (ii) em tempo reclamara contra sua quantidade e qualidade (CC, art. 613).<sup>13</sup> Pelo princípio da boa-fé objetiva, cabe ao empreiteiro informar ao dono da obra sobre a qualidade, adequação e quantidade do material a ser empregado na obra, de modo que, caso o dono da obra forneça materiais inadequados e o empreiteiro permaneça silente, perderá o direito à remuneração na hipótese de perda da obra resultante precisamente dessa inadequação.

Por outro lado, na empreitada mista, os riscos dos materiais até a entrega da obra correm por conta do empreiteiro (CC, art. 611).<sup>14</sup> Uma vez concluída a obra, se o dono da obra estiver em mora para recebê-la, ou seja, se o empreiteiro tiver cumprido sua obrigação a contento e o proprietário estiver se recusando sem justo motivo a receber o resultado do trabalho no local, na data e nos moldes do avençado, o dono da obra responderá pelos riscos que a obra venha a correr (*mora accipiendi*).<sup>15</sup> O credor somente poderá recusar a obra se ela tiver sido executada em desconformidade com o pactuado e, nesse caso, não estará em mora.

[Responsabilidade pela solidez e segurança da obra]

Na empreitada mista, incide ainda a regra contida no art. 618 do Código Civil,<sup>16</sup> segundo a qual o construtor responde pelos riscos de solidez e segurança da obra, tanto em razão do solo como dos

materiais, em empreitadas de edifícios ou de outras obras consideráveis (v.g. pontes, viadutos, represas etc.), pelo prazo de 5 (cinco) anos, a partir da entrega da obra.<sup>17</sup> A regra estende-se, ainda, a obras não permanentes, como instalações temporárias para eventos, que coloquem em risco a integridade física do ser humano, a fim de promover a plena tutela da pessoa humana.<sup>18</sup>

[Vícios ocultos]

[Prazo de garantia]

Os vícios da construção aparecem posteriormente e ameaçam a solidez e a segurança da construção (v.g. defeitos que afetem a adequada habitabilidade, como infiltrações de água e vazamentos). Tais vícios poderão, assim, se referir aos materiais empregados ou à adequação do solo, sendo certo que se o empreiteiro sabe que o solo não é adequado à construção, deverá informar tal fato ao dono da obra. O prazo de 5 (cinco) anos, a partir da entrega da obra, consiste em prazo de garantia, de sorte que os vícios deverão aparecer nesse prazo, a fim de deflagrar a responsabilidade do construtor independentemente de culpa.<sup>19</sup> Trata-se de prazo inafastável, vez que o próprio Código o qualificou como irredutível, estabelecendo, pois, norma cogente, não dispositiva.<sup>20</sup> Uma vez descoberto o vício no prazo quinquenal, o dono da obra tem o prazo decadencial de 180 (cento e oitenta) dias do aparecimento do vício para exercer o seu direito. Parte da doutrina sustenta que esse prazo de 180 (cento e oitenta) dias deve incidir apenas após o decurso dos 5 (cinco) anos, a fim de não agravar a posição do dono da obra, já que, do contrário, o prazo poderia terminar antes dos 5 (cinco) anos da garantia.<sup>21</sup> Todavia, o prazo quinquenal haverá de incidir tão logo descoberto o vício, a fim de se evitar que o dono da obra postergue o exercício de seu direito, permitindo a dissipação das provas, em prejuízo ao direito de defesa do empreiteiro.

[Responsabilidade do projetista]

Note-se que este prazo de garantia não se confunde com o prazo prescricional da responsabilidade civil. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado da Súmula n.º 194, atestando, sob a égide do Código Civil de 1916, que “prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos da obra”. De fato, ao lado do prazo quinquenal de garantia, há que se aplicar a regra geral em matéria de responsabilidade civil extracontratual.<sup>22</sup> Nessa linha de entendimento, o dono da obra terá o prazo máximo prescricional de 3 (três) anos, relativo à reparação civil (CC, art. 206, § 3º, V),<sup>23</sup> a contar da identificação do dano. Uma vez constatado o defeito, no curso do prazo quinquenal, deflagra-se o prazo prescricional para a pretensão de ressarcimento relativa ao fato danoso específico. Nesse caso, caberá ao dono da obra demonstrar, ao lado do dano e do nexo de causalidade, a culpa do empreiteiro na má execução da obra. Caso a obra tenha sido confiada a terceiros e o autor do projeto não assuma a sua direção ou fiscalização, a responsabilidade do projetista se limita aos vícios ocultos que comprometam a solidez e segurança da obra no prazo de garantia, nos termos do art. 618 do Código Civil, referentes ao projeto e não à sua execução (CC, art. 622).<sup>24</sup>

#### **4. EMPREITADA A PREÇO GLOBAL, EMPREITADA POR MEDIDA E “TURN KEY”**

[Empreitada a preço global ou fixo]

A empreitada também se classifica de acordo com o modo de remuneração do empreiteiro em empreitada a preço global ou fixo, também chamada *marché à forfait*; ou empreitada por medida, também chamada a preço progressivo, ou *marché sur dévis*.

Na empreitada a preço global ou fixo, o preço é único e fixo, calculado de antemão para toda a obra. Trata-se de preço fechado a ser pago em contraprestação à execução e entrega da inteira obra. Esse valor pode ser parcelado sem desnaturar essa modalidade de

empreitada, desde que o cálculo do montante total tenha levado em conta a integralidade da obra.

[Empreitada por medida]

Já na empreitada por medida ou a preço progressivo, calcula-se o preço devido à medida em que a obra vai se realizando. Vale dizer: a remuneração é fixada ao término de cada etapa da obra, tendo em vista a proporção e a quantidade do trabalho efetivamente executado. Assim, o empreiteiro entrega a etapa da obra e recebe o valor correspondente, calculado por ocasião da conclusão da etapa; ou seja, o empreiteiro recebe pelos serviços prestados e medidos. O dono da obra é obrigado a receber essa etapa concluída e a pagar por ela.

Note-se que, em ambas as modalidades de empreitada, as partes costumam estabelecer cronograma físico-financeiro, indicando marcos de avanço físico da obra e o respectivo pagamento. A qualificação da espécie de empreitada dependerá, então, do modo de fixação do preço: se as partes, no momento da conclusão do contrato, acertaram preço global, para a inteira obra, estar-se-á diante da empreitada a preço global, ainda que o seu pagamento se dê em parcelas de acordo com o avanço físico da obra; de outro lado, se os contratantes fixaram o preço por etapa, calculado após a sua conclusão, configura-se a empreitada por medida.

[Cláusula de reajustamento na empreitada a preço global]

A empreitada a preço global será sempre mista. A empreitada a preço global poderá ter cláusula de reajustamento, que permitirá a alteração do preço acordado em caso de variação dos materiais ou/e da mão de obra, segundo determinados critérios ajustados pelas partes. Tal reajuste não se confunde com a correção monetária, que permite corrigir as distorções causadas pela inflação e que sempre será devida por força de lei, independentemente de previsão contratual. Por se tratar de empreitada a preço fixo,



presume-se ter sido celebrada sem reajustamento, salvo estipulação em contrário.

[Reajuste de preço na falta de previsão contratual]

Na empreitada a preço global ou fixo, sem a possibilidade de reajustamento, se o dono da obra já tiver aceitado o plano da obra, o preço não poderá ser majorado (CC, art. 619),<sup>25</sup> mesmo que tenha havido variação no preço do material ou da mão de obra ou o projeto tenha se modificado. Assume-se que o empreiteiro tem a *expertise* que lhe permite efetuar os cálculos necessários para a fixação do preço, levando em conta possíveis variações do material e da mão de obra, a evitar, assim, surpresas de qualquer natureza.<sup>26</sup> Por isso mesmo, o legislador mostra-se conservador no que tange à possibilidade de alteração do preço contratado para a obra. Em regra, preço contratado é preço imutável.

[Permissão contratual de alterações no projeto]

O aumento do preço apenas poderá ser requerido pelo empreiteiro se o dono da obra tiver concordado, por escrito, com as modificações do projeto.<sup>27</sup> Anote-se que, se houver cláusula contratual no sentido de que o dono da obra pode introduzir modificações no projeto no decorrer de sua execução, ele estará aceitando eventuais alterações e deverá, portanto, concordar com o reajuste de preço.

Por outro lado, admite-se a autorização tácita do dono da obra quanto ao reajuste de preço se, ao comparecer repetidas vezes a obra, verificar as modificações do projeto, as obras extraordinárias e os acréscimos, e não protestar (CC, art. 619, parágrafo único).

[Excessiva onerosidade e revisão contratual]

Tal disciplina acerca do reajuste de preço na empreitada a preço global não afasta a possibilidade de incidência da teoria da excessiva onerosidade, prevista nos arts. 478 e ss. do Código Civil, uma vez verificados os seus pressupostos de incidência, a saber: (i) a

existência de contrato de longa duração, de execução continuada ou diferida; (ii) a verificação de fato superveniente, extraordinário e imprevisível, não imputável a qualquer dos contratantes; que (iii) deflagre o desequilíbrio entre as prestações contratuais, impondo ao empreiteiro sérias dificuldades no cumprimento de suas prestações tal como originariamente acordado, a acarretar, em consequência, extrema vantagem ao dono da obra. Trata-se de expressão do princípio do equilíbrio contratual, que incide indistintamente em todas as relações contratuais.

Mostra-se, ainda, possível que as partes estipulem cláusulas de *hardship*, por meio da qual prevejam a possibilidade de renegociação dos termos contratuais atingidos por desequilíbrio superveniente.<sup>28</sup>

Sublinhe-se que, na esteira da preservação do equilíbrio contratual, o art. 620 do Código Civil<sup>29</sup> estabelece a possibilidade de revisão do preço fixo em favor do dono da obra, mesmo sem previsão contratual, se houver uma diminuição do preço do material ou da mão de obra superior a 1/10 (um décimo) do preço global convencionado. Cuida-se, assim, de regra de reequilíbrio contratual que não exige, para sua aplicação, fato extraordinário e imprevisível.

[Aceitação da obra na empreitada por medida]

As empreitadas por medida, por sua vez, são assim determinadas em razão de elevado grau de imprevisibilidade que recai sobre seu progresso. Segundo o art. 614, *caput*, do Código Civil, nessa modalidade de empreitada, o empreiteiro exige a remuneração correspondente a cada parcela entregue da obra, na proporção do que se executou. A partir da entrega, o dono da obra responde pelos riscos da etapa executada. Nesse caso, o pagamento implica aceitação da obra no modo como foi entregue, isto é, que esta foi realizada a contento (CC, art. 614, §1º).<sup>30</sup> A partir da medição, o dono da obra tem o prazo decadencial de 30 (trinta) dias para reclamar quanto a vícios e defeitos aparentes.<sup>31</sup> Se o dono da obra nada diz, entende-se que a obra foi aceita (CC, 614, § 2º).<sup>32</sup>

[Empreitada *turnkey*]

Existe, ainda, outra modalidade de empreitada, denominada “*turnkey*”, de natureza jurídica controversa, ora definida pela doutrina como contrato atípico, ora como forma especial de contrato de empreitada, ao qual se associam numerosas cláusulas que lhe conferem características funcionais peculiares. Trata-se de modelo adotado em obras de grande sofisticação técnica, nas quais o dono da obra recebe do empreiteiro a edificação pronta para operação. É muito utilizada para construção de usinas ou indústrias, nas quais está presente, além dos aspectos de engenharia civil, complexidade tecnológica relacionada ao próprio funcionamento do negócio, que faz com que seja necessário conhecimento especializado do contratado.

[Características]

Neste regime de contratação, o construtor assume o dever de produzir e entregar a obra completa, pronta para utilização, em todos os aspectos dele dependentes. A contratação sob regime *turnkey* inclui não raro a transferência de tecnologia, *know-how*, e outros bens ou direitos funcionalmente vinculados à obra que se entrega. A importância do resultado final – a entrega da obra concluída –, tão marcante no contrato de empreitada, torna-se ainda mais evidente em contratos sob o regime de *turnkey*, que alguns autores definem modalidade de empreitada “na qual o empreiteiro se encarrega de contratar mão de obra e adquirir os materiais necessários, entregando a instalação pronta para ser utilizada”.<sup>33</sup> Tais características justificam a designação *turnkey*, que, no vernáculo inglês, significa “virar a chave”, a denotar a entrega da obra pronta e acabada, para imediata utilização.

[Preço global]

Independentemente da sua qualificação causal – como espécie de empreitada ou como contrato atípico –, o contrato de empreitada global sob regime *turnkey* contém preço global a ser pago pelo contratante, sem reajustamento, o qual inclui o material, a mão de

obra e todos os demais gastos do construtor, pouco importando sua variação. Parte-se da premissa de que o construtor, por deter conhecimento técnico capaz de definir, de antemão, todos os equipamentos, materiais, mão de obra e demais aspectos necessários à execução do ajuste, não pode, após a celebração do contrato, surpreender o contratante com exigência de majoração em virtude da oscilação no preço de qualquer dos seus componentes. Aqui, de igual modo ao que se passa na empreitada a preço global, a teoria da excessiva onerosidade poderá incidir, caso restem demonstrados os seus pressupostos legais (CC, art. 478 e ss.).

## **5. REGRAS APLICÁVEIS A TODAS AS ESPÉCIES DE EMPREITADA**

[Obediência às instruções]

O empreiteiro é obrigado a executar a obra segundo as instruções recebidas, as exigências técnicas pertinentes à natureza da obra, e as condições contratadas (CC, art. 615).<sup>34</sup> Se o contrato não dispuser a respeito do modo de execução da obra, aplicam-se os costumes ou usos do mercado.

[Entrega da obra]

Uma vez executada a obra segundo o contratado ou, na hipótese de omissão do contrato quanto às diretrizes, de acordo com os usos do mercado, o dono da obra deve recebê-la e pagar a remuneração ajustada ao empreiteiro. Se o dono da obra se recusa a recebê-la, estará em mora, e o empreiteiro poderá consignar a obra em juízo.

[Recusa justificada da obra]

Todavia, o dono da obra poderá se recusar a receber a obra se o empreiteiro não obedeceu às instruções e aos planos recebidos, bem como às regras técnicas, sem que se configure a mora do credor. Nesta hipótese, se o dono da obra ainda tiver interesse na

obra, poderá recebê-la mediante abatimento do preço (CC, art. 616). Se, por outro lado, o inadimplemento do empreiteiro tornar o contrato sem utilidade para o dono da obra, este poderá resolver o contrato (CC, art. 615). Note-se, por oportuno, que mesmo que a obra se valorize com a sua execução segundo diretrizes técnicas diversas das ajustadas, o credor não é obrigado a aceitá-la se não se cumpriu o acordado (CC, art. 313).<sup>35</sup>

Afigura-se, de igual modo, como obrigação essencial do empreiteiro em todas as espécies de empreitada, a entrega da obra no prazo acordado. Mostra-se, nessa direção, fundamental o cumprimento dos cronogramas ajustados entre os contratantes, sendo certo que a inobservância do prazo pode tornar sem utilidade o contrato.

[Direito de retenção do empreiteiro]

Admite-se, de outra parte, ao empreiteiro, o direito de retenção da obra caso o dono da obra não pague a sua remuneração, a despeito da ausência de previsão legal nesse sentido, haja vista tratar-se de direito que lhe é essencial.<sup>36</sup> Indique-se, ainda, como regra aplicável às empreitadas em geral, a incidência da disciplina dos vícios redibitórios.

[Projetos de engenharia e arquitetura]

Vale notar que os projetos de engenharia e arquitetura são protegidos pelos direitos autorais, a afastar qualquer espécie de alteração indevida. Ao lado disso, a proteção à integridade do projeto revela-se fundamental, na medida em que o projetista pode ser sujeito passivo em ação de responsabilidade civil, em caso de dano ocasionado pela construção por erro de projeto. Por tais razões, o dono da obra não pode efetuar alterações significativas no projeto já aprovado sem o consentimento de seu autor (CC, art. 621).<sup>37</sup> Caso faça essas alterações unilateralmente, o empreiteiro poderá se recusar a executar a obra e pedir perdas e danos.

Entretanto, tais alterações serão admitidas sem o consentimento do autor do projeto nas hipóteses em que (i) por motivos supervenientes ou razões de ordem técnica, fique comprovada a inconveniência ou a excessiva onerosidade na execução do projeto em sua forma originária; (ii) as alterações sejam de pouca monta, desde que não comprometam a unidade estética da obra projetada.

[Resilição unilateral pelo dono da obra]

Quanto às hipóteses de término do contrato, admite-se a resilição unilateral do contrato pelo dono da obra, mesmo após iniciada a construção, mediante o pagamento das despesas e serviços realizados, somado à indenização razoável que será calculada considerando o que o empreiteiro teria ganhado se tivesse concluído a obra (CC, art. 623).<sup>38</sup>

[Resilição unilateral pelo empreiteiro]

De outra parte, o empreiteiro que resilir unilateralmente o contrato, sem justa causa, responderá por perdas e danos (CC, art. 624).<sup>39</sup> Com vistas a afastar a sua responsabilização, o empreiteiro deverá comprovar hipótese de justa causa para a extinção do contrato. O art. 625 do Código Civil<sup>40</sup> enuncia, exemplificativamente, hipóteses de justa causa em favor do empreiteiro, precisamente: (i) o inadimplemento do dono da obra; (ii) caso fortuito ou força maior; (iii) excessiva onerosidade em razão de dificuldades imprevisíveis de execução, não havendo concordância do dono da obra quanto à alteração do preço; e (iv) alterações solicitadas pelo dono da obra que ultrapassem a capacidade, especialidade ou interesse do empreiteiro. Nesse caso, mesmo que o dono da obra se disponha a pagar por tais alterações, faculta-se ao empreiteiro resolver o contrato.

[Suspensão da obra]

Embora os arts. 623 a 625 do Código Civil refiram-se literalmente às hipóteses de suspensão da obra, pelo dono da obra ou pelo

empreiteiro, cuida-se de interrupção da obra com a finalidade de término da relação contratual. Pelo princípio da boa-fé objetiva, as partes deverão, por ocasião da suspensão da obra, notificar a contraparte quanto à intenção de resolver o contrato, com prazo de antecedência razoável ou, caso ainda seja útil o negócio, com a intenção de renegociar os termos contratuais de sorte a superar os obstáculos que comprometam a sua execução.

[Extinção do contrato por morte]

Enumere-se, ainda, o término do contrato de empreitada em razão da morte de qualquer das partes, caso tenha sido assim ajustado; ou, na hipótese de morte do empreiteiro, se a empreitada tiver sido celebrada *intuitu personae*, isto é, em razão de suas qualidades pessoais (CC, art. 626). Do contrário, a morte de qualquer das partes não importa extinção do contrato, sendo certo que a posição contratual será assumida pelos respectivos sucessores.

## PROBLEMA PRÁTICO

Determinada empresa contrata empreiteira para a construção de um shopping estabelecendo no instrumento que a empreiteira apenas responderá pelo prazo de 4 anos da data da entrega. A obra é finalizada dentro do prazo pactuado e o preço global é devidamente pago, de modo que o dono da obra inicia sua exploração comercial mediante locação de metade dos “boxes” a diversos lojistas. Ocorre que, após 50 meses da entrega, a empresa recebe notificações dos lojistas reclamando de goteiras e infiltrações nas estruturas de seus “boxes”, momento em que envia seus engenheiros ao local para averiguar. Sete meses depois, notifica a empreiteira no sentido de exigir a realização de obras para corrigir os vícios verificados, bem como para indenizar prejuízos decorrentes do não pagamento dos aluguéis pelos lojistas que não puderam utilizar seus “boxes” em virtude dos vícios. A empreiteira poderá ser responsabilizada?

- **Vide Casoteca**



- 
- 1 Assim, o artigo 2.152 do Projeto de Código Civil preparado por Felício dos Santos declarava: “Dá-se o contrato de empreitada quando o locador de serviços se obriga a fazer ou mandar fazer, para outrem, certa obra, mediante retribuição determinada ou em proporção com o trabalho executado”.
  - 2 Como elucida José Carlos Moreira Alves, “Na *locatio conductio operis*, o *conductor* – que deve observar as normas técnicas necessárias para que sua obra chegue a bom termo – se obriga, não ao trabalho, abstração feita do seu resultado, mas ao resultado final da obra a realizar (...) Em virtude da *locatio conductio operarum*, o locator está obrigado a prestar serviços ao *conductor*; nela – ao contrário do que ocorre na *locatio conductio operis* –, o *locator* se obriga à prestação de serviços, abstração feita de seu resultado final (*locare operas suas*): assim, por exemplo, a hipótese do operário contratado para trabalhar, a dia, para o *conductor*” (*Direito Romano*, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 182). V. tb., Arnaldo Rizzardo, *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 629.
  - 3 Segundo a definição de Roberto de Ruggiero: “Col contratto d'appalto (entreprise, marché; Werkvertrag) una persona (appaltatore) assume su di sé il compimento di un'opera per incarico di un'altra (committente) e questa si obbliga di corrisponderle un prezzo calcolato in base all'importanza dell'opera” (*Istituzioni di diritto civile*, vol. 3, Messina-Milão: Casa Editrice Giuseppe Principato, 1935, 7. ed, p. 238).
  - 4 Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, 26ª ed., p. 362. Definição semelhante é a que se atribui, no direito francês, a um contrato relativo a trabalho, requerido por uma pessoa à outra, sem que esse esteja a seu serviço, e o mais frequente meio de remuneração. No original: “un contrat portant sur un travail, demandé par une personne à une autre, sans que celle-ci soit à son service, et le plus souvent moyennât rémunération” (Jérôme Huet, *Traité de Droit Civi:l Les principaux contrats spéciaux*, dir. Jacques Ghestin, Paris: L.G.D.J., 1996, p. 1116)”. (Jérôme Huet, *Traité de Droit Civi:l Les principaux contrats spéciaux*, dir. Jacques Ghestin, Paris: L.G.D.J., 1996, p. 1116). No mesmo sentido, o direito italiano conhece o *appalto*, “il contratto con il quale un committente affida ad un appaltatore il compimento di un'opera (per esempio la costruzione di un edificio) o lo svolgimento di un servizio (per esempio la pulizia di uno stabilimento), verso un

corrispettivo in danaro” (Andrea Torrente e Piero Schlesinger, *Manuale di Diritto Privato*, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1999, p. 555).

- 5 No original: “Col contratto d’appalto (*entreprise, marché; Werkvertrag*) una persona (appaltatore) assume su di sè il compimento di un’opera per incarico di un’altra (committente) e questa si obbliga di corrisponderle un prezzo calcolato in base all’importanza dell’opera” (Roberto De Ruggiero, *Istituzioni di Diritto Civile*, vol. III, cit., p. 238).
- 6 Nas palavras de Pontes de Miranda, “A obra pode consistir em criar, modificar, aumentar, diminuir, ou destruir algum bem ou parte do bem. Para obter-se o resultado que se quer, ou se exigem serviços, que se prestem como serviços, ou se exige a obra, de modo que os serviços apenas ocorrem como *meios* para o *resultado* que se quer. De modo que a prestação é de obra, e não de serviços” (*Tratado de Direito Privado*, vol. 44, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, 3ª ed., p. 375).
- 7 Confira-se, na doutrina: “Não obstante o ponto de aproximação, que é a prestação da atividade, a empreitada caracteriza-se nitidamente pela circunstância de considerar o resultado final, e não a atividade, como objeto de relação contratual. Enquanto no contrato de prestação de serviços se cogita da atividade como prestação imediata, na empreitada tem-se em vista a obra executada, figurando o trabalho que a gera como prestação mediata ou meio de consecução” (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2016, 20ª ed., p. 293). No mesmo sentido, Teresa Ancona, *Comentários ao Código Civil*, vol. 7, São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 7, p. 243.
- 8 Nesse sentido, Orlando Gomes: “A palavra *obra* tem sentido que precisa ser esclarecido para facilitar a noção de *empreitada*. Significa todo resultado a se obter pela atividade ou pelo trabalho, como a produção ou modificação de coisas, o transporte de pessoas ou de mercadorias, a realização de trabalho científico ou a criação de obra artística, material ou imaterial” (*Contratos*, cit., p. 363).
- 9 Sobre essa hipótese, cfr. TJDF, 4ª TC., Ap. 0036865-33.2012.8.07.0001, Rel. Des. James Eduardo Oliveira, julg. 5.9.2018, publ. DJ 5.9.2018.
- 10 Exemplificativamente, seria aleatório quando, o contrato de empreitada, por alocação de riscos, ao menos uma das partes não pudesse estimar o valor de sua prestação em relação à da outra parte. Na

jurisprudência: “(...) O autor sustenta que contratou a empresa ré para perfuração de poço artesiano, com estipulação da metragem de profundidade, preço e condições de pagamento. O contrato de perfuração de poço artesiano é daqueles denominados aleatórios, consistente em atividade-meio, considerando-se cumprido independentemente de obtenção do resultado visado. (...) E ainda que a relação existente entre as partes seja de consumo, não se verifica abusividade na cláusula que exclui garantia de êxito, pois o sucesso da empreitada depende das condições geológicas da localidade. O poço foi perfurado em 100 metros como disse o autor, além dos 70 metros contratados, sendo devido o pagamento pela prestação do serviço” (TJSP, 17ª C. D. Priv., Ap. 0066126-64.2012.8.26.0114, Rel. Des. Souza Lopes, julg. 26.06.2017, publ. DJ 26.6.2017).

- 11 “Art. 626. Não se extingue o contrato de empreitada pela morte de qualquer das partes, salvo se ajustado em consideração às qualidades pessoais do empreiteiro.
- 12 “Art. 610. 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’.
- 13 “Art. 613. Sendo a empreitada unicamente de labor (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”.
- 14 “Art. 611. 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”.
- 15 Em referência ao art. 611 do Código Civil, registra a doutrina: “Nos casos em que o empreiteiro fornece o material, os riscos correm por conta dele até o momento da entrega da obra, salvo se o dono desta estiver em mora, quando por sua conta correrão os riscos (art. 611, CC/2002). Observe-se que o risco de que aqui se trata é o da conclusão da obra, e não os decorrentes de seu risco e solidez para após a ultimação do ajuste. (...) Tal consequência resulta do fato de ser ele o responsável pela escolha do material e pelo preparo da obra nessa espécie de empreitada” (Hamid Charaf Bdine, Empreitada,

*Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos*, vol. 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 135-164).

- 16 “Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de 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”
- 17 Orlando Gomes enumera os requisitos para a incidência desse dispositivo: “a) ser a empreitada de construção; b) ser mista; c) resultar o prejuízo de fato que comprometa a solidez ou a segurança da construção; d) verificar-se o prejuízo em razão dos materiais empregados, ou do solo em que implantou o edifício” (*Contratos*, cit., p. 369). Carvalho Santos, por sua vez, inclui os vícios que tornem a obra imprópria ao uso a que se destinava (*Código Civil interpretado*, vol. XVII, 9. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 363).
- 18 Como observado em outra sede, “Não há durabilidade, mas é razoável reconhecer-se aí uma construção considerável, a merecer garantia após a entrega, especialmente quanto à segurança dos que a utilizarem. (...) A antiga doutrina ganha vitalidade e novas cores, à luz da cláusula geral de tutela da pessoa da pessoa humana, de índole constitucional” (Gustavo Tepedino et al, *Código Civil Interpretado conforme a constituição da República*, vol. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, 2. ed., p. 361).
- 19 Nesse sentido: “Salienta-se que o art. 618, e mesmo o prazo decadencial de 180 dias previsto no parágrafo único, tratam do lapso temporal de garantia, quando a construtora tem responsabilidade objetiva de assegurar a solidez e segurança da obra” (TJSP, 5ª Câmara. Dir. Priv., Ap. Cív. 4005575-61.2013.8.26.0002, Rel. Des. James Siano, julg. 27.1.2016).
- 20 Nessa direção, sustenta Sergio Cavalieri: “Trata-se, destarte, de prazo imperativo, de ordem pública, não sendo possível ao construtor dele se eximir, nem reduzir a sua amplitude através de cláusula contratual. Resulta da lei, independentemente de cláusula que o consigne, e não admite modificação pela vontade das partes” (*Programa de Responsabilidade civil*, 10. ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 384). Por outro lado, sob a vigência do Código Civil de 1916, Clovis Bevilacqua

entendia pela possibilidade de afastamento do prazo de garantia: “Os contratantes podem aumentar e diminuir esse prazo, que não é de ordem pública” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, edição histórica, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975, p. 350).

21 Nesse sentido, anota Caio Mário da Silva Pereira: “O Código Civil de 2002 estabeleceu um prazo de decadência para a propositura da ação de indenização contra o empreiteiro de 180 (cento e oitenta) dias a partir do aparecimento do vício ou do defeito. Com isso corrigiu parcialmente o Código de 1916, que estabelecia o prazo de 5 (cinco) anos de garantia, mas que não concedia nenhum prazo adicional para a propositura da ação pelo dono da obra, de forma que se o defeito aparecesse nos últimos dias do prazo não teria este tempo para exercer o seu direito. O art. 618 do Código de 2002 criou, no entanto, outro problema, já que agravou a posição jurídica do dono da obra, que expressamente no sistema anterior tinha o prazo de 5 (cinco) anos para reclamar qualquer defeito, independentemente do momento em que esse defeito surgisse após a entrega da obra. A leitura fria do parágrafo único do art. 618 dá a entender que se um defeito aparecer no segundo ano após a entrega da obra, o seu dono tem o prazo de 180 dias para propor a ação de indenização, sob pena de decair do direito de reclamar desse defeito, apesar de ainda não esgotados os 5 anos de garantia, o que se apresenta como uma involução no sistema de responsabilidade do empreiteiro pela obra por ele realizada. (...) Mesmo para estas, porém, a melhor interpretação é a de que o parágrafo único do art. 618 do Código não tem o condão de afastar a garantia de prazo irreduzível de 5 (cinco) anos prevista no *caput*. O prazo de 180 (cento e oitenta) dias é aplicável apenas após o fim do prazo de 5 (cinco) anos” (*Instituições de Direito Civil*, vol. 3, cit., p. 299).

22 Na jurisprudência: “(...) Controvérsia em torno do prazo para o exercício da pretensão indenizatória contra o construtor por danos relativos à solidez e segurança da obra. 2. Possibilidade de responsabilização do construtor pela fragilidade da obra, com fundamento tanto no art. 1.245 do CCB/16 (art. 618 CCB/02), em que a sua responsabilidade é presumida, ou com fundamento no art. 1.056 do CCB/16 (art. 389 CCB/02), em que se faz necessária a comprovação do ilícito contratual, consistente na má-execução da obra. Enunciado 181 da III Jornada de Direito Civil. 3. Na primeira hipótese, a prescrição era vintenária na vigência do CCB/16 (cf. Sumula 194/STJ), passando o prazo a ser decadencial de 180 dias por força do disposto no parágrafo único do art. 618 do CC/2002. 4. Na segunda hipótese, a prescrição, que era

vintenária na vigência do CCB/16, passou a ser decenal na vigência do CCB/02. Precedente desta Turma. 5. O termo inicial da prescrição é a data do conhecimento das falhas construtivas, sendo que a ação fundada no art. 1.245 do CCB/16 (art. 618 CCB/02) somente é cabível se o vício surgir no prazo de cinco anos da entrega da obra. (...)” (STJ, 3ª T., REsp. 1290383, Rel. Des. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 11.2.2014, publ. DJ 24.2.2014).

23 A Corte Especial do STJ entendeu pela aplicação do prazo decenal às hipóteses de responsabilidade civil contratual: EREsp. 1.281.594, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julg. 15.5.2019, publ. DJ 23.5.2019.

24 “Art. 622. 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”.

25 “Art. 619. 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”.

26 Nesse sentido, cfr.: “‘(...) pressupõe-se que o empreiteiro detenha toda a *expertise* e experiência necessárias para avaliar o custo, o tempo e todas as variáveis envolvidas na realização da obra, conforme o seu projeto, e que o dono da obra ao contrário, não detenha esse conhecimento. A contratação da empreitada se dá, em regra, com ampla assimetria de informação, pois o empreiteiro se vale de sua *expertise* para se proteger de riscos inerentes à sua atividade e só aceita contratar quando sabe, ou razoavelmente pode esperar, que sua remuneração será suficiente para a execução da obra e para precaver-se contra riscos futuros que resultem a majoração de seus custos’ (Nancy Andrichi, Sidnei Beneti e Vera Andrichi. In: *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. IX: das várias espécies de contratos, do empréstimo, da prestação de serviço, da empreitada, do depósito coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro: Forense,

2008, p. 329). (...) Entretanto, o art. 619 do Código Civil excepciona a matéria em questão, autorizando a majoração do preço inicialmente contratado na hipótese de as alterações no projeto resultarem de instruções escritas do dono da obra, por implicarem em estipulação adicional ao contrato” (TJSP, Ap. 0012763-56.2009.8.26.0248, 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Renato Rangel, julg. 4.8.2016, publ. DJ 5.8.2016). Como ressalta Pontes de Miranda: “Na feitura da obra, o empreiteiro pode gastar mais, ou gastar menos, ou aquilo que êle mencionou. Se gastou mais, o risco era seu” (Tratado de Direito Privado, tomo XLIV, cit., p. 414).

- 27 Na lição de J. M. de Carvalho Santos: “Como se vê, uma condição é essencial para que o construtor, ou arquiteto possa exigir acréscimo no preço ajustado: autorização escrita do proprietário. Quer dizer: se houve acréscimo de serviços, se o plano da obra foi alterado, por comum acordo das partes, houve evidentemente alteração do contrato, passando o acréscimo a representar um contrato adicional. Mas, como uma verdadeira exceção, exige-se aí a prova por escrito da modificação do contrato primitivo. Não é admissível outro gênero de prova, nem mesmo a confissão da parte” (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol XVII, cit., pp. 383-384). V. tb. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. XLIV, cit., p. 407.
- 28 Sobre a alocação de riscos pelas partes através das cláusulas de *hardship*, ver, por todos, Paula Greco Bandeira, As cláusulas de *hardship* e o dever da boa-fé objetiva na renegociação dos contratos, *Revista Pensar*, Fortaleza, vol. 21, n. 3, 2016, pp. 1031-1054.
- 29 “Art. 620. 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”.
- 30 “Art. 614. (...) § 1º Tudo o que se pagou presume-se verificado”.
- 31 Consoante se observou: “A medição, por si só, não gera qualquer presunção; a lei concede ao dono o prazo de trinta dias para impugnar a obra, a partir da medição. Não havendo tal denúncia, entende-se que a obra foi aceita. O prazo é decadencial, caducando o direito do dono da obra depois de transcorrido esse prazo. Independentemente de qualquer medição ou verificação” (Gustavo Tepedino et. al, *Código Civil Interpretado conforme a constituição da República*, vol. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, 2. ed, p. 309); V. tb. Nancy Andrigui. In: Sálvio

de Figueiredo Teixeira (coord.), *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. IX, Rio de Janeiro: Forense, p. 304.

- 32 “Art. 614. (...) § 2º O que se mediou 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”.
- 33 Marcília Metzker S. Brêtas e Marta Célia Oliveira, *Aproveitamento de créditos de ICMS sobre insumos na produção de energia elétrica*, disponível em [www.cadireito.com.br](http://www.cadireito.com.br). As mesmas autoras afirmam que “tem sido comum a prática de contratar, de forma global, a edificação de determinada instalação, pronta para ser operada (*turnkey*)” (*Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 12. n. 55, abr-mar. 2004, p. 50). Para Sebastião José Roque, o *turnkey* “parece uma forma mais evoluída do contrato de empreitada mercantil” (*Direito Contratual Civil-Mercantil*, São Paulo: Ícone, 2003, p. 328).
- 34 “Art. 615. Concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la. Poderá, porém, rejeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza”.
- 35 “Art. 313. O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa”.
- 36 Na doutrina nacional: “Pelos princípios gerais do injusto enriquecimento, tem o empreiteiro direito de retenção da obra, enquanto não receber o preço” (Silvio de Salvo Venosa, *Direito Civil*, vol. 3, 13. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 252, livro digital). No mesmo sentido, colhe-se da doutrina estrangeira: “Tudo nos conduz, portanto, à conclusão de que ao empreiteiro, seja qual for modalidade de empreitada, deve ser reconhecido o direito de retenção sobre a obra construída, enquanto o dono da obra não pagar o preço estipulado no contrato, visto que tal crédito provém de despesas feitas por causa dela” (Fernando Jorge da Costa Mota Nunes, *O Direito de Retenção do Empreiteiro na Empreitada de Construção de Imóveis*. Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012, p. 39).
- 37 “Art. 621. Sem anuência de 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. Parágrafo único. A proibição deste artigo não abrange alterações de pouca monta, ressalvada sempre a unidade estética da obra projetada”.

38 “Art. 623. 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”.

39 “Art. 624. Suspensa a execução da empreitada sem justa causa, responde o empreiteiro por perdas e danos”.

40 “Art. 625. 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”.



## *Capítulo VII*

# CONTRATO DE DEPÓSITO

SUMÁRIO: 1. Conceito e efeitos essenciais – 2. Características – 3. Direitos e deveres do depositário – 4. Direitos e deveres do depositante – 5. Depósito necessário – 6. Prisão do depositário infiel – Problema prático.

## 1. CONCEITO E EFEITOS ESSENCIAIS

[Conceito]

O contrato de depósito, disciplinado nos arts. 627 a 652 do Código Civil, consiste no negócio jurídico por meio do qual uma pessoa, chamada depositário, recebe de outrem, o depositante, bem móvel para ser guardado até o momento aprazado, ou até que o depositante o reclame. Por outras palavras, pelo contrato de depósito, o depositante transfere a posse do bem para o depositário, o qual assume os deveres de custódia, guarda e conservação, devendo praticar atos de conservação da coisa. Como o contrato de depósito implica transferência da posse, revela-se possível que o depositante não seja proprietário do bem, mas apenas possuidor.

[Partes]

As partes nesse tipo contratual são, portanto, o depositante e o depositário. Depositante é quem outorga determinado bem móvel, de sua propriedade ou posse, à guarda de outrem; quem o recebe e fica responsável por sua guarda e conservação é o depositário, que precisa ter capacidade civil nos moldes genéricos do art. 104 do Código Civil.

[Vedação ao uso do bem]

Embora figure como possuidor, o depositário tem seus poderes limitados à guarda do bem, sendo-lhe vedado o uso, salvo autorização expressa do depositante (CC, art. 640). A guarda da coisa consiste, em uma palavra, na finalidade primordial do contrato de depósito. Desse modo, caso o depositário faça uso da coisa sem a devida permissão do depositante, o contrato de depósito se desnaturaliza, configurando locação – na hipótese de depósito oneroso – ou comodato – em caso de depósito gratuito.

[Deveres de guarda e custódia]

Os poderes do depositário circunscrevem-se, assim, à guarda, à custódia e à conservação do bem para posterior restituição, sendo certo que a coisa depositada poderá ser requerida a qualquer tempo pelo depositante, ainda que o contrato tenha prazo determinado, pois o contrato é realizado, em regra, no interesse do depositante.

[Espécies]

O Código Civil de 2002 não enunciou regras gerais sobre o contrato de depósito, tendo o legislador optado por regular suas espécies, a saber: o depósito voluntário (CC, arts. 627 a 646) e o depósito necessário (CC, arts. 647 a 652), classificado em legal, miserável e hoteleiro.

## **2. CARACTERÍSTICAS**

O contrato de depósito, segundo a definição do Código Civil, traduz contrato real, que se aperfeiçoa com a efetiva entrega material da coisa pelo depositante ao depositário (CC, art. 627), ou seja, com a tradição (CC, art. 1.267), salvo nos casos em que a coisa já se encontre em poder do depositário, quando ocorrerá a tradição ficta.<sup>1</sup> Essa natureza real, como se verá adiante, justifica-se no depósito gratuito, diferentemente das hipóteses em que, sendo o depósito oneroso, o consenso e a assunção de obrigações contratuais antecedem à transferência do bem a ser depositado. Nestes casos, trata-se de contrato simplesmente consensual. No depósito oneroso, tal como ocorre nos contratos preliminares em geral, as partes poderão pactuar que o negócio principal seja precedido de promessa de depósito.<sup>2</sup> Todavia, em se tratando de depósito gratuito e real, o contrato preliminar criaria obrigação de aceitar o depósito, o que se revela incompatível com a confiança e liberalidade que justificam a sua natureza gratuita.

O art. 627 do Código Civil estabelece, ainda, que o contrato de depósito terá por objeto bens móveis e corpóreos. Eis a linguagem do dispositivo: “Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame”. Tal solução legislativa diverge de outros ordenamentos estrangeiros, a exemplo do direito português, cujo Código Civil admite o depósito de bens imóveis, ao dispor no seu art. 1.185º, que “depósito é o contrato pelo qual uma das partes entrega à outra uma coisa, móvel ou imóvel, para que a guarde, e a restitua quando for exigida”.

Parcela da doutrina entende ser indevida a restrição, estabelecida pelo Código Civil, do contrato de depósito aos bens móveis. Nessa esteira, Caio Mário da Silva Pereira admite que o depósito de imóveis penetrou expressamente no direito brasileiro através do Decreto Lei n.º 58, de 10 de dezembro de 1937, em disposição reproduzida no art. 840, alínea II, do Código de Processo

Civil de 2015,<sup>3</sup> que consubstancia o depósito judicial. Orlando Gomes, na mesma direção, sustenta que, por já ser aceito o sequestro judicial de imóveis, há de se permitir o depósito de bens dessa natureza.<sup>4</sup> A rigor, não destoa da ontologia do contrato de depósito a sua incidência sobre bens imóveis, hoje, como visto, admitida pelo legislador processual civil no depósito judicial, a confirmar, assim, a tendência doutrinária à sua admissibilidade.

Controverte-se, ainda, quanto à materialidade do bem, vale dizer, se o depósito pode ter por objeto bens incorpóreos ou imateriais. A se considerar que o dever de custódia é exercido sobre bens corpóreos, pode-se admitir o depósito de coisas que, apesar de originalmente imateriais, se corporifiquem de algum modo, como é o caso dos títulos de qualquer espécie.<sup>5</sup>

O depósito terá por objeto bens fungíveis. Caso seja confiada ao depositário a guarda de bens fungíveis, isto é, que podem ser substituídos por outros de mesma espécie, qualidade e quantidade, configura-se o depósito irregular, nos termos do art. 645 do Código Civil,<sup>6</sup> a determinar a incidência da disciplina do mútuo. Na hipótese de depósito irregular, os bens poderão ser consumidos pelo depositário, que deverá, ao término do prazo contratual ou mediante solicitação do depositante, restituir coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade. Neste caso, como se vê, desnatura-se a causa do contrato de depósito, tornando-o equivalente ao mútuo.

[Contrato temporário]

O contrato de depósito consiste em negócio temporário, pois é dever do depositário devolver a coisa depositada no momento em que requisitado pelo depositante, ou mediante o término do lapso temporal acordado. Como afirmado anteriormente, mesmo que o contrato seja celebrado por prazo determinado, faculta-se ao depositante requerer a devolução do objeto antes do prazo, caso em que o depositário estará obrigado a entregá-lo, já que a celebração do negócio é feita presumivelmente em benefício do depositante.

[Gratuito ou oneroso]

Por se basear, desde o Direito Romano, na fidúcia ou confiança do depositante no depositário para a guarda da coisa, o contrato de depósito afigura-se tradicionalmente gratuito, presumindo, assim, o legislador a gratuidade do negócio (CC, art. 628, *caput*).<sup>7</sup> Todavia, nos dias atuais, em boa parte dos casos, o depósito é celebrado em caráter oneroso, estabelecendo a lei que a onerosidade poderá resultar do contrato, da atividade negocial ou do fato de o depositário celebrar o negócio no exercício de sua profissão.<sup>8</sup> Caso o contrato, embora oneroso, seja omissivo quanto à remuneração, e esta não constar da lei, será determinada segundo os usos locais e, na falta destes, por arbitramento (CC, art. 628, parágrafo único).<sup>9</sup>

[Gratuito, unilateral e real]

Quando gratuito, o contrato de depósito será necessariamente unilateral, vez que inexistirá sinalagma ou corresponsabilidade entre as obrigações assumidas pelo depositante e pelo depositário. Nesta hipótese, cuidando-se de contrato real, uma vez transferida a coisa, os deveres jurídicos principais serão a guarda, a custódia e a conservação da coisa, todos atribuídos ao depositário. Tais deveres, assumidos pelo depositário, não terão como causa o pagamento de remuneração pelo depositante, a prescindir de prestação corresponsável.

[Oneroso e consensual]

Em contrapartida, cuidando-se de depósito oneroso, não se justifica a sua natureza real, nada impedindo que a sua celebração seja concluída com a obtenção do consenso. Na mesma esteira, os deveres contraídos pelo depositário encontrarão sua causa jurídica no pagamento da remuneração pelo depositante, de modo a caracterizar a bilateralidade do contrato. Vê-se, pois, que a natureza real do contrato de depósito se associa tradicionalmente à sua gratuidade, destinando-se a assinalar, com a transferência do bem, a obrigatoriedade jurídica do compromisso assumido, cujo consenso, por si só, dado o ambiente de liberalidade que circunscreve as

contratações gratuitas, se mostra insuficiente a transmitir a segurança jurídica necessária à coercitividade dos negócios.<sup>10</sup> Quando, ao contrário, o depósito é oneroso, assim como ocorre no contrato de mútuo, o consenso parece suficiente ao seu aperfeiçoamento, como é próprio dos contratos sinalagmáticos.

[Caráter *intuitu personae*]

Em qualquer caso, por se tratar, como visto, de negócio fiduciário, o contrato de depósito tem caráter *intuitu personae*, ou seja, é celebrado em função da pessoa do depositário, a partir de relação de confiança estabelecida com o depositante. A fidúcia, que permeia esse tipo contratual, justificou por longos anos a prisão do depositário infiel, isto é, daquele que não restitui a coisa reclamada pelo depositante, rompendo, assim, a confiança nele depositada, consoante a previsão do artigo 652<sup>11</sup> do Código Civil, atualmente reputado inconstitucional.<sup>12</sup>

[Consensual]

O contrato de depósito não requer formalidade específica para o seu aperfeiçoamento. Assim, o art. 646 do Código Civil, ao determinar que o depósito voluntário exige prova escrita, quer significar que a forma se revela importante à prova do ato (*ad probationem*) e não à sua validade (*ad substantiam*).

[Prazo determinado ou indeterminado]

O contrato de depósito poderá ser celebrado por prazo determinado ou indeterminado. Neste último caso, presume-se o prazo necessário à consecução da finalidade do contrato no interesse do depositante.

### 3. DIREITOS E DEVERES DO DEPOSITÁRIO

[Deveres de custódia, guarda e conservação ]



Os principais deveres assumidos pelo depositário consistem nos deveres de custódia, guarda e conservação da coisa. Deles decorrem que o depositário se obriga a conservar a coisa do depositante com o cuidado e diligência que empregaria se o bem dele fosse (CC, art. 629). Ao lado desses deveres, figura como obrigação fundamental do depositário o dever de restituição do bem tão logo solicitado pelo depositante, com os frutos (percebidos e pendentes) e acrescidos.

#### [Dever de restituição]

O dever de restituição do bem assume tamanha relevância que se impõe ao depositário a devolução da coisa a qualquer tempo, mesmo que o prazo contratual ainda esteja em curso, pois, como visto, o prazo existe presumidamente em favor do depositante. Libera-se, assim, o depositante de observar o prazo determinado no contrato. O depositário, por sua vez, deverá cumprir rigorosamente o prazo contratual tal como pactuado. Todavia, caso o prazo tenha sido estabelecido expressamente em favor do depositário, haverá de ser respeitado pelo depositante. É o caso do depósito vinculado, a que se subordina outro negócio jurídico.<sup>13</sup>

#### [Depositário infiel]

Por outro lado, o depositário que não restituir a coisa depositada quando exigida pelo depositante se sujeitará, nos termos do art. 652 do Código Civil, a perdas e danos e à prisão. Como mencionado, cuida-se da hipótese de prisão civil do depositário infiel, hoje finalmente superada pela jurisprudência, como se verá. Assim sendo, o depositário não pode se negar a restituir o bem, alegando, por exemplo, que a coisa não pertence ao depositante ou invocando compensação de dívidas, salvo se a dívida se originar de outro contrato de depósito (CC, art. 638<sup>14</sup>).<sup>15</sup>

#### [Direito de recusa à restituição]

Excepcionalmente, a lei autoriza que o depositário se negue a restituir o bem, caso se configurem as hipóteses previstas nos arts. 632,<sup>16</sup> 633<sup>17</sup> e 634<sup>18</sup> do Código Civil. Na primeira hipótese, tendo o bem sido depositado no interesse de terceiro, o depositário poderá se negar a restituir o bem ao depositante caso o terceiro com isso não consinta.<sup>19</sup>

O depositário poderá, ainda, se recusar a restituir o bem na hipótese de (i) embargo judicial, quando se torna depositário judicial; (ii) pendência de execução que recaia sobre o objeto do depósito (ex. penhora), notificada ao depositário; (iii) haver motivo razoável para se suspeitar que a coisa foi dolosamente obtida. Neste último caso, o depositário deverá recolher o bem ao Depósito Público, expondo os motivos de sua suspeita. Note-se que, caso o depositário saiba que o bem é produto de crime ou está submetido à medida judicial restritiva e, ainda assim, restitua o bem ao depositante, poderá ser civil e criminalmente responsabilizado.

[Devolução da coisa]

Outra obrigação do depositário consiste em devolver a coisa no mesmo estado em que foi entregue (CC, art. 630). Se a coisa foi entregue fechada e lacrada, assim deve ser mantida. Nesses casos, há obrigação acessória de sigilo sobre o bem. Se o lacre for rompido, cabem perdas e danos, por configurar inadimplemento do dever de guarda.

Cabe ao depositário devolver a coisa no local de sua guarda, ainda que a coisa tenha sido recebida em outro lugar, salvo disposição em contrário pelos contratantes. As despesas de restituição correrão por conta do depositante (CC, art. 631).

A coisa deverá ser devolvida pelo depositário ao depositante ou ao seu mandatário. Se o depósito tiver sido instituído em favor de terceiro, a devolução da coisa ao depositante dependerá, como visto, da anuência do terceiro (CC, art. 632).

[Perda da coisa por fortuito ou fato de terceiro]

Se a coisa se perder por fortuito ou força maior, caso o depositário tenha recebido outra em seu lugar (v.g. indenização em razão de contrato de seguro), deverá transferi-la ao depositante. Caso a perda da coisa resulte de fato de terceiro, o depositário deverá ceder ao depositante as ações que caibam contra o terceiro, como é o caso da ação indenizatória (CC, art. 636).<sup>20</sup> O depositário deverá imediatamente informar o depositante quanto à perda da coisa e tomar as medidas cabíveis, sob pena de ser responsabilizado.

[Pluralidade de depositantes]

Se houver uma pluralidade de depositantes, e a coisa for divisível, o depositário restituirá a cada um deles a sua parte, desde que conheça a cota de cada qual, exceto se houver solidariedade entre os depositantes (CC, art. 639). Na hipótese de solidariedade ativa, o depositário poderá entregar a coisa a qualquer um dos credores (CC, art. 268),<sup>21</sup> se liberando de sua obrigação. De outra parte, se a coisa for indivisível, o depositário poderá entregá-la a todos os depositantes conjuntamente ou a um deles com caução dos demais (CC, art. 260).<sup>22</sup>

[Vedação ao uso e à transferência a terceiro]

Como aludido anteriormente, o depositário não poderá se utilizar da coisa depositada sem autorização do depositante, de sorte que o seu uso desnatura o contrato de depósito, transformando-o em comodato, se o depósito for gratuito, ou locação, no caso de contrato oneroso. Tampouco poderá o depositário dar a coisa em depósito a terceiro (CC, art. 640). Em ambos os casos, a violação desses deveres de abstenção importará o pagamento dos prejuízos causados ao depositante. Se houver o consentimento do depositante na entrega da coisa em depósito a terceiro, o depositário continuará responsável pelos danos que ocorram, configurando-se hipótese de culpa *in eligendo*.<sup>23</sup> Na dicção do parágrafo único do art. 640, “se o depositário, devidamente autorizado, confiar a coisa em depósito a

terceiro, será responsável se agiu com culpa na escolha deste”. A doutrina tende a considerar, neste caso, que o inadimplemento culposo decorre da simples entrega da coisa à pessoa que não merecia confiança, aludindo alguns autores, em função disso, à responsabilidade objetiva. A rigor, há que se distinguir dois cenários distintos, dependendo da respectiva previsão contratual. Se há consentimento do depositante, responderá o depositário somente pela má escolha do terceiro, cabendo a demonstração da culpa. Em contrapartida, sem autorização contratual, o depositário responderá (pelo descumprimento contratual e, conseqüentemente), de modo objetivo, pelos atos danosos do terceiro a quem tenha cometido o depósito (CC, art. 932, III),<sup>24</sup> nos termos do art. 933 do Código Civil.<sup>25</sup> Trata-se de expressão específica da *perpetuatio obligationis* imputada ao contratante em mora.

#### [Transmissão das obrigações aos herdeiros]

Tais obrigações do depositário se transferem aos seus herdeiros. Caso os herdeiros, de boa-fé, vendam a coisa depositada, deverão auxiliar o depositante na ação de reivindicação do bem na posse do terceiro, na qualidade de assistente, e restituir ao comprador o preço pago (CC, art. 637).<sup>26</sup> Cuida-se de hipótese de boa-fé subjetiva, em que os vendedores desconhecem que a coisa pertence a terceiro. Embora o art. 637 do Código Civil refira-se à venda pelos herdeiros, tal dispositivo deve ser interpretado ampliativamente no sentido de se aplicar a qualquer espécie de alienação onerosa, como a dação em pagamento ou a permuta. Alguns autores sustentam que o dispositivo incidiria até mesmo para a hipótese de doação do bem depositado pelos herdeiros.<sup>27</sup>

Caso a restituição do bem se torne impossível, os herdeiros pagarão o equivalente pecuniário ao depositante. Se o valor obtido com a venda for superior ao valor de mercado do bem, todo o valor auferido com a alienação deverá ser restituído ao depositante. Na hipótese de má-fé dos herdeiros, isto é, caso tenham ciência de que a coisa depositada pertence a terceiro, responderão pelas perdas e danos causados tanto ao depositante, proprietário da coisa

depositada, quanto ao terceiro adquirente de boa-fé, que perderá o bem por evicção. Poderão ainda responder, na esfera criminal, por apropriação indébita (CP, art. 168, § 1º, inciso I).<sup>28</sup>

#### [Incapacidade superveniente do depositário]

O Código Civil, em seu art. 641,<sup>29</sup> prevê a hipótese de incapacidade superveniente do depositário, ocasião em que seu representante deverá restituir a coisa. Se o depositante não puder ou não quiser recebê-la, o representante poderá deixar a coisa em depósito público ou, se o contrato o permitir, eleger outro depositário. Caso o representante eleja outro depositário e ocorra dano à coisa depositada, responderá por culpa *in eligendo*, aplicando-se analogicamente o art. 640, parágrafo único,<sup>30</sup> do Código Civil.<sup>31</sup>

#### [Força maior]

O depositário não será responsabilizado por força maior (CC, art. 642).<sup>32</sup> Todavia, para que possa se valer da força maior como excludente de responsabilidade, haverá de prová-la. Pelo princípio da *perpetuatio obligationis*, o depositário responderá pelo fortuito se estiver em mora ou o tiver assumido expressamente (CC, art. 393).<sup>33</sup>

#### [Direito à remuneração e direito de retenção]

No que tange aos direitos do depositário, destaca-se o seu direito à remuneração, caso o depósito seja oneroso. Tem, ainda, o depositário direito de retenção sobre o bem depositado até que seja ressarcido pelas despesas de manutenção da coisa, bem como pelos prejuízos eventualmente sofridos, e seja efetuado o pagamento da retribuição (CC, art. 644).<sup>34</sup> Se tais valores não forem suficientemente demonstrados ou forem ilíquidos, o depositário não terá direito de retenção, mas poderá exigir caução que garanta o seu pagamento ou, na falta da caução, remover a coisa para o depósito público até que se liquidem os valores a que tem direito.

[Devolução da coisa a critério do depositário]

Embora o prazo do contrato seja normalmente em favor do depositante, se houver motivo plausível, diverso do fortuito, que torne a execução do contrato onerosa para o depositário, este poderá devolver a coisa ao depositante. Caso o depositante não queira recebê-la, o depositário poderá requerer o depósito judicial da coisa (CC, art. 635).<sup>35</sup> Para alguns autores, esse direito só existe no depósito gratuito, vez que não se poderia exigir que o favor prestado pelo depositário lhe acarretasse prejuízo.<sup>36</sup> De outra parte, sustenta-se que a norma se aplica a depósito oneroso, desde que se trate de contrato por prazo indeterminado, em que inexistente data fixada para a restituição do bem.<sup>37</sup> Trata-se de norma destinada a garantir o equilíbrio contratual, permitindo ao depositário a resolução do contrato quando houver motivo que torne onerosa a sua execução. Nesta perspectiva, deve incidir em depósito oneroso ou gratuito, cabendo ao depositário demonstrar o motivo plausível que gera a dificuldade de cumprimento, o qual não se confunde com o fortuito ou a onerosidade excessiva.

#### **4. DIREITOS E DEVERES DO DEPOSITANTE**

[Pagamento de despesas e prejuízos com a coisa]

O depositante terá obrigação de pagar as despesas e prejuízos ao depositário, nos termos do art. 643 do Código Civil,<sup>38</sup> ainda que se trate de depósito gratuito. Por outras palavras, o depositante se obriga ao pagamento das despesas com a coisa incorridas pelo depositário, tais como despesas de conservação e aquelas necessárias para evitar a sua deterioração, bem como todos os prejuízos que decorrerem do depósito.

[Despesas necessárias, úteis e voluptuárias]

Seguindo a regra geral da indenização por benfeitorias, o depositário será sempre indenizado pelas despesas necessárias,

destinadas a evitar a deterioração do bem, e, por estipulação contratual, as partes podem ainda convencionar o reembolso das despesas úteis e voluptuárias com as quais o depositante tenha concordado. No caso de depósito oneroso, caberá ao depositante, ainda, arcar com a contraprestação acordada.

O depositante se obriga a pagar as despesas de restituição do bem, incluindo as despesas de transporte (CC, art. 631).

## 5. DEPÓSITO NECESSÁRIO

[Características do depósito necessário]

Ao lado do depósito voluntário, estabelecido pelas partes no exercício de sua autonomia privada, admite-se o depósito necessário, cujas hipóteses se encontram indicadas no Código Civil. O depósito necessário, ao contrário do depósito voluntário, presume-se oneroso e pode ser provado por qualquer meio (CC, arts. 651 e 648, párr. ún.). Além disso, decorre de situação de necessidade de caráter urgente e não da manifestação de vontade espontânea das partes.

[Depósito legal e miserável]

O depósito necessário divide-se em *depósito legal* ou depósito *miserável* (CC, art. 647). O depósito necessário por disposição legal será regido pelas normas da lei respectiva. Exemplo de depósito legal recai sobre o inventor de coisa alheia perdida, nos termos do parágrafo único do art. 1.233 do Código Civil.<sup>39</sup> Na falta de dispositivo expresso regulando algum aspecto da situação jurídica que deu causa ao depósito legal, as normas do depósito voluntário serão aplicadas subsidiariamente (CC, art. 648).

[Depósito hoteleiro]

Equiparado ao depósito legal situa-se aquele realizado pelos hospedeiros em relação às bagagens que abrigam,

convencionalmente chamado de depósito hoteleiro (CC, art. 649). É aplicável aos casos de contrato de hospedagem,<sup>40</sup> bastando que as bagagens sejam introduzidas no recinto, sem a necessidade de tradição real.

O legislador alocou os riscos da perda da bagagem aos hospedeiros, de modo que esta álea integra o sinalagma do contrato de hospedagem, que é oneroso, sendo certo que a remuneração pelo depósito está incluída no preço da hospedagem (CC, art. 651). Nesse sentido, o hospedeiro é responsável inclusive pelos atos de terceiros que tenham sido admitidos por qualquer meio na propriedade, sejam ou não estes seus empregados. O contrato de hospedagem ordinariamente configurará relação de consumo, a tornar impossível o afastamento dessa responsabilidade do hospedeiro por furtos e roubos em seu estabelecimento, reputando-se abusiva a cláusula que assim o preveja (CDC, art. 51).

A responsabilidade do hospedeiro apenas será afastada caso se verifique culpa exclusiva da vítima (v.g. o próprio hóspede introduz o terceiro que provoca o dano no estabelecimento), na hipótese de caso fortuito ou força maior ou se provado que os atos prejudiciais aos hóspedes não poderiam ter sido evitados (CC, art. 650).

[Penhor legal]

Em qualquer caso, o hoteleiro tem penhor legal sobre as bagagens nos termos do art. 1.467, I, do Código Civil,<sup>41</sup> podendo exercer retenção dos objetos do hóspede inadimplente até o pagamento das despesas da hospedagem.

[Depósito miserável]

A outra espécie de depósito necessário é o denominado *miserável*, que decorre de casos de calamidade pública, e tem por escopo proteger o bem do perigo. O Código Civil cita, no art. 647, II, os incêndios, as inundações, naufrágio ou saques, em listagem meramente exemplificativa. Para sua configuração, basta que, por acontecimento imprevisto, o depósito seja imperioso, sem a



possibilidade de convenção entre as partes para escolha do depositário.

## **6. PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL**

Como visto, a obrigação imediata de restituição da coisa depositada traduz obrigação essencial do depositário, seja no depósito voluntário, seja no depósito necessário. Nessa direção, o depositário que não devolver a coisa será considerado infiel e se sujeitará, nos termos do art. 652 do Código Civil, à prisão civil de até 1 (hum) ano e ao ressarcimento de prejuízos.

[Prisão civil]

Trata-se de pena civil<sup>42</sup> imposta contra o depositário dito infiel, isto é, aquele que não restitui o bem do depositante quando requisitado, restrita, segundo parte da jurisprudência, apenas aos depósitos regulares.<sup>43</sup> A prisão constitui meio coercitivo para obter a restituição do bem, findando quando o bem é finalmente devolvido pelo depositário. Por força desse dispositivo, a prisão seria decretada em processo judicial, após o contraditório com a oitiva do depositário, e uma vez atestados a ausência de justa recusa para a retenção do bem e o descumprimento do mandado para a sua entrega.<sup>44</sup>

[Previsão constitucional]

Ao lado desse dispositivo, o art. 5º, LXVII, da Constituição de 1988, também autorizava a referida pena ao afirmar textualmente a possibilidade da prisão civil do depositário infiel.<sup>45</sup>

[Pacto de São José da Costa Rica]

Esse posicionamento permissivo foi maculado, inicialmente, pela ratificação do Pacto de São José da Costa Rica pelo Brasil em 1992, cujo art. 7º, n.º 7, determina que “ninguém deve ser detido por

dívidas”. Em que pese a incorporação desse Tratado ao ordenamento pátrio, o STF continuou a permitir a prisão do depositário infiel até 2008, sob o argumento de que a Convenção Internacional era norma infraconstitucional, a se submeter aos mandamentos da Constituição, neles incluído o art. 5º, LXVII, que permitia expressamente a prisão do depositário infiel que não restitui o bem consignado.

Mais tarde, a Corte mudou seu posicionamento no histórico julgamento do HC n.º 87585/2008,<sup>46</sup> de relatoria do Ministro Marco Aurélio, de cuja ementa se lê que “a subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel”.

[*Status* supralegal]

Nessa esteira, confirmou-se o *status* supralegal dos Tratados sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. Por força da Emenda Constitucional n.º 45/2004, acrescentou-se o § 3º ao art. 5º da Constituição da República, determinando que as convenções internacionais sobre direitos humanos aprovadas pelo Congresso Nacional com o *quórum* especial de 3/5 teriam *status* constitucional. Trata-se de tendência destinada a conferir maior efetividade às normas internacionais, refletida no julgamento do STF, que optou por considerar que, mesmo os tratados de Direitos Humanos aprovados sem o *quórum* especial ou antes da edição da Emenda que modificou o art. 5º – como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica – tenham relativa prevalência em relação ao direito interno.

[Súmula Vinculante]

Por força da nova interpretação, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 25,<sup>47</sup> de 23 de dezembro de 2009, que, ao lado da Súmula 419 do STJ,<sup>48</sup> proíbe qualquer modalidade de prisão ao depositário infiel.

## **PROBLEMA PRÁTICO**

Durante o período de conserto ou reparo do veículo em oficina credenciada pela seguradora, poderá esta ser considerada depositária do veículo segurado e, nesta qualidade, por força dos deveres de guarda e conservação, ser responsabilizada por furtos ou avarias do veículo?

- **Vide Casoteca**

- 
- 1 A favor da natureza real do depósito, v. Kiyoshi Harada, Contrato de Depósito, *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 3, jan./jun., 1999, pp. 71-77.
  - 2 Admitindo a possibilidade de contrato de promessa de depósito, Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2017, 20<sup>a</sup>. ed., rev. e atual. por Caitlin Mulholland, p. 251. Sobre contratos preliminares, ver, por todos, Luiza Lourenço Bianchini, *Contrato Preliminar: conteúdo mínimo e execução*, Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, *passim*.
  - 3 “Art. 840. Serão preferencialmente depositados: (...) II – os móveis, os semoventes, os imóveis urbanos e os direitos aquisitivos sobre imóveis urbanos, em poder do depositário judicial”.
  - 4 Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, 26<sup>a</sup> ed., rev. e atual. por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino, p. 415. Igualmente entendem ser possível o depósito de bens imóveis Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil Brasileiro*, vol. III, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 386 e Silvio de Salvo Venosa, *Direito Civil*, vol. III, São Paulo: Atlas, 2003, p. 248.
  - 5 Gustavo Tepedino et al, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 2012, 2<sup>a</sup> ed., p. 384.
  - 6 “Art. 645. 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”
  - 7 “Art. 628. O contrato de depósito é gratuito, exceto se houver convenção em contrário, se resultante de atividade comercial ou se o depositário o praticar por profissão”.
  - 8 No entendimento de Orlando Gomes, a presunção estabelecida no Código Civil está obsoleta, pois, na generalidade dos casos, o contrato de depósito é celebrado onerosamente (*Contratos*, cit., p. 414).
  - 9 “Art. 628. (...) Parágrafo único. Se o depósito for oneroso e a retribuição do depositário não constar de lei, nem resultar de ajuste, será determinada pelos usos do lugar, e, na falta destes, por arbitramento”.

- 10 Sobre a natureza jurídica do contrato de depósito na contemporaneidade, confira-se Gustavo Tepedino et al, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, cit., p. 385.
- 11 “Art. 652. 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 ressarcir os prejuízos”.
- 12 Confira-se, nessa direção, importante precedente do Supremo Tribunal Federal: “A matéria em julgamento neste habeas corpus envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional. 2. Há o caráter especial do PIDCP (art. 11) e da CADH — Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da CF/1988, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. 3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, § 2º, da Carta Magna expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. 4. Habeas corpus concedido” (STF, 2ª T., HC 95.967, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 11.11.2008).
- 13 Como assinala a doutrina: “O depositário deve efetuar a restituição a qualquer momento em que lhe seja reclamada *ad nutum* do depositante – mesmo que o contrato fixe prazo, pois que este é convencionado a benefício do depositante. Se ocorrer a estipulação do prazo em favor do depositário, especialmente na hipótese de aceder o depósito a outro negócio jurídico (depósito vinculado), deverá ser respeitado o termo. Fora daí prevalece a regra da restituição *ad nutum* do depositante,

ainda que o depositário seja autorizado a servir-se da coisa” (Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., p. 345)

- 14 “Art. 638. Salvo os casos previstos nos arts. 633 e 634, não poderá o depositário furtar-se à restituição do depósito, alegando não pertencer a coisa ao depositante, ou opondo compensação, exceto se noutro depósito se fundar”.
- 15 Na doutrina, “(...) O art. 373, II, do CC limita a possibilidade de compensação de dívidas em função da diferença na causa delas quando se trata de comodato, depósito ou alimentos. Assim, permite-se a retenção caso a compensação seja de outro depósito envolvendo as mesmas partes. Dessa forma, não poderia o artigo em comento ser diferente sob pena de se configurar a antinomia da norma” (Fabrício D. Rodrigues, *Código Civil interpretado*, org. Costa Machado, coord., Silmara Juny Chinelato, Barueri: Manole, 2017, 10. ed., p. 498).
- 16 “Art. 632. 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”.
- 17 “Art. 633. Ainda que o contrato fixe prazo à restituição, o depositário entregará o depósito logo que se lhe exija, salvo se tiver o direito de retenção a que se refere o art. 644, se o objeto for judicialmente embargado, se sobre ele pender execução, notificada ao depositário, ou se houver motivo razoável de suspeitar que a coisa foi dolosamente obtida”.
- 18 Citar em nota de rodapé:

“Art. 634. No caso do artigo antecedente, última parte, o depositário, expondo o fundamento da suspeita, requererá que se recolha o objeto ao Depósito Público”
- 19 Confira-se na jurisprudência: TJES, 1ª CC., Ap. Civ. 0014827-33.2009.8.08.0024, Rel. Des. Fabio de Oliveira, julg.21.10.2014.
- 20 “Art. 636. O depositário, que por força maior houver perdido a coisa depositada e recebido outra em seu lugar, é obrigado a entregar a segunda ao depositante, e ceder-lhe as ações que no caso tiver contra o terceiro responsável pela restituição da primeira”.
- 21 “Art. 268. Enquanto alguns dos credores solidários não demandarem o devedor comum, a qualquer daqueles poderá este pagar”.

- 22 “Art. 260. Se a pluralidade for dos credores, poderá cada um destes exigir a dívida inteira; mas o devedor ou devedores se desobrigarão, pagando:
- I - a todos conjuntamente;
  - II - a um, dando este caução de ratificação dos outros credores”.
- 23 Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., p. 254.
- 24 “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: (...) III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”.
- 25 “Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”
- 26 “Art. 637. 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”.
- 27 Nesse sentido, Fabrício Rodrigues. In: Costa Machado (org.), *Código Civil interpretado*, Barueri: Manole, 2010, 3. ed., p. 474.
- 28 Na síntese de Pontes de Miranda: “Herdeiro do depositário. (...) A alienação de má-fé é ato ilícito, furto ou apropriação indébita” (*Tratado de Direito Privado*, t. XLII, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 502).
- 29 “Art. 641. Se o depositário se tornar incapaz, a pessoa que lhe assumir a administração dos bens diligenciará imediatamente restituir a coisa depositada e, não querendo ou não podendo o depositante recebê-la, recolhê-la-á ao Depósito Público ou promoverá nomeação de outro depositário”.
- 30 “Art. 640. (...) Parágrafo único. Se o depositário, devidamente autorizado, confiar a coisa em depósito a terceiro, será responsável se agiu com culpa na escolha deste”.
- 31 Como observa a doutrina: “A lei confere a possibilidade de o representante do depositário incapaz entregar a coisa a um terceiro e nomeá-lo depositário da coisa. A regra é estranha por se tratar o depósito de contrato personalíssimo baseado na confiança. Mas, como o art. 640 do Código Civil de 2002 prevê a possibilidade de autorização do depositante para que o depositário entregue o bem a terceiro,

devemos aplicar analogicamente o parágrafo único daquele dispositivo, que prevê a responsabilidade do depositário (no caso do administrador), se agiu com culpa na escolha do novo depositário. Caberá ao administrador escolher um depositário semelhante àquele que se tornou incapaz, do mesmo padrão e qualidade. Em agindo culposamente (e a prova dessa culpa *in eligendo* será do depositante), deverá arcar com os prejuízos que sofrer o depositante.” (Teresa Ancona Lopez. In: Antônio Junqueira de Azevedo (coord.), *Comentários ao Código Civil*, vol. 7, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 398).

32 “Art. 642. O depositário não responde pelos casos de força maior; mas, para que lhe valha a escusa, terá de prová-los”.

33 “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

34 “Art. 644. O depositário poderá reter o depósito até que se lhe pague a retribuição devida, o líquido valor das despesas, ou dos prejuízos a que se refere o artigo anterior, provando imediatamente esses prejuízos ou essas despesas.

Parágrafo único. Se essas dívidas, despesas ou prejuízos não forem provados suficientemente, ou forem ilíquidos, o depositário poderá exigir caução idônea do depositante ou, na falta desta, a remoção da coisa para o Depósito Público, até que se liquidem”

35 “Art. 635. 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”.

36 Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2006, 30ª ed., p. 275.

37 Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, vol. 5, São Paulo: Saraiva, 2007, 35ª ed., p. 253; Clóvis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, edição histórica, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975, p. 381.

38 “Art. 643. O depositante é obrigado a pagar ao depositário as despesas feitas com a coisa, e os prejuízos que do depósito provierem”.



- 39 “Art. 1.233. Quem quer que ache coisa alheia perdida há de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor.

Parágrafo único. Não o conhecendo, o descobridor fará por encontrá-lo, e, se não o encontrar, entregará a coisa achada à autoridade competente”.

- 40 Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “o dispositivo se aplica ao contrato de hospedagem, estendendo-se aos internatos, colégios hospitalares e outros locais que forneçam leito e não apenas comida e bebida” (*Direito Civil Brasileiro*, vol. III, cit., p. 400).

- 41 “Art. 1.467. São credores pignoratícios, independentemente de convenção: I – os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, joias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito; (...).”

- 42 Em sentido contrário, Orlando Gomes entende que não se trata de genuína pena: Tal medida não é considerada, porém, genuína pena, mas, antes, enérgico e pronto meio para compelir o depositário a restituir o que tomou para guardar, a impedir que cometa apropriação indébita (*Contratos*, cit., p. 421).

- 43 Considera-se depósito regular: “o de coisa não consumível, devidamente individuada, infungível, portanto. É irregular o depósito de coisa que possa ser substituída por outra do mesmo gênero, qualidade e quantidade – depósito de coisa fungível” (Netônio Machado, *Depositário por equiparação – inadmissibilidade – prisão do depositário infiel. Revista dos Tribunais*, vol. 744, São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro, 1997, pp. 85-93). O STJ, em clássico precedente sobre a prisão civil do depositário infiel, reconheceu sua admissibilidade apenas em relação a depósitos regulares: STJ, 4ª T., REsp. 2320, Rel. Min. Athos Carneiro, julg. 25.6.1991, publ. DJ 2.9.1991.

- 44 Caio Mário, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., p. 346.

- 45 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo

inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”;

- 46 STF, Tribunal Pleno, HC 87585, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 3.12.2008, publ. DJ 26.6.2009.
- 47 STF, Súmula Vinculante n.º 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.
- 48 STJ, Súmula 419: “Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel”.



SUMÁRIO: MANDATO – 1. Conceito – 2. Características – 3. Representação – 3.1. Teoria da aparência – 3.2. A figura do autocontrato ou contrato consigo mesmo – 3.2.1. Mandato em causa própria – 4. Efeitos do mandato – 5. Direitos e deveres do mandatário – 6. Direitos e deveres do mandante – 7. Extinção do mandato – 8. Mandato judicial – COMISSÃO – 9. Conceito. Efeitos essenciais – 10. Características – 11. Direitos e deveres do comissário – 12. Direitos e deveres do comitente – Problema prático.

## MANDATO

### 1. CONCEITO

[Representação: traço essencial]

O contrato de mandato consiste em negócio jurídico pelo qual o mandatário recebe do mandante poderes para, em seu nome e no seu interesse, praticar atos ou administrar interesses. O mandato tem como traço essencial – que define, portanto, a sua causa –, a representação, tendo em conta que o mandatário age **em nome** do mandante, de tal forma que este se torna vinculado aos terceiros com quem aquele contrata, como se o próprio mandante atuasse

diretamente. Eis aí a peculiaridade da atividade do mandatário: atua não só por conta e no interesse do mandante, mas, ao agir em nome deste, compromete-o diretamente para com aqueles com quem contrata, de modo que o mandante, e não o mandatário, torna-se parte nos negócios celebrados com terceiros. Trata-se, aliás, da principal nota distintiva entre os contratos de mandato e de comissão, na medida em que o comissário, embora atuando por conta do comitente, contrata em nome próprio, responsabilizando-se diretamente em relação aos terceiros com quem contrata (CC, art. 694). O comitente, assim, não é parte na relação jurídica estabelecida entre comissário e terceiros.

O contrato de mandato pauta-se na confiança entre as partes, de modo que o mandatário age no sentido de zelar pelos interesses do mandante, em relação de cooperação.

## 2. CARACTERÍSTICAS

[Gratuito ou oneroso]

[Intuitu personae]

Considera-se o mandato consensual, já que o seu aperfeiçoamento depende do simples acordo de vontades. O contrato de mandato pode ser gratuito ou oneroso, recebendo o mandatário, neste último caso, remuneração pela sua prestação. Nos termos do art. 658 do Código Civil, presume-se gratuito o mandato se não houver sido estipulada retribuição, a menos que o seu objeto corresponda à atividade desempenhada como ofício ou profissão lucrativa pelo mandatário. Em decorrência da relação fiduciária entre mandante e mandatário, afirma-se que o contrato de mandato possui natureza *intuitu personae*, já que a escolha do mandatário resulta do convencimento subjetivo do mandante quanto à sua capacidade para o bom desempenho da missão que lhe será confiada.

[Contrato unilateral: ausência de sinalagma]

A despeito da controvérsia doutrinária existente quanto aos seus efeitos, entende-se que o contrato de mandato se afigura unilateral, de modo que não há sinalagma ou correspectividade entre as prestações do mandante e do mandatário. De fato, a ênfase à confiança mostra-se tão intensa que a atuação do mandatário não se vincula à contraprestação, ainda que remuneração seja devida por parte do mandante. À guisa de exemplo, no mandato oneroso, não é consentido ao mandatário, que não recebeu os honorários, alegar exceção de contrato não cumprido e deixar de executar o objeto do mandato. Daí a unilateralidade da relação contratual, mesmo quando onerosa. Em outras palavras, o dever de lealdade, decorrente do fato de o mandatário agir no interesse do mandante, apresenta-se preponderante sobre o direito do mandatário de receber sua remuneração.

[Caráter]

[preparatório]

O contrato de mandato mostra-se preparatório, de caráter eminentemente instrumental, na medida em que seu objeto constitui precisamente na autorização para a realização de determinado ato ou negócio jurídico. A compreensão do mandato como negócio preparatório justifica-se no âmbito interpretativo, vinculando o intérprete finalisticamente aos objetivos a serem alcançados na relação contratual, a partir da identificação do escopo econômico comum perseguido pelas partes.

[Revogabilidade]

Em razão de sua natureza, marcada pela confiança entre as partes, o contrato de mandato revela-se revogável, a qualquer tempo, pela simples manifestação de vontade do mandante, uma vez esmorecida a fidúcia depositada no mandatário, devendo-se observar, contudo, as hipóteses de irrevogabilidade previstas expressamente nos arts. 684<sup>1</sup> e 685<sup>2</sup> do Código Civil. Caso o mandato contenha cláusula de irrevogabilidade, a sua violação pelo

mandante implica tão somente perdas e danos em favor do mandatário prejudicado (CC, art. 683<sup>3</sup>).

Quanto ao seu objeto, o contrato de mandato poderá abranger qualquer negócio ou ato jurídico, exceto aqueles que se afigurem personalíssimos, a exemplo do testamento, do exercício da autoridade parental e do depoimento pessoal. Cite-se que até mesmo o casamento pode ser realizado via procuração (art. 1.542 do CC).

[Procuração: instrumento do mandato]

O mandato poderá ser expresso ou tácito, verbal ou escrito (CC, art. 656). A procuração, como ato unilateral e abstrato de outorga de poderes, consiste no instrumento do mandato e deverá incluir a designação e extensão dos poderes conferidos ao representante, a fim de que se possa aferir se este agiu no âmbito de seus poderes (CC, art. 654, § 1º<sup>4</sup>). A procuração deverá revestir a mesma forma exigida por lei para o ato a ser praticado (CC, art. 657<sup>5</sup>), em consonância com o princípio da atração das formas. Por tal razão, também o substabelecimento deverá revestir a forma pública nas hipóteses em que esta seja a forma exigida por lei para a procuração, em virtude do objeto do mandato. Em consequência, há de se interpretar o art. 655<sup>6</sup> do Código Civil em conjunto com o art. 657, circunscrevendo-se o âmbito de incidência da norma que autoriza o substabelecimento por instrumento particular aos casos em que a procuração foi passada por instrumento público em razão da vontade das partes e não por exigência legal.

A procuração, em termos gerais, apenas confere poderes de administração, sendo certo que a prática de qualquer ato que exorbite a administração ordinária, como alienar, hipotecar e transigir, dependerá da outorga de poderes especiais e expressos (CC, art. 661). Cite-se, nesse ponto, que o poder de transigir não importa o de firmar compromisso, por expressa disposição do art. 661, § 2º, do Código Civil.<sup>7</sup>

[Mandato geral e mandato especial]

Por outro lado, o mandato classifica-se em geral ou especial, de acordo com a extensão (não dos poderes conferidos, mas) dos atos a serem praticados pelo mandatário. Geral será o mandato relativo a todos os negócios do mandante, sem especificação. Já o mandato especial é aquele concernente a um ou mais negócios determinados e especificados na procuração, não admitindo analogia para abranger outros negócios que não estejam ali designados (CC, art. 660<sup>8</sup>). Assim sendo, tanto no caso de mandato geral (para todos os atos), como na hipótese de mandato especial (voltado para atos específicos), os poderes podem ser conferidos pelo mandante em termos gerais (ordinária administração) ou especiais (atos específicos, e individualmente descritos na procuração, a serem realizados pelo mandatário).

### 3. REPRESENTAÇÃO

[Autonomia ]

A representação consiste em elemento essencial ao mandato, a integrar, por isso mesmo, sua causa, de tal maneira que não há mandato sem representação. Todavia, por traduzir instituto autônomo, disciplinado nos arts. 115 e ss. do Código Civil, a representação pode existir desacompanhada do mandato. Assim, embora o mandato e a representação se afigurem ontologicamente distintos, o legislador optou por associar o contrato de mandato à representação, seguindo a tradição legislativa do Código Civil de 1916, de modo que a representação compõe a própria causa do contrato de mandato, não cabendo, portanto, falar em mandato sem representação.

[Definição]

*[Contemplatio domini]*

Em termos técnicos, a representação constitui técnica de atuação em nome de outrem, que se torna, assim, diretamente vinculado.



Para caracterizá-la, são indispensáveis a existência de poderes que lastreiem a atuação do representante e que este aja *declaradamente* em nome de outra pessoa. Ou seja, a outra parte deve ter a percepção de que aquele que manifesta a vontade está atuando em nome de um terceiro, o qual representa. A esta publicidade ou exteriorização de que se está a agir em nome de outrem designa-se *contemplatio domini*, núcleo central da representação. A *contemplatio domini* consiste justamente na atuação ostensiva do representante (não em nome próprio, mas) em nome do representado, o *dominus negotii*.

A representação mostra-se mais consentânea com a noção de *substituição da manifestação de vontade*: embora atue em nome de outrem, o representante, ao contrário do nuncio ou mensageiro, não fica adstrito à simples transmissão da vontade do representado. Conserva certa margem de discricionariedade, pois examina a conveniência de celebrar ou não o negócio sob determinadas circunstâncias.

[Representação legal ou convencional]

[Ato jurídico unilateral e abstrato]

De acordo com a origem do poder conferido ao representante, classifica-se a representação em legal ou convencional (CC, art. 115). A representação legal deriva diretamente da lei, a qual determina quem será o representante e quais os seus poderes representativos, mostrando-se irrelevante a vontade do representado (v.g. a atuação dos pais em nome dos filhos menores). A representação voluntária, por sua vez, decorre da outorga de poderes pelo representado ao representante, por meio da procuração, compreendida como ato jurídico unilateral – a depender unicamente da manifestação de vontade do representado – e abstrato, vez que a sua outorga independe do negócio jurídico que lhe é subjacente ou sobrejacente.<sup>9</sup> Por força da abstração, protegem-se os terceiros de boa-fé, já que a “relação básica (entre o representante e o representado) não poderá ser alegada

futuramente para invalidar as obrigações decorrentes do negócio representativo”.<sup>10</sup> Expressão da abstração, no caso do contrato de mandato, encontra-se no art. 679 do Código Civil,<sup>11</sup> o qual preserva a eficácia do negócio celebrado pelo mandatário em contrariedade às instruções conferidas pelo mandante, desde que atue nos limites do mandato.

Não se afigura imprescindível à existência da representação a outorga convencional de poderes, mas a existência de poderes, outorgados ou não, os quais permitem a vinculação direta do representado nos negócios firmados pelo representante em seu nome. Os poderes definem o campo de eficácia vinculativa de acordo com os limites estabelecidos, ora pela outorga, ora pela lei, ora por situação fática consistente na atividade realizada declaradamente em nome de outrem (*contemplatio domini*) ainda que desprovida de ato jurídico de outorga de poderes (procuração). Neste último caso, a legítima aparência de representação, motivada pelo emprego do nome alheio (*la spendita del nome*<sup>12</sup>), aliada a uma conduta culposa ou dolosa daquele em cujo nome se atuou, têm o condão de vincular o suposto representado aos negócios celebrados por aquele que, em razão das circunstâncias, efetivamente o representou (Teoria da Aparência).

[Eficácia da representação]

O reflexo da manifestação de vontade do representante na esfera jurídica do representado encontra-se expresso no art. 116 do Código Civil,<sup>13</sup> que impõe, como condição para que se produzam os efeitos típicos da representação a atuação dentro dos poderes existentes. Todavia, em se tratando de hipótese de representação voluntária, se o representado ratificar os atos praticados pelo representante, estará a eles direta e imediatamente vinculado, pois a ratificação consiste na aprovação, pelo representado, dos atos efetuados pelo representante que agiu com excesso ou sem poderes, produzindo efeitos *ex tunc*.

### 3.1. Teoria da aparência

O instituto da ratificação, por si só, revelou-se insuficiente à proteção de algumas situações jurídicas merecedoras de tutela, nas quais alguém contrata na legítima confiança de uma aparência, exteriorizada pelo suposto representante. Neste caso, o *falsus procurator* suscita em quem com ele contrata a confiança de que age autorizado pelo representado, ensejando a aparência de legítima representação.

[Legítima confiança]

Em tais circunstâncias, tutela-se a *legítima* confiança em favor da segurança das relações jurídicas, convertendo-se a representação aparente em efetiva representação. A tutela do terceiro que contrata com o representante aparente imputa ao representado as obrigações decorrentes do ato praticado pelo representante, de modo que não se pode proteger a confiança a qualquer custo. Tal ônus somente se justifica se o representado contribuiu, com sua ação ou omissão, para que a representação parecesse legítima. Na aferição do comportamento culposo do representado, deve-se recorrer à noção de culpa normativa, de modo que o magistrado deverá valorar a ação ou omissão do agente em face de padrão de comportamento objetivamente exigível para a hipótese concreta – deixando de lado, portanto, a pesquisa do elemento intencional –, sem que isso signifique o abandono da natureza subjetiva da responsabilidade.

[Boa-fé subjetiva do terceiro]

Além disso, exige-se também a boa-fé subjetiva do terceiro contratante, para a caracterização da representação aparente. A convicção que anima seu espírito quanto à existência de representação constitui-se em pressuposto subjetivo para que a representação aparente se torne efetiva representação, o que não

poderá ocorrer se o terceiro agiu com malícia ou descuidadamente, invocando representação que sequer se fazia aparentar.<sup>14</sup>

[Cláusula geral de boa-fé objetiva]

A admissão da representação aparente mostra-se favorecida, a partir da entrada em vigor do Código Civil, com a introdução da cláusula geral de boa-fé objetiva, a qual, informada pelo princípio da solidariedade constitucional, oferece novas possibilidades hermenêuticas e consagra, de maneira definitiva, as expectativas geradas, no contato social, pela legítima confiança.

[Dever de informar do representante]

Nessa esteira, com vistas a determinar se houve quebra da boa-fé objetiva, mostra-se importante verificar se o representante ou o representado sabia ou deveria saber de determinadas informações relevantes à decisão do terceiro de contratar. Note-se que não apenas o representado é responsável pelos atos praticados pelo representante, mas esse último é inteiramente responsável pela informação que disponibiliza ou falha em fornecer ao terceiro. Pela técnica da representação, há efetiva *substituição da manifestação de vontade*, como acima anotado: o representante, ao contrário do simples núncio ou mensageiro, age como se fosse o próprio representado, tornando-se exigível do representante o dever de revelar circunstâncias importantes à contratação.

### **3.2. A figura do autocontrato ou contrato consigo mesmo**

[Autocontrato]

O Código Civil de 2002, na esteira do direito italiano<sup>15</sup> e português,<sup>16</sup> traz previsão expressa da autocontratação. O contrato consigo mesmo, também denominado autocontrato, decorre do fenômeno da representação,<sup>17</sup> e pode se manifestar por duas

hipóteses distintas.<sup>18</sup> Na primeira, aquele que intervém em duplo papel é, ao mesmo tempo, uma das partes contratantes, vale dizer, o representante, em vez de estipular o contrato com terceiro, celebra consigo próprio, reunindo, em sua pessoa, centros de interesses diversos; na segunda, o detentor das duas situações jurídicas representa ao menos duas outras pessoas por força de relações jurídicas representativas diversas, configurando-se hipótese de dupla representação, isto é, vontades pertencentes a titulares distintos são expressas por um único emitente. Nesta última hipótese, o representante não figura no negócio jurídico representativo; não adquire direitos nem obrigações, os quais são reservados, exclusivamente, aos representados.

[Conflito de interesses]

O autocontrato sempre foi visto com cautela pela doutrina pátria, hostil à concentração de interesses antagônicos em uma mesma pessoa. No caso do contrato de mandato, a hipótese apresenta-se mais inquietante, pois o mandatário deve agir no interesse do mandante. O contrato consigo mesmo pode ocasionar a quebra deste dever de lealdade, provocando o distanciamento do mandatário em relação aos interesses do mandante que motivaram a celebração do próprio contrato de mandato. Teme-se que o representante tenda a privilegiar seu interesse pessoal, ou, entre os interesses dos dois ou mais representados, o de um deles, a demandar a utilização cautelosa do referido expediente.

[Causa objetiva de anulabilidade]

O Código Civil, no *caput* do art. 117,<sup>19</sup> dispõe que o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo, é anulável. Tal dispositivo prevê o autocontrato como *causa objetiva de anulabilidade* do negócio, estabelecendo presunção de conflito de interesses.<sup>20</sup> A norma ressalva somente duas hipóteses em que será válido o negócio celebrado pelo representante consigo mesmo, a saber, a permissão

da lei ou a aquiescência específica do representado.<sup>21</sup> Nada disto, porém, exclui a possibilidade de demonstração concreta de conflito de interesses na celebração do autocontrato, sobretudo naquelas hipóteses em que a relação entre as partes não é paritária.<sup>22</sup>

[Causa subjetiva de anulabilidade]

De outra parte, o *caput* do art. 119 traz *causa subjetiva de anulabilidade*.<sup>23</sup> Conjuga-se a existência de conflito de interesses com o fato de o terceiro ter ou dever ter conhecimento de tal conflito, a viciar o ato e torná-lo passível de anulação. Não basta, assim, que o negócio realizado pelo representante colida com o interesse do representado. Necessário se faz também que o terceiro, com o qual o representante celebrou o negócio, tivesse, ou devesse ter, conhecimento de tal conflito, caracterizando a sua má-fé ou negligência.

Verifica-se, dessa forma, que o art. 119 trata genericamente de conflitos de interesses, enquanto o art. 117, mais específico, contempla situação puramente objetiva em que o conflito de interesses vem presumido a partir da autocontratação efetuada pelo representante. Ambas as situações levam, contudo, à anulabilidade do negócio jurídico, salvaguardando o representado de eventuais efeitos da avença.

[Prazo para anulação]

No que se refere ao prazo para a anulação, o art. 119, em seu parágrafo único, estabelece expressamente o prazo decadencial de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da conclusão do negócio. No que tange ao art. 117, a ausência de estipulação expressa impõe a aplicação do prazo geral de 2 (dois) anos, de acordo com a regra do art. 179 do Código Civil.<sup>24</sup>

### 3.2.1. *Mandato em causa própria*

[Negócio indireto]

Como hipótese de autocontrato, insere-se o mandato em causa própria, regulado no art. 685 do Código Civil,<sup>25</sup> mediante o qual o mandante outorga, em caráter irrevogável, poderes ilimitados ao mandatário, no exclusivo interesse deste, para que possa, independentemente de qualquer outro ato do mandante, transferir para si os bens objeto do mandato. Por isso, afirma-se que o mandatário age por sua conta, mas em nome do mandante. Desse modo, o mandante utiliza-se da procuração em causa própria para ceder ou transferir direitos ao mandatário, esquivando-se dos incômodos ou dos ônus relativos à prática de certos atos. Trata-se, a rigor, de negócio indireto, cuja finalidade econômica perseguida pelas partes é mais ampla do que a finalidade jurídica pré-disposta pelo ordenamento: embora as partes celebrem típico contrato de mandato, este desempenha a finalidade econômica do contrato de cessão ou do negócio para o qual o mandato seria preparatório. Daí afirmar-se que a cláusula *in rem suam* importa cessão de direitos, gratuita ou onerosa, conforme seja feita por liberalidade ou em razão de contraprestação, que se confunde com o próprio contrato pretendido pelo mandato.

[Efeitos pessoais]

No mandato em causa própria, todos os elementos essenciais do contrato perseguido encontram-se presentes com a cláusula *in rem suam*, permitindo-se que o mandatário transfira os bens para si. Como no direito brasileiro o contrato, por si só, não transfere o domínio, o que só ocorrerá com a tradição dos bens móveis (art. 1.267, Código Civil) ou o registro do título translativo, no caso dos bens imóveis (art. 1.245, Código Civil), o mandato em causa própria, embora desempenhando a função de alienação, não tem eficácia real. A causa do contrato necessariamente contém a outorga de poderes, e é apenas em razão desta outorga que o mandatário pode se apropriar dos direitos a que se refere o mandato. Em última análise, afigura-se a procuração em causa própria título hábil e suficiente a gerar a obrigação de transferir o domínio, já que nela se encontram necessariamente presentes os elementos essenciais da

compra e venda ou de outro negócio cujos efeitos são perseguidos pelo mandato *in rem suam*, e capazes de produzir a transferência dos bens de um patrimônio para outro.

Difere-se, assim, o mandato em causa própria da hipótese de outorga realizada no exclusivo interesse do mandatário, com cláusula de irrevogabilidade (CC, art. 684<sup>26</sup>), que não contenha os elementos necessários à transferência de bens pretendida. Neste caso, o contrato de mandato faz-se acompanhar de negócio translativo da propriedade. É o que se passa, por exemplo, na hipótese em que o vendedor, por meio de mandato irrevogável, outorga ao comprador poderes para executar todos os atos necessários à transferência da propriedade do imóvel para o seu nome junto ao Registro de Imóveis.

[Responsabilidade do mandatário pela evicção e vícios redibitórios]

Cuidando-se de negócio oneroso, responde o mandatário pelos riscos da evicção (CC, art. 447) e dos vícios redibitórios (CC, art. 441), uma vez que a cláusula *in rem suam* confere ao mandatário não apenas o poder de transferir o bem referido, como também lhe atribui todos os efeitos que possam advir dessa futura transferência.

Por se instituir no exclusivo interesse do mandatário, com poderes ilimitados para a execução do objeto para o qual foram conferidos, o mandatário está dispensado de prestar contas, independentemente de previsão neste sentido. Ao contrário do mandato ordinário, exercido no interesse do mandante, o mandato em causa própria mostra-se irrevogável pelo mandante, sendo, portanto, ineficaz sua eventual revogação.

[Extinção do mandato *in rem suam*]

Não se extingue o mandato *in rem suam* com a morte das partes, eis que obriga os herdeiros do mandante e aproveita aos do mandatário. Admite-se o seu livre substabelecimento pelo mandatário, sendo possível, inclusive, o substabelecimento parcial, se o direito que se lhe atribuiu for divisível.



## 4. EFEITOS DO MANDATO

[Excesso de poderes]

No contrato de mandato, o mandatário, valendo-se da técnica da representação, age em nome e no interesse do mandante, de modo que o mandante vincula-se diretamente ao terceiro no negócio praticado. A outorga de poderes, por meio da procuração, fixará os limites da atuação do mandatário, de maneira que somente o ato praticado de acordo com tais limites será eficaz em relação ao mandante (CC, arts. 662;<sup>27</sup> 116). Assim, o representado só estará vinculado ao pactuado pelo representante se lhe conferiu poderes e nos limites da outorga. A atuação em nome de outrem sem poderes para tanto não vincula o representado, isto é, mostra-se ineficaz perante o mandante, considerando-se mera gestão de negócios (CC, art. 665<sup>28</sup>). Nesta hipótese, o mandatário responderá pessoalmente perante o terceiro, o que confirma a existência e validade do ato praticado, cuja eficácia, entretanto, não alcança o mandante.

[Prova dos poderes do mandatário]

Em razão disto, ganha relevo a necessidade de o mandatário provar aos terceiros com quem contrata a sua qualidade de representante e a extensão de seus poderes, sob pena de responder pelos atos que os excederem, tendo em vista a ineficácia destes perante o representado (CC, arts. 662<sup>29</sup>; 118). Ao mesmo tempo, deve o terceiro, em contrapartida, ter a cautela de verificar a validade da procuração conferida e dos poderes atribuídos ao mandatário. Caso o terceiro, mesmo sabendo do excesso de poderes incorrido pelo mandatário, com ele celebrar o ato, não terá ação contra o mandatário, salvo se este lhe tiver prometido ratificação do mandante ou se responsabilizado pessoalmente (CC, art. 673<sup>30</sup>).

[Ratificação]

O mandante poderá ratificar os atos praticados pelo mandatário sem poderes ou em excesso de poderes, hipótese em que se vinculará frente ao terceiro. A ratificação constitui declaração unilateral de vontade; encerra consentimento ao ato praticado pelo mandatário, *a posteriori*, suprindo a outorga do poder inexistente ou insuficiente, com o intuito de vincular o mandante ao terceiro. A ratificação poderá ser expressa ou tácita, não sendo necessário que observe a forma exigida para o negócio jurídico celebrado entre mandatário e terceiros, e retroagirá à data da celebração do ato (CC, art. 662, parágrafo único).

[Abuso de poderes]

A noção de excesso de poderes não se confunde com a de abuso de poderes. Dá-se o abuso de poderes pelo mandatário quando este, no desempenho das atribuições que lhe foram confiadas, e sem exceder ou proceder contra os poderes conferidos, infringe instruções do mandante ou sua vontade. Tais instruções, explícitas ou implícitas, não dizem respeito às relações jurídicas entre mandatário e terceiros, pois são afetas à relação interna entre mandante e mandatário. Assim, no que concerne à pessoa com quem o mandatário negociou não se configura abuso de poderes, já que, não tendo o mandatário excedido os poderes outorgados, o mandante encontra-se vinculado ao pactuado, assegurando-se a este, por outro lado, perdas e danos contra seu representante com base no inadimplemento contratual (CC, art. 679).

Desse modo, nas hipóteses em que o pretenso representante não tenha poderes de representação válidos (por exemplo, quando a procuração que lhe fora outorgada se encontra revogada) ou, embora os tenha, estes não autorizavam a prática do negócio celebrado com terceiro, ocorrerá excesso de poder. Nestes casos, inexistente vinculação jurídica do mandante aos atos praticados pelo mandatário, salvo se este os ratificar. A ausência de poder equivale à ausência de representação, sem a qual inexistente causa jurídica que legitime a assunção do vínculo diretamente pelo mandante. Por outro lado, se o mandatário agir com abuso de poderes, inobservando as

instruções do mandante, o negócio praticado vinculará o mandante, mas o mandatário responderá pelas perdas e danos causados.

[Atuação do mandatário em nome próprio e no interesse do mandante]

Pode ocorrer ainda de o mandatário, violando o contrato de mandato, isto é, infringindo o poder de representação que lhe foi regularmente outorgado, atuar em nome próprio, ainda que por conta e no interesse do mandante, a caracterizar inadimplemento contratual. Neste caso, não há representação, e, por isso mesmo, o mandante não se vincula ao negócio praticado, ao qual o mandatário se obriga diretamente. Assim, o mandante não figura como parte nos negócios, permanecendo estranho à contratação; ao passo que o mandatário, ao atuar em nome próprio, torna-se parte nos contratos celebrados com terceiros.

[Atuação do mandatário em nome próprio]

Nos casos em que o mandatário age em nome próprio, delineiam-se duas espécies de responsabilidade. Na hipótese em que o mandatário age em nome próprio, mas por conta do mandante, o mandatário transfere ao mandante os resultados do negócio, tal como ocorre no contrato de comissão. O dever de reparar do mandatário, portanto, a menos que o mandante demonstre outros danos efetivamente sofridos, limitar-se-á às despesas com a transferência de tais resultados. Afinal, ao desconsiderar os poderes de representação outorgados, o mandatário inadimpliu o contrato de mandato, razão suficiente a lhe atribuir, de modo reparatório, os referidos ônus, a fim de evitar prejuízo adicional ao mandante. Já na hipótese de o mandatário atuar em nome próprio e no seu interesse, para amealhar as vantagens cuja obtenção era objeto do mandato, atribui-se ao mandante direito à reparação por todos os danos emergentes e lucros cessantes sofridoscausados.

## **5. DIREITOS E DEVERES DO MANDATÁRIO**

#### [Direito de retenção]

O mandatário terá direito à remuneração ajustada, se o mandato for oneroso. A lei garante ao mandatário direito de retenção, do objeto da operação que lhe foi cometida, de montante que abranja, além das despesas incorridas na execução do mandato, a sua remuneração (CC, arts. 664<sup>31</sup> e 681<sup>32</sup>), em observância ao valor social do trabalho, constitucionalmente tutelado. O direito de retenção incide sobre os objetos pertencentes ao mandante que se encontram na posse do mandatário em razão do mandato. O direito de retenção não abrange eventuais perdas e danos devidos pelo mandante ao mandatário.

#### [Dever de diligência]

O mandatário deve aplicar toda a sua diligência habitual na execução do mandato, tomando como parâmetro para sua atuação o comportamento habitualmente empregado em seus próprios negócios, com base no qual foi construída sua reputação, a qual, em última análise, determinou sua escolha pelo mandante (CC, art. 667<sup>33</sup>). No caso de o mandatário atuar profissionalmente, com maior intensidade configura-se o dever de bem desempenhar o encargo que lhe foi cometido, por força de sua habilitação profissional.

#### [Standards de conduta]

Caso o mandatário contrarie este *standard* de conduta esperado na execução dos negócios, deverá responder por perdas e danos em face do mandante, os quais incluirão danos morais,<sup>34</sup> caso haja violação à dignidade do mandante. Também como corolário do dever de diligência, deve o mandatário seguir rigorosamente as instruções do mandante, sejam simultâneas ou posteriores à outorga de poderes, sob pena de ser responsabilizado pelos danos que vier a causar.

#### [Substabelecimento]

A despeito da natureza *intuitu personae* do contrato de mandato, em decorrência da confiança que lhe é subjacente, admite-se o substabelecimento pelo mandatário, a fim de garantir a maior eficácia da representação. Por meio do substabelecimento, o mandatário se faz substituir na execução do mandato, transferindo a outrem, com ou sem reservas, os poderes recebidos. No primeiro caso, o mandatário preserva consigo o exercício das atividades que lhe foram confiadas, de tal sorte que os poderes passam a ser cumulativos, podendo ser exercidos pelo mandatário ou pelo substabelecido. Na segunda hipótese, o mandatário demite-se dos poderes outorgados, transferindo-os definitivamente para o substabelecido, de maneira que este se torna o único procurador, a configurar renúncia ao mandato.

[Substabelecimento sem reservas]

Tal como ocorre na renúncia, o mandatário que substabelece sem reservas deverá notificar tempestivamente o mandante, que será indenizado pelo mandatário se for prejudicado pela sua inoportunidade ou pela falta de tempo para prover à substituição do procurador (CC, art. 688<sup>35</sup>). O mandatário que não notificar previamente o mandante, responderá por perdas e danos, salvo se provar que não podia continuar no mandato sem prejuízo considerável e que não lhe era dado substabelecer. Se, ao revés, fosse-lhe permitido contratualmente substabelecer, deveria preferir o substabelecimento à renúncia pura e simples, em caso de urgente necessidade que viesse a impedir a tempestiva notificação, de modo a evitar solução de continuidade no exercício do mandato.

Pode-se inserir o substabelecimento em três situações distintas, das quais emergem responsabilidades diferenciadas para os procuradores: a procuração o permite expressamente; a procuração é omissa; ou proíbe, expressamente, o substabelecimento.

[Autorização para substabelecer]

Se o mandatário tem autorização expressa para substabelecer, nenhuma responsabilidade lhe será imputada em razão da conduta culposa do substabelecido, salvo se, ao fazer a escolha do substituto, eleger mal, indicando pessoa que careça das qualidades necessárias para bem executar o mandato, desde que tal circunstância fosse ou devesse ser do seu conhecimento; ou, ainda, tenha agido de modo negligente nas instruções dadas ao substabelecido (CC, art. 667, § 2º<sup>36</sup>). Neste caso, o mandatário e o substabelecido somente poderão livrar-se do dever de reparar se provarem que o dano ocorreria ainda que não tivesse havido o substabelecimento, desfazendo-se o nexo de causalidade entre este e o evento danoso. Se foi o mandante quem indicou o substabelecido, o mandatário, a toda evidência, não assume qualquer responsabilidade.

Por outro lado, se a procuração for omissa, o mandatário responderá por perdas e danos apenas se o substabelecido houver procedido culposamente (CC, art. 667, § 4º<sup>37</sup>).

#### [Proibição ao substabelecimento]

Caso seja vedado o substabelecimento, o mandatário responderá pelos prejuízos causados pelo substabelecido, assumindo ainda os riscos decorrentes de caso fortuito, salvo se demonstrar que o dano ocorreria ainda que não tivesse havido o substabelecimento (CC, art. 667, § 1º<sup>38</sup>). Na hipótese de a vedação ao substabelecimento constar da procuração, os atos praticados pelo substabelecido não obrigarão o mandante, a menos que ocorra ratificação expressa, que retroagirá à data da celebração do negócio (CC, art. 667, § 3º<sup>39</sup>).

#### [Substabelecimento em mandato judicial]

Na hipótese de mandato judicial, o advogado que substabelece os poderes sem reservas permanecerá responsável perante seu constituinte pelo prazo de 10 (dez) dias, a contar da notificação, desde que necessário para evitar prejuízo iminente (art. 112, §1º,<sup>40</sup> CPC). Igual responsabilidade decorre do art. 5º, § 3º, do Estatuto da

Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. A disposição foi confirmada pelo art. 16 do Código de Ética e Disciplina<sup>41-42</sup> da categoria (Resolução 02/2015 da OAB). Este último diploma estabelece, ainda, o dever do advogado de notificar prévia e inequivocamente seu cliente no caso de substabelecimento do mandato sem reserva de poderes (art. 24). Igual responsabilidade decorre do art. 13 do Código de Ética e Disciplina da OAB,<sup>43</sup> ao passo que o art. 24, § 1º, do mesmo Diploma,<sup>44</sup> estabelece o dever do advogado de notificar prévia e inequivocamente seu cliente no caso de substabelecimento do mandato sem reserva de poderes.

[Dever de prestar contas]

Outro dever atribuído ao mandatário consiste em prestar contas ao mandante, uma vez que sua atuação se dá no interesse deste (CC, art. 668). Tal obrigação nasce com a aceitação do mandato e gera para o mandatário o dever de informar o mandante acerca da execução das tarefas a ele confiadas, comunicando-lhe, independentemente de solicitação específica neste sentido, os fatos supervenientes que possam repercutir, de alguma maneira, na execução do mandato. Deve, ainda, o mandatário, discriminar analiticamente o ativo e o passivo, documentando as operações realizadas. Além disso, o mandatário deve transferir ao mandante as vantagens provenientes do mandato a qualquer título.

[Compensação]

O mandatário não poderá compensar os prejuízos a que deu causa ao mandante com as vantagens por este obtidas em razão de sua atuação (CC, art. 669). Afinal, o mandatário não possui crédito algum em face do mandante que possa ser compensado com os prejuízos a que tenha dado causa, já que o mandatário não é credor das vantagens que o mandante adquiriu em decorrência do mandato. De fato, tais proveitos ingressam diretamente na esfera jurídica do mandante, que figura como parte nas contratações levadas a cabo pelo mandatário em seu nome.

[Dever de transferir as somas ao mandante]

O mandatário tem o dever de transferir ao mandante as somas que receber em virtude do mandato, já que atua exclusivamente na defesa dos interesses deste. Caso assim não o faça, empregando-as em proveito próprio, responderá por juros de mora, a contar do momento em que incorreu em inadimplemento, isto é, em que praticou o abuso, nos termos do art. 670 do Código Civil.<sup>45-46</sup> De outra parte, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, na hipótese em que há divergência quanto aos valores a serem repassados pelo mandatário, por força de interpretação contratual diversa, os juros de mora contam-se a partir da citação,<sup>47</sup> a exigir, portanto, a constituição em mora do mandatário.

[Negligência do mandatário]

Do mesmo modo, se o mandatário reter os valores transferidos pelo mandante e não empregá-los aos fins a que se destinam, responderá pelos juros de mora. Além disso, torna-se responsável pelo pagamento das perdas e danos que tiver ocasionado com seu comportamento culposos, como na hipótese em que, deixando de comprar imediatamente o imóvel de que fora encarregado, permitiu que outro pretendente o adquirisse.

Caso o mandatário, tendo fundos ou crédito do mandante, compre, em seu próprio nome, algo que deveria comprar para o mandante, por ter sido expressamente designado no mandato, para além de assumir a responsabilidade decorrente do negócio perante terceiro, se sujeitará à ação reivindicatória do mandante, com vistas à entrega da coisa adquirida (CC, art. 671<sup>48</sup>). Note-se que não se faz necessário que o mandatário tenha se utilizado diretamente de créditos ou fundos que o mandante lhe adiantara para a realização do negócio; basta que tenha à sua disposição tais valores, ainda que não os tenha empregado na compra. Do contrário, se o mandante não tiver adiantado o valor necessário à aquisição da coisa, não poderá reivindicá-la do mandatário, cabendo, apenas, indenização por perdas e danos pelo inadimplemento contratual.



Se ocorrer a morte, a interdição ou a mudança de estado do mandante, a despeito da extinção do contrato de mandato (CC, 682, II), deve o mandatário concluir o negócio já começado se a demora resultar em perigo para os interesses do mandante ou de seus sucessores (CC, art. 674). Cuida-se de eficácia pós-contratual das obrigações do mandatário, com o intuito de evitar que, da demora, resultem prejuízos para o mandante ou seus sucessores. Por isso mesmo, uma vez verificada a urgência, o mandatário que se omitir responderá pelos prejuízos causados ao mandante.

## **6. DIREITOS E DEVERES DO MANDANTE**

[Adimplemento das obrigações frente aos terceiros]

O mandante tem o dever de satisfazer todas as obrigações contraídas pelo mandatário, vez que é o próprio mandante quem pratica os atos dos quais participa o seu procurador. Assim, os direitos adquiridos e as obrigações contraídas por meio da atividade do mandatário ingressam direta e automaticamente na esfera jurídica do mandante, que se torna, portanto, credor e devedor de terceiros nas relações obrigacionais estabelecidas pelo mandatário.

[Dever de pagar o devido em razão do mandato]

Além das obrigações assumidas em face de terceiro, cabe ao mandante pagar a remuneração ajustada, reembolsar as quantias despendidas na execução do mandato, bem como antecipar o valor das despesas a serem efetuadas pelo mandatário, se este assim lho pedir (CC, art. 675<sup>49</sup>). Se o mandante não antecipa o valor das despesas, fica o mandatário liberado da realização dos atos dispendiosos até que lhe seja feito o repasse. Caso o mandatário prefira, por conveniência sua, antecipar referidos valores, fará jus ao respectivo reembolso, com juros compensatórios (devidos em razão da privação do capital) e correção monetária (CC, art. 677). A

interpretação conjunta dos arts. 675 e 677 com o art. 675 determina que os juros compensatórios serão contados a partir (i) da data do desembolso, desde que tenha havido prévia solicitação pelo mandatário das quantias adiantadas; ou (ii) a partir da data da solicitação, quando esta se deu posteriormente ao desembolso.<sup>50</sup>

As quantias despendidas pelo mandatário se sujeitam a controle qualitativo e quantitativo, devendo-se reembolsar as despesas necessárias ou úteis, de modo a afastar gastos excessivos ou impertinentes.

[Culpa do mandatário]

Salvo disposição em contrário estabelecida pela autonomia privada, a obrigação de o mandante pagar ao mandatário a remuneração ajustada e de reembolsar as despesas efetuadas não desaparece pelo fato de o negócio não ter surtido o esperado efeito, exceto na hipótese de culpa do mandatário (CC, art. 676<sup>51</sup>). No caso de o resultado almejado não ter sido obtido por culpa do mandatário, o mandante estará, em regra, eximido de efetuar o pagamento da remuneração e das despesas. Todavia, se houver algum proveito advindo do mandato (como um êxito parcial nas atividades realizadas, de tal sorte que, embora sem alcançar plenamente as metas esperadas, o mandatário realiza negócios úteis ao mandante), entende-se que o mandatário, a despeito de ter obrado culposamente, faz jus à remuneração proporcional ao proveito obtido pelo mandante, bem como ao reembolso das despesas até o limite do resultado econômico auferido, impedindo-se, assim, o enriquecimento sem causa do mandante.

[Dever de ressarcir as perdas]

Do mesmo modo, caberá ao mandante ressarcir o mandatário das perdas que vier a sofrer com a execução do mandato, sempre que não resultem de culpa sua ou de excesso de poderes (CC, art. 678). Tais perdas abrangem aquelas que guardem nexo de causalidade necessária com a execução específica de determinado

mandato, não abrangendo os danos aflorados na atividade cotidiana do mandatário, que poderiam ocorrer independentemente do mister cominado pelo certo mandante ao mandatário. Por outras palavras, faz-se necessário que o prejuízo sofrido pelo mandatário decorra direta (causa) ou indiretamente (ocasião) da execução de um mandato individualmente considerado, e não da atividade profissional do mandatário *lato sensu*.

[Extinção não culposa do contrato]

Se o contrato for extinto por causa não imputável a qualquer dos contratantes, como no caso de fortuito ou força maior, será devida ao mandatário quantia proporcional aos serviços prestados.

[Pluralidade de mandantes]

Na hipótese de pluralidade de mandantes, que convencionalmente outorgam poderes ao mandatário para negócio comum, estes serão solidariamente responsáveis por todos os direitos reconhecidos ao mandatário, cabendo direito de regresso daquele que pagou em face dos demais, na proporção da quota parte de cada um (CC, art. 680).

## **7. EXTINÇÃO DO MANDATO**

O mandato pode-se extinguir pela revogação, renúncia, morte, mudança de estado, término do prazo ou conclusão do negócio (CC, art. 682).

[Revogação]

A revogação consiste na declaração de vontade pela qual o mandante põe termo ao mandato. A revogação poderá se dar de forma expressa ou tácita, e, ainda, revogar todos os poderes ou apenas parte deles. O mandato é revogável por natureza, já que se assenta na fidúcia que o mandante deposita no mandatário. Cessada a confiança no mandatário, o mandante tem o direito potestativo de

unilateralmente pôr termo ao contrato. Atribui-se à revogação efeitos *ex nunc*, preservando-se os atos praticados pelo mandatário até a extinção contratual, de modo a fazer jus à remuneração pelos atos praticados, ao reembolso de despesas e a eventuais perdas e danos.

#### [Eficácia da revogação perante terceiros]

Deve o mandante comunicar a revogação não somente ao mandatário, para que este não mais proceda em seu nome, como também aos terceiros, utilizando-se, para tanto, de qualquer meio eficaz, sob pena de preservarem-se os negócios celebrados, vinculando o mandante diretamente,<sup>52</sup> ressalvada a ação de ressarcimento contra o mandatário que agiu de má-fé. Nesta esteira, nos termos do art. 686 do Código Civil,<sup>53</sup> não pode a revogação ser oposta a terceiros de boa-fé que contrataram com o mandatário, restando ao mandante o direito de acionar seu procurador pelo prejuízo sofrido.<sup>54</sup> A simples comunicação de que outro mandatário foi nomeado para o mesmo negócio mostra-se suficiente para que se tenha por revogado, tacitamente, o mandato originário (CC, art. 687<sup>55</sup>). Se o mandatário não teve ciência da nomeação de outro e pratica negócio em nome do mandante, este será válido e eficaz, devendo o mandante dar-lhe execução e pagar ao mandatário todos os direitos que lhe são reconhecidos, como honorários e despesas.

#### [Cláusula de irrevogabilidade]

Todavia, em determinadas hipóteses previstas em lei, a revogação será ineficaz; ou, ainda, diante da existência da cláusula de irrevogabilidade, a revogação levada a cabo pelo mandante será eficaz, mas este deverá pagar perdas e danos em favor do mandatário (CC, art. 683<sup>56</sup>). Vale dizer, a cláusula de irrevogabilidade traduz obrigação de não fazer que, uma vez violada, gera tão somente a obrigação de indenizar, extinguindo-se o contrato de mandato.

#### [Irrevogabilidade do mandato]

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 (CC, art. 684<sup>57</sup>). Do mesmo modo, se o negócio em razão do qual se instituiu o mandato já se iniciou, tendo o mandatário poderes para o seu cumprimento ou prosseguimento, a revogação pelo mandante será ineficaz (CC, art. 686, parágrafo único<sup>58</sup>).

[Renúncia]

A renúncia, que traduz outro modo de extinção do contrato de mandato, consubstancia manifestação unilateral de vontade do mandatário, no sentido de abdicar do mandato que lhe foi outorgado. A renúncia há de ser expressa e comunicada ao mandante previamente, sob pena de o mandatário responder por perdas e danos, exceto se provar que não podia continuar no mandato sem prejuízo considerável e que não lhe era dado substabelecer (CC, art. 688). Ou seja, a inoportunidade da renúncia não tem, como consequência, a sua ineficácia, mas a sujeição do mandatário renunciante a indenizar o mandante.

[Morte de uma das partes]

Em regra, a morte de qualquer das partes extingue o mandato, tendo em conta a sua natureza *intuitu personae*. Entretanto, a fim de evitar prejuízos decorrentes da solução de continuidade na execução do mandato, o Código Civil impõe aos herdeiros do mandatário o dever de comunicar ao mandante o falecimento, bem como de realizar medidas conservatórias ou continuar os negócios pendentes que se não possam demorar sem perigo (CC, arts. 690 e 691). O direito se preocupa em preservar os interesses do mandante, razão pela qual a norma do art. 690 deve ser interpretada extensivamente a todas as hipóteses de extinção do mandato atinentes à pessoa do mandatário, como, por exemplo, a interdição ou a falência, nas quais o curador e o síndico, respectivamente, deverão dar aviso imediato

ao mandante e adotar as providências necessárias para lhe evitar dano.

Na hipótese de pluralidade de mandatários, o falecimento de um deles extingue o mandato apenas com relação ao morto, subsistindo válido frente aos demais, exceto se o mandato for indivisível.

No caso de morte do mandante, conservam-se os atos ajustados em seu nome pelo mandatário, desde que tenham sido celebrados com terceiro de boa-fé (CC, art. 689<sup>59</sup>). Note-se que o ato valerá ainda que o mandatário proceda de má-fé, ou seja, mesmo que saiba da morte do mandante. Em tal caso, contudo, responderá o mandatário por perdas e danos em face dos herdeiros do mandante (CC, art. 686). Por outro lado, afora a hipótese do art. 674,<sup>60</sup> a morte do mandante não extinguirá o mandato: (i) se sua execução deva se iniciar somente após a morte do mandante, como nos casos de encargos atribuídos ao testamenteiro; (ii) se o mandato for condição ou meio de execução de outra relação obrigacional antes ajustada;<sup>61</sup> (iii) se o contrato é celebrado no exclusivo interesse do mandatário; (iv) na procuração em causa própria. Se o mandato foi outorgado por pessoa jurídica, sua dissolução acarreta a extinção do referido contrato, analogicamente à morte da pessoa física.

[Mudança de estado]

Também a mudança de estado que inabilite o mandante a conferir os poderes ou o mandatário para os exercer configura causa de extinção do mandato. Assim, o mandato para alienar imóvel, por exemplo, cessa pelo casamento do mandante, em razão da necessidade de outorga do outro cônjuge, salvo o caso de regime de separação absoluta de bens (CC, art. 1.647). De outra parte, se há interdição, perde o mandante a capacidade para o exercício de direitos e, em consequência, não pode praticar atos jurídicos por meio de representante voluntário. Sendo assim, devem os representantes legais do mandante dar imediato conhecimento ao mandatário da interdição; os atos por este praticados em desconhecimento da interdição reputam-se válidos. Apenas a interdição declarada por sentença extingue o mandato.

[Fim do prazo]

[Conclusão do negócio]

Extingue-se, ainda, o contrato pelo fim do prazo convencionado; ou com a conclusão do negócio objeto do contrato de mandato, ainda que não tenham sido alcançados os resultados esperados pelo mandante. Basta que nada mais possa ser feito pelo mandatário em favor do mandante no que concerne ao ato que lhe fora cometido.

## 8. MANDATO JUDICIAL

O mandato judicial encontra-se regulado em legislação específica, especialmente a Lei nº 8.906/1994, complementada pelo Código de Ética e Disciplina da OAB (Resolução do Conselho Federal da OAB Res. CFOAB 02/2015), subordinando-se, ainda, ao Código de Processo Civil (arts. 103 a 112) e, supletivamente, às normas do Código Civil. Além disso, a Constituição da República elevou o exercício da advocacia ao *status* de função essencial da justiça, considerando o advogado “inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (CC, art. 133).

O mandato judicial consiste no contrato que trata da representação para defesa de interesses e direitos perante qualquer juízo, não se incluindo, em tal conceito, a prestação de serviços de consultoria, a qual se efetiva sem representação.

O mandato pode conter dupla feição, afigurando-se, ao mesmo tempo, judicial e extrajudicial. No mandato judicial, assim como no ordinário ou extrajudicial, o elemento fiduciário compõe a *causa* contratual.

[Capacidade do mandante e mandatário]

No mandato judicial, todas as pessoas podem outorgar procuração judicial por instrumento particular. No que se refere à capacidade para ser mandatário judicial, o art. 103 do Código de

Processo Civil exige, para além da capacidade geral para os atos da vida civil, que o mandatário esteja habilitado, nos termos da lei, para procurar em juízo, devendo o advogado apresentar inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil (art. 3º, Lei 8.906/1994), para a qual se exige a capacidade civil do bacharel (art. 8º, Lei 8.906/1994). Há de se atentar ainda para os impedimentos e as proibições para procurar em juízo, os casos de suspensão do exercício profissional, bem como as penalidades pelo descumprimento de normas regulamentares, segundo o apurado no processo disciplinar, em consonância com a Lei 8.906/1994.

[Honorários]

O mandato judicial afigura-se presumidamente oneroso, consoante o disposto no art. 658, parágrafo único, do Código Civil, cabendo ao procurador a remuneração ajustada (Capítulo IX do Título I do Código de Ética e Disciplina da OAB). Portanto, a execução do contrato de mandato gera para o advogado o direito aos honorários ajustados,<sup>62</sup> a serem pagos pelo cliente, assim como àqueles em que a parte contrária for condenada, os chamados honorários sucumbenciais (art. 85 do CPC e arts. 22 e 23 da Lei 8.906/1994). O art. 22, § 2º, do Estatuto dispõe que serão arbitrados judicialmente os honorários, em processo contencioso distinto daquele em que os serviços foram prestados pelo advogado, quando não houver ajuste.<sup>63</sup>

[Procuração]

A procuração para a prática de atos judiciais, que se constitui no instrumento do mandato judicial, somente pode ser conferida por escrito, não se admitindo a modalidade verbal. Contudo, na hipótese de demanda ajuizada no Juizado Especial, admite-se expressamente o mandato verbal para o foro em geral, com base no art. 9º, § 3º, da Lei nº 9.099 de 26 setembro 1995.

O art. 105 do CPC estabelece que a procuração pode ter forma pública ou particular, bastando, neste último caso, a assinatura do



mandante, sem necessidade de reconhecimento de firma. Em casos excepcionais, a exibição da procuração pelo mandatário judicial é provisoriamente dispensada, como determina o art. 104 do CPC,<sup>64</sup>, segundo o qual o mandatário está autorizado a ajuizar ação com a finalidade de evitar preclusão, decadência ou prescrição, bem como a intervir no processo, a fim de praticar atos reputados urgentes, como contestar uma ação ou embargar uma execução sem mandato. Nesses casos, o mandatário obriga-se a exibir a procuração no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável por até outros 15 (quinze) dias, por meio de despacho do juiz, independentemente de caução. Considera-se o ato nessas condições (isto é, sem poderes) aperfeiçoado na data em que foi praticado, desde que apresentado o instrumento de mandato no prazo previsto no art. 104, § 1º, do CPC. Na hipótese contrária, será reputado ineficaz relativamente àquele em cujo nome foi praticado. O mandatário que executou os atos considerados ineficazes responde pelas despesas e pelas perdas e danos que acarretar ao processo (CPC, art. 104, § 2º).

[Poderes do mandatário judicial]

O art. 105 do CPC<sup>65</sup> estabelece quais são os poderes especiais e, por exclusão, quais os poderes gerais do mandatário. A procuração geral para o foro confere poderes ao advogado para praticar todos os atos judiciais, em qualquer Justiça, foro, juízo ou instância, salvo os de receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber ou dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que exigem poderes especiais e específicos.

[Representação e prestação de serviços]

Conforme difusamente observado, no mandato judicial, “torna-se nítida a presença de dois negócios – um de representação e outro de prestação de serviços – dentro do mesmo contrato. De fato, o mandatário judicial não só representa o constituinte, como presta

serviços profissionais, no patrocínio de seus interesses”.<sup>66</sup> As relações entre procurador e cliente se regulam pelos termos da procuração e pelo contrato verbal ou escrito existente entre as partes.<sup>67</sup>

#### [Revogação dos poderes]

O mandante, nos termos do art. 111 do CPC,<sup>68</sup> ao revogar os poderes outorgados ao mandatário judicial, deve constituir outro que assuma a função do anterior nos autos. Criou-se, assim, o dever de outorgar poderes a outro mandatário sempre que a parte revogar a procuração anterior. A expressão *mesmo ato*, utilizada pelo legislador, não significa que a outorga de poderes deve ser feita no mesmo momento da comunicação da revogação ao mandatário anterior ou em um mesmo instrumento. Nos termos do art. 111 do CPC, o mandante deve constituir outro mandatário no dia da juntada da revogação. Caso assim não o faça e o mandante seja autor da ação, haverá a extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, IV, do CPC), pois, com a ausência do advogado que o represente, faltará um pressuposto de desenvolvimento válido da relação processual. Por outro lado, se a omissão for do réu, o processo prossegue à sua revelia, com as consequências do art. 346 do CPC.

#### [Renúncia do mandatário]

A substituição pode ocorrer também em virtude da renúncia do mandatário, que tem o dever de cientificar o mandante para que nomeie sucessor (art. 112 do CPC<sup>69</sup>). Nos dez dias seguintes à cientificação, o mandatário deverá continuar representando o mandante,<sup>70</sup> para lhe evitar prejuízo, ainda que inicialmente não haja necessidade de permanência. A determinação legal do período de tempo em que o mandatário continua a exercer a função tem por finalidade garantir ao outorgante tempo suficiente para nomear outro mandatário. Os atos que devem ser praticados pelo mandatário são todos aqueles que visem a evitar prejuízo ao notificado.

Quanto à forma de comunicação, admite-se a utilização de quaisquer meios, desde que se possa comprovar a ciência do mandante (CPC, art. 112). Dispensa-se a comunicação se a procuração tiver sido outorgada a vários advogados e a parte continuar representada por outro, apesar da renúncia (CPC, art. 112, § 2º). Em caso de dúvida, presume-se que não houve comunicação, e continua o mandatário responsável pela representação. No caso de morte ou incapacidade do mandatário, o juiz suspenderá o processo e marcará prazo de 15 (quinze) dias para que se constitua novo procurador. A falta de substituição acarretará, no caso do autor, a extinção do processo sem resolução do mérito e, no caso do réu, o prosseguimento do feito à sua revelia (CPC, art. 313, § 3º<sup>71</sup>).

A faculdade de substabelecer e a responsabilidade do mandatário no mandato judicial obedecem às mesmas regras concernentes ao mandato ordinário. Entretanto, em virtude de o mandante, na maioria das vezes, não possuir conhecimentos técnico-jurídicos necessários à execução pessoal dos poderes outorgados, deixando a tomada de decisões fundamentais a cargo do mandatário (ao contrário do mandato comum), o substabelecimento sem reserva de poderes, ainda que autorizado, “só isentará o mandatário de responder pelas obrigações do mandato, após notificação ao constituinte. Até que a ultime, continua responsável o procurador, já que somente após a ciência da substituição pode o mandante substituir o substabelecido por pessoa de sua confiança, ou providenciar a revogação do mandato”.<sup>72</sup> Por outras palavras, se o substabelecimento se dá sem reservas, a responsabilidade do mandatário “não desaparece enquanto não for notificado o mandante, cuja aprovação se presume na ausência de oposição”.<sup>73</sup> O Código de Ética e Disciplina da OAB, nessa direção, estatui no art. 26, § 1º, que “o substabelecimento do mandato sem reservas de poderes exige o prévio e inequívoco conhecimento do cliente”. Note-

se, ainda, que o aludido art. 112 do CPC se aplica também ao substabelecimento sem reserva de poderes, de tal sorte que, assim como o advogado que renuncia, aquele que substabelece sem reserva permanecerá responsável perante seu constituinte pelo prazo de 10 (dez) dias, a contar da notificação, desde que necessário a evitar prejuízo.

[Comprovação dos poderes]

Observe-se, finalmente, que, consoante entendimento jurisprudencial, para comprovar a legítima outorga de poderes, não basta a juntada, pelo advogado substabelecido, do substabelecimento, afigurando-se indispensável a apresentação da procuração outorgada ao advogado substabelecido.<sup>74</sup>

O mandato judicial extingue-se pelas mesmas causas atinentes ao mandato ordinário: revogação (CPC, art. 111), renúncia (CPC, art. 112; Estatuto da OAB, art. 5º, § 3º), morte (CPC, art. 313, I), interdição de qualquer das partes, mudança de estado ou conclusão da causa.

## COMISSÃO

### 9. CONCEITO. EFEITOS ESSENCIAIS

[Conceito]

O contrato de comissão consiste em negócio jurídico por meio do qual o comissário adquire ou vende bens em nome próprio, mas por conta ou no interesse de outrem, chamado comitente. Por atuar em nome próprio, o comissário vincula-se diretamente com o terceiro com quem contrata, de modo que o comitente não estabelece qualquer relação jurídica com o terceiro. Assim, perante os terceiros, o comissário é o único interessado no negócio, responde por todas as obrigações assumidas e goza de todos os direitos resultantes do

contrato que celebrar; o comitente, por sua vez, não tem ação direta contra eles, e tampouco eles têm ação direta contra o comitente.

[Relação com terceiros]

Segundo o art. 694 do Código Civil,<sup>75</sup> o comitente somente terá ação contra os terceiros com quem o comissário tratar se este ceder seus direitos ao comitente. Da mesma forma, as pessoas com quem o comissário contratar somente terão ação direta contra o comitente por força de cessão de direitos e de obrigações efetuada pelo comissário.

[Objeto]

O objeto do contrato de comissão consiste na aquisição ou venda de bens por conta do comitente, mas em nome do comissário. Note-se que o comissário sequer precisa declarar o nome do comitente ao celebrar o contrato com terceiro, sendo, inclusive, muitas vezes, proibido de fazê-lo por força do próprio contrato de comissão. De toda sorte, o comitente é o verdadeiro dono do negócio, aquele por conta de quem a operação se realiza.

[Dois negócios]

Com efeito, há que se distinguir dois contratos que, de certa forma, resultam da comissão: o contrato de comissão em si, celebrado entre o comitente e o comissário, no qual se ajustam as instruções a serem seguidas pelo comissário; e o contrato celebrado entre o comissário e o terceiro, comprador ou vendedor dos bens negociados, no qual o comitente não figura como parte, cedente, anuente ou interveniente, razão pela qual não lhe pode ser atribuída qualquer responsabilidade nessa contratação, sendo os riscos daí advindos exclusivos do comissário. Não há, portanto, prévia aquisição ou posterior venda de bens entre comissário e comitente para a execução do contrato de comissão. Este contrato autoriza o comissário a alienar ou adquirir, figurando, ele próprio, como parte no negócio de compra e venda celebrado com terceiro. Desse modo, a

entrega dos bens adquiridos pelo comissário ao comitente, ou do montante por ele recebido pela alienação do bem, não tem como base o contrato de compra e venda, mas o próprio contrato de comissão.

[Comissão por consignação]

Não raro a comissão se realiza por consignação, modalidade que era disciplinada pelo revogado Código Comercial. Utilizada, sobretudo, na venda de mercadorias,<sup>76</sup> a comissão por consignação consiste na colocação dos bens que o comitente deseja vender sob a guarda do comissário. O comitente continua a ser o proprietário dos bens, e o comissário, por exercer a guarda, responde pelos danos sofridos pelas coisas enquanto estiverem consigo, salvo caso fortuito ou força maior.

[Distinção do contrato de mandato]

A despeito de suas semelhanças com o contrato de mandato, há de se reconhecer a autonomia do contrato de comissão. Com efeito, na perspectiva do direito contemporâneo, a comissão não pode ser reduzida a mandato sem representação, já que ambos os contratos possuem causas distintas. O mandato contém, em sua função técnico-jurídica (ou causa, entendida como a mínima unidade de efeitos essenciais que o caracteriza), o agir por conta e em nome alheio, de tal modo que a representação lhe é essencial, nos termos em que se encontra regulado pelo legislador brasileiro (CC, art. 653). Na comissão, ao contrário, o comissário age sempre em nome próprio, por conta de outrem. Além disso, no mandato, a base fiduciária é tão intensa que o contrato se reputa unilateral, desprovido de sinalagma, ainda quando oneroso, ao passo que na comissão há o nexo de corresponsabilidade entre os serviços prestados pelo comissário e a remuneração que lhe é devida, a configurar, portanto, o sinalagma. Aduza-se, ainda, comportar o mandato finalidades de maior espectro, podendo se destinar, por exemplo, à administração de negócios do mandante e não à simples

compra ou venda de bens em favor deste. Por tais circunstâncias, o Código Civil atribuiu autonomia ao contrato de comissão.

## 10. CARACTERÍSTICAS

[Bilateral, oneroso, consensual e comutativo ]

O contrato de comissão afigura-se bilateral, na medida em que há sinalagma ou dependência recíproca entre as obrigações do comitente e do comissário. Cuida-se de contrato oneroso, em que o comissário faz jus à remuneração, também denominada comissão. Reputa-se, ainda, consensual, uma vez que o consentimento das partes é suficiente para sua formação, que se dá por aceitação expressa ou tácita do encargo pelo comissário. A comissão não requer forma especial, eis que pode ser estipulada verbalmente ou por instrumento escrito. Apresenta-se, no comum dos casos, de duração indeterminada, a possibilitar a formação de eficiente sistema de distribuição de produtos. A reciprocidade das obrigações, certas e conhecidas pelas partes, caracteriza o contrato como comutativo.

*[Intuitu personae]*

Considera-se o contrato de comissão *intuitu personae*, por se fundar na confiança recíproca entre partes. Por esta razão, não pode o comissário delegar a execução da comissão a outrem se o comitente não o autorizou expressamente; presume-se que sua escolha se deve à diligência e habilidade próprias da reputação do comissário.

## 11. DIREITOS E DEVERES DO COMISSÁRIO

[Dever de concluir o negócio]

O comissário assume a obrigação de concluir o negócio para o qual foi contratado, seguindo fielmente as ordens e instruções recebidas, sob pena de responder pelos danos causados ao

comitente e a terceiros (CC, art. 695). Tendo em vista que a atuação do comissário se dá no interesse do comitente, aquele não tem plena liberdade de ação, devendo seguir as instruções recebidas, o que aproxima sua atuação daquela realizada pelo mandatário.

#### [Dever de obediência às instruções]

Distinguem-se as instruções de caráter imperativo das meramente indicativas. As primeiras são obrigatórias, devem ser seguidas independentemente de concordância do comissário, pois revelam a forma escolhida pelo comitente para que o negócio possa se concluir. As segundas, por outro lado, deixam ao comissário liberdade de apreciação. Quando desobedece às instruções imperativas, responde o comissário pelos danos causados não somente perante o comitente, mas também em face de terceiros, se aquele se recusar a executar o contrato ou se quiser executá-lo de acordo com as instruções que dera. A operação será válida e ficará a cargo do comissário.

Todavia, nem sempre a desobediência às instruções gera dever de indenizar. O comitente não poderá reclamar indenização do comissário caso seus atos, ainda que não fiéis às ordens e instruções recebidas, ou mesmo discrepantes dos usos locais, tenham proporcionado vantagem para o comitente (CC, art. 695, parágrafo único).

Além disso, o comitente também não terá direito a qualquer reparação se o comissário, na impossibilidade de pedir instruções a tempo, agir de acordo com usos em casos semelhantes, com o objetivo de evitar a ocorrência de dano em razão da demora. Desse modo, não tendo recebido o comissário ordens e instruções do comitente, e na impossibilidade de recebê-las no tempo oportuno, poderá realizar as operações necessárias para se desincumbir de sua tarefa, devendo, contudo, agir como agiria em seu próprio interesse, de acordo com os usos comerciais em casos semelhantes (CC, art. 695, *caput*).

#### [Dever de diligência]



Deve o comissário agir com diligência e zelo, de modo a bem executar os negócios do comitente, como se fossem seus, não somente para evitar prejuízos, mas também para lhe proporcionar o lucro que razoavelmente se podia esperar do negócio (CC, art. 696). Por isso, exige-se do comissário, dentre outras medidas, que tome as cautelas necessárias para a guarda e conservação dos bens que estejam em seu poder, quer lhe tenham sido enviados pelo comitente, quer os tenha adquirido diretamente. Se estes bens sofrerem danos, deve o comissário, na primeira oportunidade, levar o fato ao conhecimento do comitente, além de investigar sua origem. O comissário torna-se responsável pela violação do dever de diligência, como na hipótese em que contrata com terceiro cuja insolvência já era perceptível ao tempo da conclusão do negócio; ou, ainda, nos casos em que não atua com diligência na cobrança dos débitos de terceiros contratantes que, posteriormente, são declarados insolventes. O comissário assume, assim, a responsabilidade pelos prejuízos decorrentes do exercício de sua função, exceto na hipótese de caso fortuito ou força maior.

[Estado das mercadorias]

De acordo com o revogado art. 172 do Código Comercial,<sup>77</sup> o comissário, ao receber os bens do comitente, deveria identificar as avarias, diminuição ou estado diverso do que constasse dos conhecimentos, faturas ou avisos de remessas. Caso o comissário fosse omissivo no cumprimento dessa obrigação, o comitente poderia dele exigir que respondesse pelas mercadorias, de acordo com o que estivesse discriminado nos conhecimentos ou faturas. A norma não foi repetida no Código Civil e, embora se possa admitir a presunção de integridade da coisa transferida, à falta de manifestação em contrário por parte do comissário, afigura-se razoável atribuir a ambos, comissário e comitente, por força do dever de boa-fé objetiva, o dever de esclarecer o estado em que os bens são transferidos. A ausência de indicação quanto a avarias faz supor que os bens se encontram, no momento da transferência, em bom estado de conservação, salvo se as circunstâncias sugerirem o

contrário, restando a matéria condicionada às provas produzidas pelos contratantes.

Exige-se, ainda, que o comissário comunique ao comitente as operações efetivadas e realize as cobranças necessárias. Deve prestar contas ao comitente, visto agir no seu interesse e por sua conta, ainda que se trate de comissão *del credere* (CC, art. 698<sup>78</sup>), respondendo por perdas e danos se, por exemplo, agir com culpa na cobrança dos créditos.

#### [Cláusula *del credere*]

Segundo a cláusula *del credere*, introduzida pela autonomia privada, o comissário responde, perante o comitente, solidariamente com o terceiro com quem contratou (CC, art. 698). Deste modo, o comissário assume os riscos da insolvência e da infração das obrigações contratuais pelo terceiro, independentemente de culpa. Afasta-se, assim, a regra geral segundo a qual o comissário não responde pela insolvência ou inadimplemento das pessoas com quem contrata, na medida em que age por conta e no interesse do comitente, cabendo a este a assunção dos riscos decorrentes tanto do inadimplemento quanto da insuficiência patrimonial do terceiro contratado.

Na comissão de venda com cláusula *del credere* correm por conta do comitente os demais riscos do negócio, como os vícios redibitórios ou a evicção. Isto porque a solidariedade do comissário refere-se à prestação devida pelo terceiro, restrita, neste caso, ao pagamento do preço. Assim sendo, se o terceiro se recusar a cumprir o contrato fundado em causa legítima, como na hipótese de vício oculto na mercadoria, o comissário não será responsável, caracterizando-se fato imputável ao comitente, e que pode conduzir à rescisão do contrato. Tratando-se, contudo, de comissão de compra, responde o comissário pelas perdas e danos decorrentes dos vícios redibitórios e pela evicção, já que se responsabiliza (solidariamente ao terceiro) pela entrega da mercadoria ao comitente. Salvo estipulação em contrário, a remuneração do comissário será mais

elevada no caso de comissão *del credere*, com vistas a compensar o ônus assumido.

#### [Direitos do comissário]

O comissário tem direito (i) à percepção da remuneração ajustada (CC, arts. 701 e 703); (ii) ao recebimento de juros sobre as quantias adiantadas para o cumprimento do encargo (CC, art. 706); (iii) ao ressarcimento de despesas e de prejuízos havidos com o desempenho da comissão; e (iv) à retenção de mercadorias para garantia da satisfação dos créditos existentes em face do comitente (CC, art. 708).

#### [Remuneração]

Quanto à sua remuneração, na ausência de previsão contratual, será arbitrada segundo os usos correntes do lugar em que foi celebrado contrato (CC, art. 701). A comissão é devida ao comissário logo que este conclui o negócio, mesmo que o contrato ainda não tenha sido executado pelo terceiro, a menos que se trate de comissão *del credere*. Por ser inerente ao contrato de comissão, será devida remuneração ao comissário pelos serviços úteis prestados, ainda que este tenha sido despedido por justa causa, ressalvado ao comitente o direito de exigir do comissário a reparação pelos prejuízos sofridos (CC, art. 703<sup>79</sup>). Objetiva-se, deste modo, afastar o enriquecimento sem causa do comitente. Mostra-se possível a compensação entre o que o comitente deve ao comissário a título de remuneração pelos serviços úteis e o que o comissário deve ao comitente por perdas e danos, desde que verificados os pressupostos legais.

#### [Créditos do comissário]

O crédito do comissário, em relação às comissões devidas, goza de privilégio geral no caso de falência ou insolvência do comitente (CC, art. 707). Se não puder concluir o negócio por motivo de força maior, ou no caso de falecimento no curso da relação contratual,

deverá o comitente pagar comissão proporcional aos atos que o comissário houver praticado, sendo-lhe devido igualmente o reembolso pelas despesas efetuadas no cumprimento do contrato (CC, art. 702).

#### [Direito de retenção]

Assegura-se ao comissário direito de retenção sobre os bens e valores adquiridos para o comitente, com vistas a garantir o pagamento não só dos desembolsos efetuados na realização do negócio como, igualmente, da sua remuneração, juros e demais despesas que já houver realizado, no desempenho de suas funções.

O comissário não se encontra obrigado a revelar ao comitente o nome do terceiro com o qual contratou, especialmente se foi convencionada a comissão *del credere*. Com efeito, constitui interesse do comissário manter sigilo sobre esse ponto, para evitar que o comitente, em ocasiões futuras, negocie diretamente com seus clientes. Todavia, nas hipóteses em que o comissário conceder dilação de prazo para pagamento (o que poderá ocorrer se não houver instruções do comitente em sentido contrário e se esta for conforme aos usos locais), deverá dar ciência ao comitente, vez que atua em favor deste, informando os prazos concedidos bem como o seu beneficiário. Se o comissário não informar o comitente quanto aos prazos concedidos e quem é o seu beneficiário, poderá o comitente exigir que o comissário pague *incontinenti* ou responda pelas consequências da dilação concedida (CC, art. 700).

De uma maneira geral, o comissário pode praticar quaisquer operações a crédito, se o comitente não lhe deu instruções contrárias. À falta de instruções do comitente, entende-se ter este deixado ao arbítrio do comissário negociar a prazo ou à vista.

#### [Autocontrato]

Em razão da norma do art. 709 do Código Civil, segundo a qual aplicam-se ao contrato de comissão, no que couber, as regras sobre mandato, mostra-se possível a configuração do contrato de

comissão consigo mesmo, no qual o comissário é, ao mesmo tempo, comprador e vendedor da mercadoria, desde que autorizado pela lei ou pelo comitente (CC, art. 117). Tal como no mandato, há de se proteger o comitente do conflito de interesses. Note-se, de todo modo, que, nas operações à vista, por não ser exigido do comissário revelar ao comitente o nome dos terceiros com quem contrata, torna-se difícil averiguar a ocorrência de contrato consigo mesmo.

[Dispensa sem justa causa]

Na hipótese de o comissário ser despedido sem justa causa, terá direito à remuneração relativa aos trabalhos prestados, bem como a ser ressarcido pelas perdas e danos que resultarem de tal ato imotivado (CC, art. 705).

## 12. DIREITOS E DEVERES DO COMITENTE

[Dever de pagar a remuneração]

O comitente deve pagar ao comissário a remuneração acordada ou, em caso de omissão contratual, valor correspondente aos usos da praça (CC, art. 701). Obriga-se, ainda, a pagar à vista, salvo convenção em contrário, as despesas e desembolsos feitos no exercício da comissão. Por outro lado, como o comissário age por conta do comitente, todos os riscos comerciais do negócio cabem, em regra, a este. Verificada a inadimplência do terceiro, as consequências daí decorrentes serão suportadas pelo comitente, a menos que se caracterize a culpa do comissário ou que a comissão contenha a cláusula *del credere* (CC, art. 698). Além disso, o comissário faz jus à remuneração assim que conclui o negócio, mesmo que o contrato ainda não tenha sido executado pelo terceiro, exceto se se tratar de comissão *del credere*.

[Direito de alterar as instruções]

[Das instruções]

Ao comitente é reconhecido o direito de alterar as instruções passadas ao comissário mesmo no que se refere aos negócios pendentes (CC, art. 704). Entretanto, caso o comissário sofra prejuízo para atender a tais alterações, o comitente haverá de indenizá-lo. Além disso, reconhece-se ao comissário o direito de denunciar o contrato de comissão sem responder por perdas e danos ao comitente, se a alteração lhe causar maior prejuízo do que aqueles causados ao comitente em razão da denúncia; ou se demonstrar que as novas instruções lhe imporiam graves prejuízos, consoante aplicação analógica do art. 688 do Código Civil.<sup>80</sup> Se a alteração das instruções importar modificação do objeto do contrato, a significar, pois, não uma alteração, mas a elaboração de um novo contrato de comissão, pode o comissário se recusar a atender às novas instruções, sem que lhe seja imputado o pagamento por perdas e danos. Há que se afastar, ainda, a obrigatoriedade das alterações que impliquem abuso do direito por parte do comitente.

[Juros]

O comitente tem direito a receber juros moratórios do comissário caso este incorra em mora na entrega dos fundos que pertencem ao comitente. Por outro lado, deve o comitente fornecer fundos suficientes para que o comissário realize as negociações de que foi incumbido, bem como indenizá-lo das despesas que foram feitas a suas expensas por adiantamento. Sobre o montante dessas despesas correm juros compensatórios, que ao comitente cabe satisfazer (CC, art. 706<sup>81</sup>). Com efeito, atuando o comissário no interesse do comitente, a este cabe, salvo disposição em sentido contrário, arcar com as despesas necessárias às operações cometidas. Os juros devidos pelo comitente ao comissário, sendo compensatórios, contam-se a partir da data do efetivo desembolso. Todavia, haverá incidência de juros moratórios se, notificado pelo comissário, não proceder o comitente ao reembolso. Neste caso, os juros moratórios serão contados a partir da constituição do comitente em mora.

## PROBLEMA PRÁTICO

Na iminência de se mudar para o exterior, José celebra contrato de mandato com Maria, outorgando-lhe poderes para a venda de seu apartamento no Brasil. Na contratação, José orienta Maria para que não venda o imóvel por valor inferior à determinada quantia. Meses depois, a mandatária, ignorando a indicação recebida, vende o apartamento por valor inferior àquele referido. Quais as consequências jurídicas do negócio efetuado?

- **Vide Casoteca**

- 
- 1 “Art. 684. Quando a cláusula de irrevogabilidade for condição de um negócio bilateral, ou tiver sido estipulada no exclusivo interesse do mandatário, a revogação do mandato será ineficaz”.
  - 2 “Art. 685. 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”.
  - 3 “Art. 683. Quando o mandato contiver a cláusula de irrevogabilidade e o mandante o revogar, pagará perdas e danos”.
  - 4 “Art. 654. Todas as pessoas capazes são aptas para dar procuração mediante instrumento particular, que valerá desde que tenha a assinatura do outorgante.

§ 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”.

- 5 “Art. 657. A outorga do mandato está sujeita à forma exigida por lei para o ato a ser praticado. Não se admite mandato verbal quando o ato deva ser celebrado por escrito”.
- 6 “Art. 655. Ainda quando se outorgue mandato por instrumento público, pode substabelecer-se mediante instrumento particular”.
- 7 “Art. 661. (...) § 2º O poder de transigir não importa o de firmar compromisso”.
- 8 “Art. 660. O mandato pode ser especial a um ou mais negócios determinadamente, ou geral a todos os do mandante”.
- 9 De acordo com Pontes de Miranda, “O mandato é contrato causal; a procuração é negócio jurídico unilateral, abstrato. (...) A procuração, essa, é sempre negócio jurídico unilateral, negócio jurídico abstrato. Em boa terminologia, o negócio jurídico unilateral, de que resulta o instrumento de procuração, é negócio jurídico de *procura*. Procurar é exercer a incumbência ou outorga de procurador. Procurado é o outorgante: *cura*, *pro*, diante, à frente, em vez de. A própria língua alemã tem *Prokura*; e a holandesa, *procuratie*. Devido à unilateralidade do negócio jurídico da procura, se a pessoa nomeada atende à outorga



e responde que “aceita”, supor, como existente, subjacente, ou justajacentemente, contrato, para a qual êle dirige aceitação. Outro negócio jurídico, bilateral, ou mesmo plurilateral, se conclui, inconfundível com o negócio jurídico unilateral da procura. Aliás, o procurador, antes ou já após o início do exercício dos poderes outorgados, pode oferecer contrato de mandato, de advocacia, ou outro contrato, de jeito que precise ser aceita pelo outorgante a oferta. Mesmo assim, tem-se de evitar qualquer confusão entre o negócio jurídico unilateral da procuração e o negócio jurídico bilateral ou plurilateral sobrejacente” (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, tomo XLIII, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, 3. ed., pp. 110-111).

- 10 Leonardo Mattietto, A Representação Voluntária e o Negócio Jurídico de Procuração, In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 4, vol. 1, Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 66.
- 11 “Art. 679. Ainda que o mandatário contrarie as instruções do mandante, se não exceder os limites do mandato, ficará o mandante obrigado para com aqueles com quem o seu procurador contratou; mas terá contra este ação pelas perdas e danos resultantes da inobservância das instruções”.
- 12 Ou simplesmente *contemplatio domini*: Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 354.
- 13 “Art. 116. A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado”.
- 14 Sobre o tema, cfr. Anderson Schreiber, A representação no novo código civil. In: Gustavo Tepedino (coord.), *A Parte Geral do Novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2013, pp. 285-286.
- 15 Art. 1.395: Contrato consigo mesmo. É anulável o contrato em que o representante concluiu consigo mesmo, em nome próprio e como representante da outra parte, a menos que o representado o tenha autorizado expressamente ou o conteúdo do contrato seja determinado de modo a excluir a possibilidade de conflito de interesses” (tradução nossa).

No original: “*Contratto con se stesso. È annullabile il contratto che il rappresentante conclude con se stesso, in proprio e come rappresentante di un'altra parte, a meno che il rappresentato lo abbia*

autorizzato specificatamente ovvero il contenuto del contratto sia determinato in modo da escludere la possibilità di conflitto d'interessi”.

- 16 Art. 261: “É anulável o negócio celebrado pelo representante consigo mesmo, seja em nome próprio, seja em representação de terceiro, a não ser que o representado tenha especificamente consentido na celebração, ou que o negócio exclua por sua natureza a possibilidade de um conflito de interesses”.
- 17 Orlando Gomes ensina que “em verdade, não há *contrato consigo mesmo*, porque a figura assim chamada só se torna possível em função do mecanismo da *representação*”. Ou seja, “no fundo não realiza contrato consigo mesmo, senão com a pessoa a quem representa” (*Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, Rio de Janeiro: Forense, 2009, 26. ed., p. 102).
- 18 Sobre o tema, v. Maria Cândida do Amaral Kroetz, *A Representação Voluntária no Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 91.
- 19 “Art. 117. 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”.
- 20 “Art. 117. 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”.
- 21 Sobre o tema, veja-se: Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2005, 21ª ed., p. 624.
- 22 Sobre o ponto, seja consentido remeter a Gustavo Tepedino *et al.*, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 237.
- 23 “Art. 119. É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou”.
- 24 “Art. 179. 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”.
- 25 “Art. 685. 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”.

- 26 “Art. 684. Quando a cláusula de irrevogabilidade for condição de um negócio bilateral, ou tiver sido estipulada no exclusivo interesse do mandatário, a revogação do mandato será ineficaz”.
- 27 “Art. 662. Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar.
- Parágrafo único. A ratificação há de ser expressa, ou resultar de ato inequívoco, e retroagirá à data do ato”.
- 28 “Art. 665. O mandatário que exceder os poderes do mandato, ou proceder contra eles, será considerado mero gestor de negócios, enquanto o mandante lhe não ratificar os atos”.
- 29 “Art. 662. Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar.
- Parágrafo único. A ratificação há de ser expressa, ou resultar de ato inequívoco, e retroagirá à data do ato”.
- 30 “Art. 673. O terceiro que, depois de conhecer os poderes do mandatário, com ele celebrar negócio jurídico exorbitante do mandato, não tem ação contra o mandatário, salvo se este lhe prometeu ratificação do mandante ou se responsabilizou pessoalmente”.
- 31 “Art. 664. O mandatário tem o direito de reter, do objeto da operação que lhe foi cometida, quanto baste para pagamento de tudo que lhe for devido em consequência do mandato”.
- 32 “Art. 681. O mandatário tem sobre a coisa de que tenha a posse em virtude do mandato, direito de retenção, até se reembolsar do que no desempenho do encargo despendeu”.
- 33 “Art. 667. O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente”.
- 34 Na jurisprudência: “No contrato de mandato compete ao mandatário a obrigação de aplicar toda a sua diligência habitual na execução do mandato, e a obrigação de indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes

que devia exercer pessoalmente, conforme os artigos 1300 do Código Civil/1916, e 667 do Código Civil vigente. O conjunto probatório atrelado aos autos demonstra que a autora celebrou contrato de mandato com o réu, cujo objeto era a administração dos bens advindos por herança de seu pai, dentre os quais se inseriam quadros, joias, pedras preciosas, bens imóveis, objetos de arte, valores mobiliários e dinheiro. Considerando que o réu agiu de forma negligente na execução do mandato, permitindo o extravio dos objetos que estavam sob sua responsabilidade, deve indenizar os danos suportados pela autora, e nestes se inserem os danos extrapatrimoniais” (TJRJ, 11ª C.C., Ap. Cív. 200500108792, Rel. Des. Claudio de Mello Tavares, julg. 13.7.2005, publ. DJ 27.7.2005); “Inadimplemento do contrato de mandato. Art. 668 do CC. Inaplicabilidade do CDC. Advogada-ré que faltou com dever de transparência, informação e diligência. Retenção de verbas do cliente por dez anos. Danos morais configurados. Valor de R\$ 5.000,00 que repara suficientemente os danos experimentados. Sucumbência maior da ré, que arcará com os respectivos ônus. Apelação do autor parcialmente provida. Apelação da ré não provida” (TJSP, 29ª Câmara de Dir. Priv., Ap. Cív. 00399810520118260405, Rel. Des. Carlos Dias Motta, julg. 29.6.2016, publ. DJ 29.6.2016).

- 35 “Art. 688. A renúncia do mandato será comunicada ao mandante, que, se for prejudicado pela sua inoportunidade, ou pela falta de tempo, a fim de prover à 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”.
- 36 “Art. 667. (...) § 2º Havendo poderes de substabelecer, só serão imputáveis ao mandatário os danos causados pelo substabelecido, se tiver agido com culpa na escolha deste ou nas instruções dadas a ele”.
- 37 “Art. 667. (...) § 4º Sendo omissa a procuração quanto ao substabelecimento, o procurador será responsável se o substabelecido proceder culposamente”.
- 38 “Art. 667. (...) § 1º Se, não obstante proibição do mandante, o mandatário se fizer substituir na execução do mandato, responderá ao seu constituinte pelos prejuízos ocorridos sob a gerência do substituto, embora provenientes de caso fortuito, salvo provando que o caso teria sobrevindo, ainda que não tivesse havido substabelecimento”.
- 39 “Art. 667. (...) § 3º Se a proibição de substabelecer constar da procuração, os atos praticados pelo substabelecido não obrigam o mandante, salvo ratificação expressa, que retroagirá à data do ato”.

- 40 “Art. 112. 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 10 (dez) dias seguintes, o advogado continuará a representar o mandante, desde que necessário para lhe evitar prejuízo”.
- 41 “Art. 16. A renúncia ao patrocínio deve ser feita sem menção do motivo que a determinou, fazendo cessar a responsabilidade profissional pelo acompanhamento da causa, uma vez decorrido o prazo previsto em lei (EAOAB, art. 5º, § 3º).
- § 1º A renúncia ao mandato não exclui responsabilidade por danos eventualmente causados ao cliente ou a terceiros.
- § 2º O advogado não será responsabilizado por omissão do cliente quanto a documento ou informação que lhe devesse fornecer para a prática oportuna de ato processual do seu interesse”.
- 42 “Art. 26. O substabelecimento do mandato, com reserva de poderes, é ato pessoal do advogado da causa.
- § 1º O substabelecimento do mandato sem reserva de poderes exige o prévio e inequívoco conhecimento do cliente.
- § 2º O substabelecido com reserva de poderes deve ajustar antecipadamente seus honorários com o substabelecente”.
- 43 Art. 13, Código de Ética e Disciplina da OAB: “A renúncia ao patrocínio implica omissão do motivo e a continuidade da responsabilidade profissional do advogado ou escritório de advocacia, durante o prazo estabelecido em lei; não exclui, todavia, a responsabilidade pelos danos causados dolosa ou culposamente aos clientes ou a terceiros”.
- 44 Art. 24, § 1º, Código de Ética e Disciplina da OAB: “O substabelecimento do mandato sem reserva de poderes exige o prévio e inequívoco conhecimento do cliente”.
- 45 “Art. 670. Pelas somas que devia entregar ao mandante ou recebeu para despesa, mas empregou em proveito seu, pagará o mandatário juros, desde o momento em que abusou”.
- 46 Nessa direção, destaca-se o precedente de relatoria do Min. Ruy Rosado, REsp. 249.382/RS, 4ª T., julg. 18.5.2000, publ. DJ 26.6.2000, no qual se entendeu que a fixação dos juros de mora desde a data do ilícito se justifica para “fortalecer o princípio da confiança, ínsito neste tipo de contrato”, tendo em conta que apenas o mandatário “sabe o

momento do surgimento da sua obrigação de transferir ao mandante as vantagens provenientes do mandato”.

- 47 STJ, 3ª T., REsp. 1.403.005 – MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 6.4.2017, publ. DJe 11.4.2017. A doutrina, do mesmo modo, diferencia a hipótese em que o mandatário incorre em abuso daquela em que há divergência entre as partes quanto aos valores a serem repassados pelo mandatário ao mandante: “Trata-se de hipótese de abuso, portanto de desvio na execução do mandato. Os juros terão incidência desde o instante em que o mandatário haja aplicado somas do mandante em seu benefício sem necessidade de qualquer interpelação ou notificação. É preciso, pois, não confundir a incidência de juros, desde o abuso, quando o mandatário se utilize dos recursos do mandante, indevidamente, em seu próprio proveito, com aqueles casos em que o mandatário haja caído em mora na entrega de montante ao constituinte, submetidos, assim, ao regramento geral a respeito instituído. Ou seja, incidirão juros sobre quantias não repassadas ao mandante, ainda que não utilizadas pelo mandatário, em seu próprio proveito, mas então com termo *a quo* conforme as regras da constituição em mora, automática (*ex re*), se no ajuste fixado de antemão prazo para o repasse, ou mediante interpelação, se inexistente esse prazo (*ex persona*)” (Claudio Luiz Bueno de Godoy. In: Cesar Peluso (coord.), *Código Civil Comentado*, Barueri: Manole, 2013, 7. ed., p. 676).
- 48 “Se o mandatário, tendo fundos ou crédito do mandante, comprar, em nome próprio, algo que devera comprar para o mandante, por ter sido expressamente designado no mandato, terá este ação para obrigá-lo à entrega da coisa comprada”.
- 49 “Art. 675. O mandante é obrigado a satisfazer todas as obrigações contraídas pelo mandatário, na conformidade do mandato conferido, e adiantar a importância das despesas necessárias à execução dele, quando o mandatário lho pedir”.
- 50 Nessa direção, cfr. J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XVIII, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1993, 12. ed., p. 287; e Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, vol. IV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, 4. ed., pp. 313-314.
- 51 “Art. 676. É obrigado o mandante a pagar ao mandatário a remuneração ajustada e as despesas da execução do mandato, ainda que o negócio não surta o esperado efeito, salvo tendo o mandatário culpa”.

- 52 Na jurisprudência: TJSP, 6ª C. D. Priv., Ap. Cív. 9251915-73.2008.8.26.0000, Rel. Des. Costabile e Solimene, julg. 5.8.2010, publ. DJ 17.8.2010; TJMG, 17ª CC, Ap. Cív. 0502037-39.2012.8.13.0145, Rel. Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, julg. 6.2.2014, publ. DJ 18.2.2014.
- 53 “Art. 686. A revogação do mandato, notificada somente ao mandatário, não se pode opor aos terceiros que, ignorando-a, de boa-fé com ele trataram; mas ficam salvas ao constituinte as ações que no caso lhe possam caber contra o procurador.
- Parágrafo único. É irrevogável o mandato que contenha poderes de cumprimento ou confirmação de negócios encetados, aos quais se ache vinculado”.
- 54 Confira-se na jurisprudência do STJ: “1. A revogação do mandato não se opera em relação a terceiros de boa-fé, quando feita a notificação apenas ao mandatário. Assim, se o mandante se sentir lesado, poderá se valer de ação de perdas e danos em desfavor do procurador desconstituído, que, indevidamente, realizou o negócio jurídico (art. 1.318 do CC/1916, correspondente ao art. 686 do CC/2002). Precedentes” (STJ, 3ª T., AgRg no Ag 1026632, Rel. Min. Vasco Della Giustina, julg. 18.8.2009, publ. DJ 8.10.2009). V. tb. STJ, 3ª T., AgRg no REsp. 881023, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julg. 19.12.2007, publ. DJ 8.2.2008. Nos Tribunais estaduais: TJDF, 1ª T., Ap. 20070110289065, Rel. Des. Natanael Caetano, julg. 12.01.2011, publ. DJ 18.1.2011; TJSP, 3ª C. D. Priv., Ap. Cív. 10070617220148260625, Rel. Des. Donegá Morandini, julg. 5.10.2016, publ. DJ 5.10.2016.
- 55 “Art. 687. Tanto que for comunicada ao mandatário a nomeação de outro, para o mesmo negócio, considerar-se-á revogado o mandato anterior”.
- 56 “Art. 683. Quando o mandato contiver a cláusula de irrevogabilidade e o mandante o revogar, pagará perdas e danos”.
- 57 “Art. 684. Quando a cláusula de irrevogabilidade for condição de um negócio bilateral, ou tiver sido estipulada no exclusivo interesse do mandatário, a revogação do mandato será ineficaz”.
- 58 “Art. 686. A revogação do mandato, notificada somente ao mandatário, não se pode opor aos terceiros que, ignorando-a, de boa-fé com ele trataram; mas ficam salvas ao constituinte as ações que no caso lhe possam caber contra o procurador.

Parágrafo único. É irrevogável o mandato que contenha poderes de cumprimento ou confirmação de negócios encetados, aos quais se ache vinculado”.

- 59 “Art. 689. 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”.
- 60 “Art. 674. Embora ciente da morte, interdição ou mudança de estado do mandante, deve o mandatário concluir o negócio já começado, se houver perigo na demora”.
- 61 Tais hipóteses são cogitadas, com exemplos, por J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XXVII, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, pp. 307-308.
- 62 Os honorários advocatícios têm caráter alimentar e, por isso, o STJ, em recente decisão, autorizou a penhora de 10% do rendimento líquido de aposentado para quitar honorários de que era devedor: “1. A legislação processual civil (CPC/2015, art. 833, IV, e § 2º) contempla, de forma ampla, a prestação alimentícia, como apta a superar a impenhorabilidade de salários, soldos, pensões e remunerações. A referência ao gênero prestação alimentícia alcança os honorários advocatícios, assim como os honorários de outros profissionais liberais e, também, a pensão alimentícia, que são espécies daquele gênero. É de se permitir, portanto, que pelo menos uma parte do salário possa ser atingida pela penhora para pagamento de prestação alimentícia, incluindo-se os créditos de honorários advocatícios, contratuais ou sucumbenciais, os quais têm inequívoca natureza alimentar (CPC/2015, art. 85, § 14). (...) 3. No caso concreto, a penhora deve ser limitada a 10% (dez por cento) dos módicos rendimentos líquidos do executado. Do contrário, haveria grave comprometimento da subsistência básica do devedor e do seu núcleo essencial” (STJ, 4ª T., AgInt no REsp 1732927, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 12.2.2019, publ. DJ 22.3.2019).
- 63 V., sobre o tema, Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1, São Paulo: Malheiros, 2017, p. 714.
- 64 “Art. 104. O advogado não será admitido a postular em juízo sem procuração, salvo para evitar preclusão, decadência ou prescrição, ou para praticar ato considerado urgente.

§ 1º Nas hipóteses previstas no caput, o advogado deverá, independentemente de caução, exibir a procuração no prazo de 15



(quinze) dias, prorrogável por igual período por despacho do juiz.

§ 2º. O ato não ratificado será considerado ineficaz relativamente àquele em cujo nome foi praticado, respondendo o advogado pelas despesas e por perdas e danos”.

65 “Art. 105. 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”.

66 Silvio Rodrigues, *Direito Civil. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 305-306. V. tb. Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. 5, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, p. 58; Arnaldo Rizzardo, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 697.

67 Arnaldo Wald, *Obrigações e Contratos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, 13. ed., p. 454.

68 “Art. 111. A parte que revogar o mandato outorgado a seu advogado constituirá, no mesmo ato, outro que assuma o patrocínio da causa”.

69 “Art. 112. 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 10 (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”.

70 Este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “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*” (STJ, 4ª T.,

REsp. 1346171, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 11.10.2016, publ. DJ 7.11.2016). Nos tribunais estaduais: TJSP, 30ª Câm. de Dir. Priv., Ap. Cív. 2031342-68.2018.8.26.0000, Rel. Des. Maria Lúcia Pizzotti, julg. 25.4.2018, publ. DJ 26.4.2018.

- 71 “Art. 313. Suspende-se o processo. (...) § 3º No caso de morte do procurador de qualquer das partes, ainda que iniciada a audiência de instrução e julgamento, o juiz determinará que a parte constitua novo mandatário, no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual extinguirá o processo sem resolução de mérito, se o autor não nomear novo mandatário, ou ordenará o prosseguimento do processo à revelia do réu, se falecido o procurador deste”.
- 72 Silvio Rodrigues, *Direito Civil. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*, vol. 3, cit., p. 307.
- 73 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil. Contratos*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 383.
- 74 Nessa direção, cfr.: STJ, 2ª T., AgRg no REsp. 1516968, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julg. 23.5.2015, publ. DJe 30.6.2015; STJ, 4ª T., EDcl no AREsp. 108224, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 8.5.2012, publ. DJe 4.6.2012.
- 75 “Art. 694. O comissário fica diretamente obrigado para com as pessoas com quem contratar, sem que estas tenham ação contra o comitente, nem este contra elas, salvo se o comissário ceder seus direitos a qualquer das partes”.
- 76 Com menos frequência, utiliza-se também a comissão para compra de mercadorias, para transporte ou fretamento.
- 77 “Art. 172. Iguais diligências deve praticar o comissário todas as vezes que, ao receber os efeitos consignados, notar avaria, diminuição, ou estado diverso daquele que constar dos conhecimentos, faturas ou avisos de remessa; se for omisso, o comitente terá ação para exigir dele que responda pelos efeitos nos termos precisos em que os conhecimentos, cautelas, faturas, ou cartas de remessa os designarem; sem que ao comissário possa admitir-se outra defesa que não seja a prova de ter praticado as diligências sobreditas”.
- 78 “Art. 698. Se do contrato de comissão constar a cláusula *del credere*, responderá o comissário solidariamente com as pessoas com que houver tratado em nome do comitente, caso em que, salvo estipulação

em contrário, o comissário tem direito a remuneração mais elevada, para compensar o ônus assumido”.

- 79 “Art. 703. Ainda que tenha dado motivo à dispensa, terá o comissário direito a ser remunerado pelos serviços úteis prestados ao comitente, ressalvado a este o direito de exigir daquele os prejuízos sofridos”.
- 80 “Art. 688. A renúncia do mandato será comunicada ao mandante, que, se for prejudicado pela sua inoportunidade, ou pela falta de tempo, a fim de prover à 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”.
- 81 “Art. 706. O comitente e o comissário são obrigados a pagar juros um ao outro; o primeiro pelo que o comissário houver adiantado para cumprimento de suas ordens; e o segundo pela mora na entrega dos fundos que pertencerem ao comitente”.



## *Capítulo IX*

# **AGÊNCIA E DISTRIBUIÇÃO. CORRETAGEM**

SUMÁRIO: AGÊNCIA E DISTRIBUIÇÃO – 1. Introdução – 2. Conceito. Efeitos essenciais do contrato de agência – 2.1. O elemento da representação – 3. Efeitos essenciais do contrato de distribuição – 4. Direitos e deveres do proponente – 5. Direitos e deveres do agente ou do distribuidor – 6. Extinção dos contratos de agência e distribuição – CORRETAGEM – 7. Conceito. Efeitos essenciais. Resultado útil obtido pelo corretor – 8. Direitos e deveres dos contratantes – 9. Extinção do contrato de corretagem – Problema prático.

## **AGÊNCIA E DISTRIBUIÇÃO**

### **1. INTRODUÇÃO**

[Unificação do direito das obrigações]

Os contratos de agência e distribuição, anteriormente regulados exclusivamente por leis especiais, tornaram-se contratos tipificados no Código Civil, a evidenciar, a um só tempo, a unificação do direito obrigacional e o reconhecimento, por parte do legislador, da grande relevância que estes contratos assumiram nas atuais práticas comerciais, sendo frequentemente empregados para regular as

relações entre os produtores de bens e serviços e os profissionais responsáveis por fazê-los chegar ao mercado.

Historicamente, com a Revolução Industrial, avultou-se a necessidade de desenvolver novas técnicas de comercialização capazes de escoar a crescente produção de manufaturados, inclusive em mercados afastados dos centros produtores. Com efeito, no contexto de acentuada expansão do comércio, a fase de distribuição, isto é, de intermediação entre o produtor e o mercado consumidor, ganhou progressivamente autonomia em relação à fase de produção. As empresas, em vez de abrir filiais e sucursais, deslocando trabalhadores para locais distantes, passaram a confiar a profissionais especializados, instalados nesses locais, a tarefa de distribuir seus bens e serviços. Com essa nova estratégia comercial, as empresas puderam transferir despesas e riscos inerentes à atividade de distribuição, além de se beneficiar da credibilidade de que gozavam os profissionais junto ao público local.

[Comissão mercantil]

Inicialmente, a distribuição autônoma foi desempenhada por meio da antiga técnica contratual da comissão mercantil, pois a precariedade dos meios de comunicação impunha ao produtor consignar as suas mercadorias em mãos do comissário, que ficava então autorizado a vendê-las em nome próprio, suportando toda a responsabilidade em face do comprador.

O desenvolvimento posterior dos meios de comunicação, proporcionando maior mobilidade à remessa de mercadorias e propostas comerciais, explica, dentre outros fatores, a gradual substituição do comissário pelo agente comercial. Tal como o comissário, o agente atua de modo autônomo, percebendo, em princípio, remuneração conforme os resultados obtidos. No entanto, diversamente do que sucedia com o comissário, o agente limita-se a promover a celebração dos negócios que, nessa nova modalidade contratual, são concluídos pela própria empresa. Desse modo, a empresa continua a se valer de colaboradores externos independentes, beneficiando-se das respectivas vantagens, mas

agora preserva o controle sobre a fase de distribuição, vez que guarda para si a decisão final de concluir os contratos angariados pelo agente.

[Surgimento do contrato de distribuição]

O florescimento da sociedade de consumo, no curso do século XX, deu novo ímpeto à renovação das práticas comerciais e conduziu ao surgimento de outras formas de intermediação, ao lado da agência, como o contrato de distribuição. No lugar do comerciante tradicional, atacadista ou varejista, que exerce a sua atividade sem qualquer coordenação com o produtor, sucede o distribuidor que, embora atuando em seu nome e por conta própria, mantém-se ligado ao produtor convencionalmente, por meio das diversas obrigações, estipuladas no contrato de distribuição, que asseguram à empresa produtora o controle sobre a atividade de distribuição. O distribuidor, portanto, age com autonomia jurídica na promoção e na conclusão dos negócios de interesse do produtor, o qual, em contrapartida, coordena e orienta a sua atividade, transmitindo-lhe orientações e fiscalizando o seu desempenho.

[Compatibilização das fontes normativas]

No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965 (Lei de Representação Comercial), ainda em vigor, disciplina a atividade do agente na figura do representante comercial autônomo. Muito embora representação comercial e agência não se confundam conceitualmente, o legislador especial acabou por identificar, de forma imprópria, as duas figuras, promovendo a assimilação entre o representante, que detém poderes para concluir os negócios do representado, e o agente, que se encarrega apenas de promover os negócios do proponente. De outra parte, não tendo sido revogada expressamente a Lei n.º 4.886/1965, torna-se indispensável harmonizar a disciplina prevista no Código Civil com os dispositivos da lei especial, buscando-se

critérios capazes de estabelecer o âmbito de aplicação de cada um dos diplomas legais.

[Lei Ferrari]

O mesmo sucede com o contrato de distribuição que, no direito brasileiro, foi positivado com a vigente Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979 (Lei Ferrari), que dispõe sobre as relações entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Não existia uma disciplina geral do contrato de distribuição, o que suscitava debate acerca da aplicação dessa lei especial a outras espécies de contratos de distribuição, que não tivessem por objeto a comercialização de veículos automotores de via terrestre.<sup>1</sup>

[Microssistemas]

As opiniões contrárias identificam na lei especial a figura do chamado microssistema, formado por normas excepcionais que funcionariam com independência com relação às demais normas que integram o ordenamento jurídico.<sup>2</sup> Afinal, de acordo com esta doutrina, a *Lei Ferrari* fora destinada a harmonizar os conflitos entre fabricantes e concessionários de veículos automotores terrestres, de modo que não se justificaria a sua aplicação fora desse contexto específico.<sup>3</sup> Na esteira de tal entendimento, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou contrariamente à aplicação analógica da Lei 6.729/1979 a contratos que não disponham sobre concessão comercial de veículos automotores em via terrestre.<sup>4</sup>

[Unidade do ordenamento jurídico]

No entanto, conforme observado em outra sede,<sup>5</sup> o reconhecimento de microssistemas constitui-se na fragmentação da unidade axiológica do sistema jurídico, incompatível com a ordem pública constitucional, cujos princípios e valores informam toda a legislação infraconstitucional. A Lei 6.729/1979 não pode ser tomada como núcleo normativo destacado, expandindo-se, ao revés, às diversas espécies de contrato de distribuição, sempre que *in*



*concreto* sejam identificados os pressupostos essenciais que justificam e dão legitimidade à tutela dos contratantes.

[Tarefa do intérprete]

O Código Civil estabeleceu disciplina geral aplicável a todos os contratos de distribuição, procurando, desse modo, uniformizar o tratamento dispensado aos distribuidores dos diversos setores da economia. Ao intérprete impõe-se, portanto, a tarefa de interpretar os dispositivos do Código Civil em cotejo com aqueles estabelecidos na legislação especial, de modo a preservar a unidade do ordenamento jurídico.

## **2. CONCEITO. EFEITOS ESSENCIAIS DO CONTRATO DE AGÊNCIA**

O contrato de agência consiste em ajuste pelo qual o agente, mediante retribuição, promove, de modo autônomo e estável, a realização de negócios por conta do agenciado ou proponente na zona convencionada.

[Causa do contrato de agência]

Para a qualificação do contrato de agência, afiguram-se essenciais: (i) a obrigação do agente de promover negócios por conta e no interesse do proponente; (ii) a delimitação da zona de atuação do agente; (iii) a estabilidade do vínculo; (iv) habitualidade; (v) a atuação autônoma do agente; e (vi) o caráter oneroso (CC, art. 710<sup>6</sup>).

[Fase preparatória]

O dever de promover negócios a conta do proponente consiste em obrigação fundamental do contrato de agência,<sup>7</sup> compondo seu conteúdo mínimo e irredutível, sem o qual restaria desfigurado o tipo contratual. Tal atividade de promoção diz respeito à fase

preparatória a certo contrato, antecedente à sua celebração, não compreendendo, por isso mesmo, o dever de celebrá-lo. Por outras palavras, a promoção consiste na negociação do contrato com o cliente por conta do proponente. Cabe, portanto, ao agente agir como efetivo negociador, discutindo as cláusulas do contrato e procurando convencer o cliente a celebrá-lo. Quando bem-sucedida, a promoção se concretiza na formalização de proposta contratual, que o agente, em seguida, recolhe e transmite ao proponente.

[Obrigação de meio]

O agente não promete o êxito da negociação, mas se compromete a agir de forma diligente, envidando seus melhores esforços no sentido de convencer o cliente a celebrar determinado contrato com o proponente. Nada impede, todavia, que se convencie volume mínimo de negócios a que se obriga periodicamente a alcançar o agente, tornando-se inadimplente caso não consiga atingir tal resultado.

Embora a atividade de promoção consista tipicamente na intermediação e na negociação do contrato por conta do proponente, não raro assume contornos mais amplos, compreendendo uma série de atividades acessórias, preliminares ou posteriores   celebração do negócio promovido, como a sondagem de clientes e a prestação de serviços de assistência técnica, dentre outros. De outra parte, a atividade de promoção pode ter por objeto qualquer espécie de negócio, não se limitando, ao contrário do que ocorre no contrato de comissão, ao contrato de compra e venda.

[Poderes de representação]

O agente poderá receber poderes de representação do proponente para, em nome e por conta deste, celebrar o negócio, sem que a atividade de representação integre a unidade de efeitos caracterizadora do tipo contratual. O Código Civil previu figura unitária do agente, que pode ou não – conforme as partes convencionarem – possuir poderes para representar o proponente,

embora tal fato não repercuta na qualificação do contrato (CC, art. 710, parágrafo único).

[Zona de atuação]

No que tange à área de atuação do agente, há de se delimitar a zona dentro da qual o agente fica autorizado a desenvolver sua atividade, com vistas a permitir ao proponente coordenar as atividades dos diversos agentes responsáveis pela intermediação de seus produtos ou serviços, evitando conflitos. A noção de zona de atuação não se limita ao conceito de zona geográfica, afigurando-se flexível, de modo a abarcar critérios diversos do geográfico, muitas vezes associados ao espectro de influência do agente em determinado círculo de clientes. À guisa de exemplo, o agente poderia estar autorizado a promover os negócios do proponente junto a empresas de determinado ramo econômico. Na falta de indicação da zona geográfica, o contrato, embora atípico, não será nulo, em homenagem ao princípio da conservação, e, neste caso, a atuação do agente poderá se verificar em qualquer local. Nesse particular, a identificação da zona de atuação do agente poderá ocorrer a partir do exame do comportamento das partes no caso concreto, bem como dos usos e costumes de mercado, que servem como fonte de integração dos contratos.

[Distinção entre delimitação de zona geográfica e exclusividade]

[Habitualidade ou profissionalidade]

A delimitação da zona geográfica não se confunde com a exclusividade para ali atuar, tendo em vista que o proponente pode constituir mais de um agente para angariar seus negócios numa mesma zona geográfica (CC, art. 711<sup>8</sup>). Integra, ainda, a causa do contrato de agência, o desenvolvimento habitual da atividade pelo agente, isto é, em caráter profissional. O agente atua na promoção de um número indefinido de operações em favor do proponente, com o qual deve manter vínculo estável, indispensável à integração da atividade desempenhada pelo agente na empresa do proponente.

Isso não impede, todavia, que o contrato seja celebrado por curtos períodos de vigência, salvo quando se verificar que a exiguidade do prazo tenha por finalidade disfarçar a atuação pontual do agente. A estabilidade também não exige continuidade no desempenho da atividade, admitindo-se, inclusive, a limitação da eficácia do contrato de agência a certos períodos do ano. Todavia, o agente não pode ser contratado para intervir na promoção de um negócio isolado ou de um número determinado de negócios, sob pena de o contrato se desnaturar. Ao contrário do que ocorre na corretagem, o agente atua de modo estável na promoção de um número indefinido de operações em favor do proponente.

[Autonomia do agente]

O agente deve exercer a sua atividade com autonomia. Por conta disso, reputa-se lícito ao agente recorrer, sob sua responsabilidade, a subagentes, salvo ajuste em contrário.<sup>9</sup> Pelas mesmas razões, prevê o Código Civil que as despesas com o desempenho de sua atividade correrão por sua conta e risco, a menos que se pactue em sentido contrário (CC, art. 713<sup>10</sup>). No entanto, a necessidade de atender ao interesse do proponente em coordenar a distribuição de seus bens ou serviços torna delicada a tutela jurídica da autonomia do agente, revelando-se, na prática, sutil a distinção entre a cooperação, que mantém íntegra a autonomia do agente, e a subordinação, que caracteriza, ao revés, a relação de emprego.<sup>11</sup> Naturalmente, a dificuldade apenas se apresenta com relação às pessoas naturais, tendo em vista que o art. 3º da CLT exclui do conceito de empregado as pessoas jurídicas.<sup>12</sup>

[Diretrizes do agenciado]

Tal aspecto assume especial relevo por conta da habitual preponderância econômica do agenciado sobre o agente, sendo comum, por isso mesmo, que o agenciado exerça certo controle sobre a atividade desempenhada pelo agente, sobretudo estabelecendo diretrizes para sua atuação (CC, art. 712<sup>13</sup>). Contudo,

tal controle ou orientação, que indubitavelmente limitam – embora não retirem – a autonomia do agente, não chegam a caracterizar a subordinação jurídica ou a dependência hierárquica, necessárias à configuração de relação empregatícia.

[Identificação da subordinação no caso concreto]

Note-se que nenhum critério, isoladamente, basta para caracterizar, no âmbito do contrato de agência ou de representação comercial autônoma, a típica subordinação do empregado, devendo-se, ao revés, avaliar compreensivamente as diversas particularidades da concreta relação jurídica (determinação do horário de trabalho, prévia escolha dos clientes a serem procurados, ausência de poder de decisão, ingerência na organização interna etc.).<sup>14</sup> A propósito, assim, pode o proponente assumir parte das despesas da atividade de agência ou conceder ao agente remuneração mínima fixa, sem que isto retire a tipicidade do contrato.<sup>15</sup> Tais circunstâncias, contudo, evidentemente, somadas a outras no caso concreto, podem evidenciar o vínculo de subordinação.<sup>16</sup>

[Sujeição excessiva às diretrizes do proponente]

Embora o agente deva obedecer às instruções recebidas do proponente, sua excessiva sujeição poderá caracterizar a subordinação típica da relação trabalhista. Nessa direção, tem-se firmado o entendimento de que o proponente não pode fixar os horários de trabalho do agente, nem lhe impor a lista dos clientes que devem ser procurados, pois a autonomia pressupõe independência para dispor do próprio tempo e para escolher o itinerário.<sup>17</sup>

[Dever de informar do agente]

Deve-se igualmente apreciar a intensidade da fiscalização exercida pelo proponente sobre a atividade do agente. A obrigação de prestar periodicamente ao proponente informações sobre o andamento de sua atividade não retira do agente sua autonomia,

revelando-se, ao contrário, essencial para assegurar a coordenação entre a sua atividade e a do proponente.<sup>18</sup> Todavia, a fiscalização, quando excessiva, pode caracterizar a subordinação do agente.<sup>19</sup>

[Onerosidade]

O contrato de agência afigura-se essencialmente oneroso, razão pela qual se impõe ao agente, mais uma vez, dedicação profissional. O Código Civil, em diversos dispositivos (CC, arts. 714, 716, 717 e 718), procura garantir a remuneração do agente, assegurando-lhe tutela protetora mínima. Em regra, sua remuneração, que se designa por comissão, é calculada em percentual do volume total de negócios realizados, nada impedindo, entretanto, que seja estipulada, no todo ou em parte, em quantia fixa.

Por conta de seu caráter oneroso, considera-se que o agente ou o representante comercial fazem jus à remuneração, ainda que o contrato seja omissivo. Caso as partes não cheguem a acordo, a comissão deverá ser fixada com base nos costumes da praça comercial em que atua o agente ou representante comercial. Os usos e as práticas de mercado servirão, assim, como fonte de integração do contrato, colmatando a lacuna deixada pelos contratantes. Aplica-se, assim, a regra prevista no art. 701,<sup>20</sup> atinente ao contrato de comissão, extensível ao contrato de agência por força do art. 721.<sup>21</sup>

[Forma livre]

De outra parte, para sua formação, não se exige forma específica, sendo possível, inclusive, que seja celebrado oralmente, como ocorre no contrato de representação comercial autônoma, disciplinado pela Lei 4.886/1965.

## **2.1. O elemento da representação**

[Efeito acidental]

Na mesma esteira, o parágrafo único do art. 710 do Código Civil<sup>22</sup> da Lei 4.886/1965 prevê a possibilidade de o proponente conferir poderes de representação ao agente para representá-lo na conclusão dos negócios. Trata-se de pacto acessório ao contrato de agência, tendo em vista que a representação não compõe sua mínima unidade de efeitos, isto é, a causa do contrato de agência.

Nesse particular, o direito brasileiro segue a orientação predominante na Europa, onde, por conta da Diretiva Comunitária nº 86/653, transposta no direito interno dos diversos Estados membros,<sup>23</sup> o agente só pode celebrar contratos em nome da outra parte se essa lhe tiver conferido os necessários poderes. Assim, uma vez conferidos poderes de representação, a atuação do agente assemelha-se à atuação do mandatário, o que justifica a aplicação das normas disciplinadoras do contrato de mandato (CC, art. 721), como, por exemplo, o direito de retenção.

[Decisão do proponente]

Discute-se, ao propósito, se a atribuição de poderes para celebrar os negócios confere ao agente o poder de decidir se o negócio há de ser celebrado. A questão se resolve no exame da amplitude dos poderes concedidos ao agente, alegando a doutrina que, a princípio, o poder permanece com o proponente.<sup>24</sup> A solução doutrinária mostra-se ajustada à típica função prático-jurídica do contrato de agência, no qual se procura tutelar a atuação do agente como efetivo negociador dos contratos, preservando-se, a despeito da representação, a liberdade do proponente em celebrá-los ou recusá-los.

[Representação comercial autônoma]

A atribuição de poderes de representação ao agente conduz à identificação do contrato de agência com o de representação comercial autônoma. Como já referido, a Lei n.º 4.886/1965 introduziu no ordenamento a figura do representante comercial autônomo. O art. 1º da Lei n.º 4.886/1965 determina, em seu *caput*,

que a “representação comercial” corresponde à atividade daquele que se dedica à “mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios”.<sup>25</sup> O parágrafo único do mesmo dispositivo, por sua vez, determina que “quando a representação comercial incluir poderes atinentes ao mandato mercantil, serão aplicáveis, quanto ao exercício deste, os preceitos próprios da legislação comercial”.

[Sentido econômico de representação]

Da leitura conjunta do parágrafo único com o *caput* do art. 1º da Lei 4.886/1965, revela-se possível a configuração da representação comercial sem poderes de representação, o que evidencia o uso impróprio do termo *representação*, a qual, a rigor, implica a existência de poderes, outorgados ou não, os quais permitem a vinculação direta do representado aos negócios firmados pelo representante em seu nome. O dispositivo, portanto, parece valer-se do sentido *econômico* do termo para ressaltar a comunhão de interesses entre as partes, que desempenham as suas atividades no âmbito de relação de mútua colaboração.<sup>26</sup>

Por conta da falta de rigor técnico por parte do legislador especial, passou-se a designar representante comercial autônomo tanto o agente, que promove o negócio sem intervir na sua conclusão, como o representante comercial autônomo, em sentido estrito, que, adicionalmente à promoção, representa o proponente na conclusão do negócio.<sup>27</sup>

Tal confusão terminológica, evitada no projeto de lei anterior à elaboração da Lei n.º 4.886/1965<sup>28</sup>, tornou-se alvo de críticas por parte da doutrina, já que, do ponto de vista conceitual, agente e representante comercial não se confundem,<sup>29</sup> tendo em conta que o representante comercial detém poderes para concluir negócios do representado, ao passo que o agente apenas intermedeia os negócios, sem se encarregar de sua conclusão.<sup>30</sup>

[Superposição dos contratos]



O Código Civil, afastando-se do rigor terminológico, admite, como visto, que a agência seja celebrada com representação, na hipótese de outorga expressa de poderes pelo proponente (CC, art. 710, parágrafo único). Daí a identificação, na esteira da doutrina anterior ao novo Código Civil, da agência com o contrato de representação comercial autônoma.<sup>31</sup>

[Delimitação do âmbito de incidência]

Entretanto, a superposição das duas figuras dificulta a delimitação do âmbito de incidência da Lei n.º 4.886/1965 e do Código Civil. Ao propósito, tem-se atribuído ao contrato de representação comercial campo mais restrito de aplicação do que ao contrato de agência, tendo em vista que o art. 1º da Lei n.º 4.886/1965 alude expressamente à “realização de negócios mercantis”. Dessa maneira, a representação comercial circunscrever-se-ia às relações entre empresários ao passo que a agência “não se adstringe à empresarialidade, ou seja, não é necessário que agente e agenciado ou proponente sejam empresários. Veja-se, por exemplo: o agente de um desportista profissional, de um escritor ou escultor”.<sup>32</sup> De todo modo, aludidos diplomas se afiguram complementares, de sorte que, mesmo que se esteja diante da agência regida pelo Código Civil, mostra-se possível a aplicação da legislação especial no que couber (CC, art. 721); e, de igual modo, no suporte fático regido pela Lei de Representação Comercial poderão ser aplicadas as normas gerais previstas no Código Civil para o contrato de agência.

### **3. EFEITOS ESSENCIAIS DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO**

[Coisa à disposição do distribuidor]

Nos termos do parágrafo único do art. 710 do Código Civil, configura-se contrato de distribuição quando o agente tenha a coisa a ser negociada à sua disposição. O distribuidor constitui-se,

portanto, no intermediário que promove as vendas do proponente e que, por ter as mercadorias à sua disposição, encarrega-se também de aliená-las em nome próprio.

[Ausência de representação]

O distribuidor age sempre em nome próprio, celebrando pessoalmente as vendas das mercadorias que comercializa no interesse do proponente e assumindo, por isso mesmo, os riscos e as responsabilidades daí decorrentes perante o comprador. Por essa razão, o distribuidor, diversamente do que ocorre com o agente, nunca atua como representante do proponente. Caso recebesse poderes para representá-lo na conclusão das vendas, o contrato de distribuição se desfiguraria.

Dessa forma, revela-se traço característico do contrato de distribuição a atuação do distribuidor em nome próprio, dispondo pessoalmente das mercadorias que busca comercializar. Além disso, o distribuidor, assim como o agente, efetua os negócios por conta do proponente em zona determinada, com caráter de habitualidade e sem subordinação hierárquica, mediante retribuição.

[Causa do contrato de distribuição]

[Operação de revenda]

Pode-se afirmar, nessa direção, que se afiguram essenciais ao contrato de distribuição: (i) a obrigação do distribuidor de comercializar as mercadorias em nome próprio, por conta e no interesse do proponente; (ii) a faculdade de disposição, pelo distribuidor, sobre a coisa a ser negociada; (iii) a delimitação da zona de atuação do distribuidor; (iv) a estabilidade do vínculo; (v) habitualidade; (vi) a atuação autônoma do distribuidor; e (vii) o caráter oneroso.

Para a execução do contrato de distribuição, as partes podem se valer de duas distintas estruturas contratuais. De um lado, a distribuição pode basear-se na operação de revenda, ou seja, o distribuidor adquire a propriedade das mercadorias a serem

negociadas, passando a delas dispor, como titular do domínio, para efetuar a alienação.

[Posse sobre a coisa]

Por outro lado, admite-se que o distribuidor disponha das mercadorias por ter sido convencionalmente autorizado pelo proponente, sem que, para tanto, tenha que adquiri-las. Nesta hipótese, o distribuidor afigura-se possuidor do bem que será por ele alienado. O essencial, portanto, para ser como tal caracterizado, é que ao distribuidor seja atribuído a faculdade de dispor dos bens que distribui. Embora a faculdade de dispor seja o sinal mais ostensivo do domínio, é lícito ao proprietário conceder a outrem o exercício desta faculdade para que efetue a venda da mercadoria em nome próprio, tal como ocorre no contrato de comissão e no contrato estimatório. Note-se que, nessa outra modalidade, o contrato de distribuição aproxima-se do contrato de comissão, pelo qual o comissário celebra em nome próprio a venda das mercadorias de cuja propriedade é titular o comitente. Tal circunstância corrobora o disposto no art. 721, segundo o qual se aplica de forma subsidiária ao contrato de distribuição as regras disciplinadoras do contrato de comissão.

[Assunção das responsabilidades perante terceiros]

Vê-se, portanto, que o Código Civil adotou qualificação bastante ampla, a demonstrar que, para a caracterização do contrato de distribuição, não se mostra indispensável a aquisição da mercadoria para a revenda pelo distribuidor. Ao caracterizar o distribuidor como aquele que tem a coisa à sua disposição, reuniu o Código Civil sob o regime da distribuição todas as atividades que traduzam a função essencial do contrato, consistente em promover o escoamento de bens de maneira autônoma, vendendo a mercadoria colocada à sua disposição em nome próprio. Tais características são suficientes para assegurar a assunção pelo distribuidor das responsabilidades daí decorrentes perante o terceiro comprador.

[Divergência quanto à qualificação do contrato de distribuição]

Essa solução, no entanto, tem sido combatida por parte da doutrina, ainda apegada à tradição jurídica anterior ao advento do Código Civil. Para estes autores, na distribuição haveria necessariamente compra para revenda,<sup>33</sup> de tal modo que o contrato, pelo qual o distribuidor tem as mercadorias à sua disposição sem, no entanto, adquiri-las, constituiria, na realidade, mera modalidade do contrato de agência, que deveria ser mais apropriadamente denominada “agência-distribuição”.<sup>34</sup> Já o contrato de distribuição, mediante o qual o distribuidor adquire as mercadorias para em seguida revendê-las, permaneceria fora do âmbito de aplicação dos dispositivos do Código Civil.<sup>35</sup>

[Prescindibilidade da propriedade da coisa]

Tal interpretação, contudo, não procede colhe diante da opção legislativa brasileira, que dispensa a revenda para a qualificação do contrato de distribuição.<sup>36</sup> Além disso, a orientação perfilhada pelo codificador melhor se conforma à realidade empresarial, em que a *revenda*, como técnica comercial, já não desfruta da importância que outrora se lhe atribuiu para o alcance das finalidades econômicas pretendidas com esse tipo contratual.

[Técnica de atuação em nome próprio]

No passado, o título de propriedade da mercadoria afigurava-se imprescindível para se estabelecer a responsabilidade do distribuidor em face do comprador e, nesse passo, eximir o produtor de responsabilidade. Hoje, ao contrário, a responsabilidade do distribuidor perante o comprador decorre do simples fato de agir em nome próprio, independentemente de ser ele o proprietário da coisa objeto de negociação. Ou seja, a técnica legislativa para imputação de responsabilidade independe do domínio e, por isso, não integra a função ou causa do contrato de distribuição a transferência, ao distribuidor, da propriedade dos bens a serem vendidos.

Além disso, a partir do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do distribuidor e do produtor perante o consumidor extrapola os confins da relação contratual estabelecida entre vendedor e comprador, a prescindir da propriedade dos bens distribuídos.<sup>37</sup> Para tanto, ao definir a figura do fornecedor, o diploma consumerista incluiu expressamente aquelas pessoas ou entes despersonalizados que desenvolvem atividades de “distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços” (art. 3º, CDC).<sup>38</sup> Vê-se, portanto, que a titularidade do domínio perdeu a qualquer relevância, na ordem jurídica contemporânea, para fins de assegurar o dever de reparar do distribuidor em face do consumidor do produto.

[Autonomia do distribuidor]

De outro lado, sob o ponto de vista da estrutura interna da distribuição, a compra da mercadoria por parte do distribuidor não determina a autonomia deste em face do produtor, sendo suficiente, para este fim, que seja estabelecida convencionalmente a atuação do distribuidor em nome próprio, com pessoal assunção dos encargos e responsabilidades relativos à sua atividade de distribuição.

[“Ter a coisa à sua disposição”]

A correta compreensão da disciplina do contrato de distribuição associa-se ao sentido a ser conferido à expressão “ter a coisa à sua disposição” empregada pelo art. 710 do Código Civil. Não se trata de mera disponibilidade física,<sup>39</sup> pela qual seria distribuidor quem se encarregaria da custódia e da entrega dos bens aos clientes, sem, no entanto, concluir pessoalmente os contratos. De fato, tal interpretação faria do distribuidor mero agente-distribuidor e corroboraria o entendimento daqueles que sustentam que o contrato de distribuição, baseado na operação de revenda, permanece uma realidade à parte no ordenamento, tendo o Código Civil fracassado

em sua proposta de introduzir tipologia sistematicamente coerente das espécies contratuais.

[Poder de disposição]

Em consequência, impõe-se interpretação que empreste sentido jurídico ao poder de disposição, de modo a se considerar distribuidor aquele que dispõe (vende) em nome próprio (d)as mercadorias que comercializa, seja por tê-las adquirido, seja por ter sido autorizado pelo proponente a vendê-las em nome próprio, sem delas ser o titular do domínio.

[Irrelevância da propriedade da coisa]

Por força dessas considerações, revela-se, portanto, supérflua a titularidade do domínio da mercadoria pelo distribuidor para a configuração da causa do contrato de distribuição, bastando que possa dispor, em nome próprio, da mercadoria. A estrutura negocial escolhida pelas partes – transferência do domínio ou simples autorização conferida pelo proponente ao distribuidor para exercer a faculdade de dispor sobre as mercadorias – não altera a síntese dos efeitos essenciais que caracteriza o contrato de distribuição previsto no Código Civil. É o caso paradigmático da distribuição de veículos automotores, regulada pela Lei 6.729/1979, capaz de assegurar a função da distribuição, conferindo ao concessionário ampla autonomia para a promoção, venda, representação comercial, além de assegurar sua responsabilidade perante o consumidor.

#### **4. DIREITOS E DEVERES DO PROPONENTE**

[Dever de pagar as comissões]

Dentre os deveres do proponente, destaca-se o dever de efetuar o pagamento da remuneração do agente ou do distribuidor, segundo o pactuado, sendo certo que incidirá tal dever caso o negócio não seja concluído por fato imputável ao proponente (CC, art. 716).

#### [Cláusula de exclusividade]

Além disso, mostra-se vedado ao proponente constituir, ao mesmo tempo, mais de um agente, na mesma zona, com idêntica incumbência (CC, art. 711<sup>40</sup>). Cuida-se de exclusividade reconhecida pelo Código Civil como efeito natural e acessório do contrato de agência, o qual pode ser afastado pelas partes, sem desfigurar o tipo contratual. Agente e proponente se encontram vinculados por exclusividade recíproca, salvo disposição em contrário. Em uma palavra, o art. 711, CC, presume a exclusividade do agente, a qual poderá ser afastada por expressa disposição contratual. Diga-se, por oportuno, que, no contrato de representação comercial, diversamente dos contratos de agência e distribuição regulados pelo Código Civil, a exclusividade não se presume, devendo ser ajustada expressamente pelos contratantes (Lei 4.886/1965, arts. 31, parágrafo único, e 41<sup>41</sup>, Lei 4.886/1965).

#### [Interrupção das propostas e boa-fé objetiva]

Some-se, ainda, o dever do proponente de indenizar o agente ou distribuidor se, sem justa causa, cessar o atendimento das propostas ou reduzi-las de tal maneira que se torne antieconômica ao agente ou distribuidor a continuação do contrato (CC, art. 715).

Tal como ocorre em relação ao agente ou distribuidor, a boa-fé objetiva gera igualmente deveres para o proponente. Neste particular, avulta o dever de prestar ao agente informações necessárias ao adequado cumprimento de sua atividade. Em especial, deve o proponente fornecer ao agente a documentação técnica e descritiva dos bens ou serviços a serem agenciados (manuais técnicos, prospectos etc.). Obriga-se, ainda, o proponente a informar o agente quanto à aceitação e à execução dos negócios angariados, tendo em vista a relevância destas informações para a remuneração contratual.

#### [Direitos do proponente]

Por outro lado, o proponente terá direito a (i) auferir os benefícios econômicos decorrentes dos negócios celebrados pelo agente ou distribuidor; (ii) rescindir o contrato com o agente ou distribuidor na hipótese em que reste configurada justa causa, requerendo as perdas e danos sofridos; bem como (iii) ser indenizado caso o agente ou distribuidor atue em contrariedade às suas instruções, desde que restem demonstrados os prejuízos.

## **5. DIREITOS E DEVERES DO AGENTE OU DISTRIBUIDOR**

[Dever de promover negócios no interesse do proponente e em observância às instruções]

Como visto, o agente ou o distribuidor tem o dever essencial de promover os negócios na zona determinada, no interesse do proponente, em observância às instruções recebidas (CC, arts. 710 e 712). Caberá ao agente ou distribuidor, portanto, exercer o seu múnus com total diligência, daí decorrendo necessariamente a proibição de celebrar negócios da mesma natureza, e na mesma zona geográfica, em benefício de mais de um proponente (CC, art. 711). A atuação negligente do agente ou distribuidor deflagrará o seu dever de indenizar o proponente pelos danos causados.

[Dever de diligência]

Ainda no âmbito de seu dever de diligência, o agente ou distribuidor, mesmo que não tenha poderes de representação, deverá receber as reclamações dos clientes relativas à execução do contrato como, por exemplo, as denúncias de vícios nas mercadorias, devendo, em seguida, transmiti-las ao proponente, caso não as atenda diretamente, conforme as instruções recebidas.<sup>42</sup> Cumpri-lhe, ainda, transmitir ao proponente informações das condições do mercado e perspectivas de venda; prestar esclarecimentos a respeito da solvabilidade da clientela e da atuação dos concorrentes, bem como sobre o andamento dos negócios a seu



cargo; e diligenciar para que os clientes recebam com regularidade as mercadorias compradas. Como corolário da boa-fé objetiva, impõe-se ao agente o dever de não revelar os segredos comerciais do proponente.

#### [Obediência às instruções]

Como resultado do dever de diligência, cabe ao agente ou distribuidor obedecer às instruções dadas pelo proponente. Note-se que o não atendimento às instruções recebidas do proponente autoriza a rescisão contratual por justa causa, salvo quando a instrução descumprida se revelar ilícita ou lesiva à sua atividade. Deve-se examinar, à luz do concreto regulamento de interesses, a relevância da infração de modo a se repelir o exercício abusivo da faculdade resolutória por violações de menor gravidade, que não prejudicam a realização substancial das finalidades contratuais.<sup>43</sup>

#### [Dever de arcar com as despesas]

Salvo convenção em sentido contrário, o agente ou distribuidor tem o dever de arcar com todas as despesas na execução do contrato (CC, art. 713).

#### [Responsabilidade pelos danos causados aos clientes]

No que diz respeito à responsabilidade pelo cumprimento do negócio e pelos danos eventualmente ocasionados ao cliente, há de se diferenciar a hipótese em que o agente ou distribuidor atua em nome próprio daquela em que dispõe de poderes de representação. Se o agente ou distribuidor não tiver poderes para representar o proponente, ele se vinculará diretamente ao negócio celebrado, respondendo, por isso mesmo, pela sua inexecução. De outra parte, caso o agente ou distribuidor atue como representante do proponente, esse último figurará como parte do negócio celebrado com o terceiro, respondendo pelos danos decorrentes do descumprimento contratual.

Todavia, existe a possibilidade de o proponente restar vinculado ao negócio celebrado ainda que o agente ou distribuidor não possua poderes de representação. Cuida-se daquilo que se denomina Teoria da Aparência, segundo a qual, não obstante a ausência de poderes, os atos praticados pelo agente ou distribuidor em nome do proponente os vincula diretamente. Tal Teoria, inspirada no princípio da boa-fé objetiva, incidirá se o proponente, por ação ou omissão, tiver contribuído para criar aparência convincente de representação, fundada em circunstâncias objetivas que levem o terceiro de boa-fé a confiar na legitimidade do agente para representá-lo.<sup>44</sup>

Atente-se, ainda, para a possibilidade de responsabilização do proponente, em razão da aplicação do CDC, que o obriga por todos os atos praticados pelo agente, independentemente da existência de poderes de representação ou mesmo da averiguação, no caso concreto, de representação aparente. Na dicção do art. 34, CDC: “O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”.

[Responsabilização do agente por força do CDC]

A mesma regra do diploma consumerista tem servido, em sentido inverso, para responsabilizar solidariamente o agente ou representante autônomo pelos negócios que tenha promovido por conta do proponente. Como se mencionou acima, o agente não respondia por tais negócios, tendo em vista que não integra a relação contratual, que se constitui diretamente entre o cliente e o proponente. Entretanto, o CDC, expandindo os moldes tradicionais da responsabilidade contratual, torna responsável perante o consumidor toda a cadeia de distribuição, inclusive o agente que não participou formalmente da relação contratual.<sup>45</sup>

[Direito à remuneração]

No que tange aos direitos do agente ou distribuidor, sobressai o direito à remuneração pelos negócios concluídos ou por aqueles que

não tenham sido concluídos por fato imputável ao proponente (CC, art. 716).

Caso os negócios tenham sido concluídos por terceiro em sua zona de atuação, o agente ou distribuidor terá igualmente direito à remuneração, mesmo que não tenha deles participado, por força de seu direito de exclusividade (CC, art. 714). Admite-se que o agente tenha igualmente direito à comissão pelos negócios celebrados diretamente pelo proponente com clientes por aquele anteriormente captados, pois se revela contrário à boa-fé objetiva e, portanto, abusivo o comportamento do proponente que, se apropriando dos clientes angariados pelo agente, passa a negociar diretamente com estes, de modo a evitar o pagamento da retribuição devida.

[Dispensa por justa causa: remuneração pelos serviços úteis]

Nas hipóteses de dispensa do agente ou distribuidor, deve-se distinguir, para fins do direito à remuneração, aquelas em que há justa causa daquelas em que a dispensa se dá imotivadamente. Caso o agente ou distribuidor tenha sido dispensado por justa causa, terá direito a ser remunerado pelos serviços úteis prestados ao proponente, independentemente do direito desse último de pleitear perdas e danos (CC, art. 717<sup>46</sup>).

[Dispensa sem justo motivo: remuneração pelos negócios concluídos e pendentes]

Por outro lado, se a dispensa se efetivar sem justo motivo, o agente ou distribuidor terá direito à remuneração pelos negócios concluídos e pelos pendentes, além das indenizações previstas em lei especial (CC, art. 718). Ainda na hipótese de dispensa sem justa causa, o agente ou distribuidor, como visto, tem direito à indenização caso o proponente cesse o atendimento das propostas ou as reduza de tal modo que torne antieconômica a continuação do contrato (CC, art. 715).

[Força maior: remuneração pelos serviços realizados]

Se o agente não puder continuar o trabalho por motivo de força maior, terá direito à remuneração referente aos serviços realizados (CC, art. 719).

## **6. EXTINÇÃO DOS CONTRATOS DE AGÊNCIA E DISTRIBUIÇÃO**

Como se opera nos contratos em geral, o contrato de agência ou de distribuição poderá ter prazo determinado ou indeterminado. Nos contratos de prazo determinado, as partes se encontram vinculadas ao termo final. Assim, se uma das partes desrespeitar o prazo pactuado, restará configurado o inadimplemento. Por outro lado, os contratos de prazo determinado poderão ser denunciados pelo proponente se o agente ou distribuidor cometer inadimplemento que configure justa causa.

Nos contratos de agência e distribuição regulados pelo Código Civil, a justa causa equivalerá ao inadimplemento que, do ponto de vista qualitativo e quantitativo, impeça o alcance do resultado útil almejado pelo contrato. Já nas relações previstas em leis especiais, as hipóteses de justa causa encontram-se nelas indicadas.

[Denúncia vazia nos contratos de prazo indeterminado]

O contrato de agência ou distribuição de prazo indeterminado, isto é, não sujeito a evento extintivo, poderá ser denunciado pelas partes a qualquer tempo, sem justo motivo, mediante aviso prévio de 90 (noventa) dias. Todavia, se o agente tiver efetuado vultosos investimentos, a denúncia unilateral produzirá efeitos apenas após o transcurso de prazo compatível com a natureza e montante dos investimentos (CC, art. 720<sup>47</sup>). A norma, que reproduz a regra geral prevista no parágrafo único do art. 473, do Código Civil,<sup>48</sup> objetiva amortizar os investimentos efetivados pelo agente para o cumprimento do contrato, que incluem a aquisição de maquinário, o desenvolvimento da marca, da clientela, dentre outros.

As leis especiais dispõem acerca das verbas rescisórias, nas hipóteses de denúncia motivada e imotivada, bem como do aviso prévio. À guisa de exemplo, a Lei 4.886/1965 estabelece, em seu art. 27, “j”,<sup>49</sup> que, nas hipóteses de denúncia do contrato de representação comercial sem justo motivo, a indenização devida ao representante comercial não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação.

[Prazo prescricional quinquenal]

Quanto ao prazo prescricional para pleitear as retribuições e demais direitos assegurados ao representante comercial, o parágrafo único do art. 44, Lei 4.886, estabelece que o representante comercial deverá exercer sua pretensão no prazo de 5 (cinco) anos. Tal prazo coincide com o prazo quinquenal estabelecido no art. 206, § 5º, I, Código Civil,<sup>50</sup> para o exercício de pretensão com base em dívida líquida constante de instrumento público ou particular, que incidirá nos contratos de agência e distribuição disciplinados pelo Código Civil.

[Jurisprudência do STJ acerca do prazo prescricional]

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é ampla no sentido de determinar a incidência do prazo prescricional quinquenal para o exercício de pretensão de cobrança de comissões não pagas ou pagas a menor,<sup>51</sup> a contar da data do inadimplemento.

[Prescrição nas hipóteses de denúncia imotivada]

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que, nos contratos de representação comercial, a indenização devida ao representante comercial nas hipóteses de denúncia imotivada terá por base de cálculo os valores recebidos durante a inteira execução do contrato, não devendo se limitar ao quinquênio anterior à rescisão contratual, desde que a ação tenha sido proposta dentro do prazo de cinco anos a contar da rescisão. Vale dizer: se o representante

propuser a ação pleiteando a indenização pela denúncia imotivada dentro dos cinco anos contados a partir da data da extinção do contrato, a base de cálculo da indenização de que trata o art. 27, “j”, da Lei n.º 4.886/65 consistirá na integralidade da retribuição auferida durante o tempo que o representante exerceu a representação comercial.<sup>52</sup>

## **CORRETAGEM**

### **7. CONCEITO. EFEITOS ESSENCIAIS. RESULTADO ÚTIL OBTIDO PELO CORRETOR**

[Disciplina]

Antes do Código Civil de 2002 ser editado, considerava-se a corretagem serviço técnico de colaboração e aproximação entre empresários e comerciantes, razão pela qual era regulamentada em caráter geral no Código Comercial, sem menção a esse tipo contratual no diploma civil de 1916. Com a evolução da realidade socioeconômica, porém, este negócio se consagrou definitivamente nas relações sociais, tornando-se o corretor importante intermediador também em relações não empresárias. Nesse contexto, o contrato de corretagem tornou-se objeto de regulamentação pelo Código Civil de 2002. A disciplina geral do Código Civil (e anteriormente do Código Comercial), todavia, não afasta as leis especiais, como a Lei n.º 6.530, de 12 de maio de 1978, relativa ao corretor imobiliário, e a Lei n.º 4.594, de 29 de dezembro de 1964, que regulamenta a profissão do corretor de seguros.

[Conceito]

Segundo a definição do art. 722 do Código Civil,<sup>53</sup> o contrato de corretagem é o negócio jurídico por meio do qual uma pessoa se obriga perante outra à obtenção de um ou mais negócios segundo

instruções recebidas. As partes contratantes são, portanto, o corretor, também chamado intermediário, e o comitente ou dono do negócio, que busca o serviço do corretor.

[Ausência de representação]

Da definição do tipo extrai-se que não se trata de representação ou interposição em nenhuma de suas espécies, pois o corretor contratado não celebra o negócio pessoalmente, nem mesmo no interesse de seu contratante. Sua prestação, por outro lado, consiste na identificação de terceiros potenciais interessados em contratar com seu cliente e na promoção da aproximação entre eles, para a formalização do negócio. Por essa razão, o contrato de corretagem não se confunde com o mandato, no qual o mandatário atua como representante do mandante, praticando atos ou administrando interesses em nome do mandante e no seu interesse, de modo a vincular o mandante diretamente ao negócio celebrado. A rigor, há verdadeira incompatibilidade entre a representação e a intermediação, “na medida em que o representante defende interesses de um cliente, não podendo estar isento para expor as qualidades e defeitos do bem a ser negociado”.<sup>54</sup> Tal aspecto é ressaltado pelo direito italiano, cujo art. 1754 do Código Civil estabelece que: “mediador é aquele que estabelece uma relação entre duas ou mais partes com vistas à conclusão de um negócio, sem estar vinculado a nenhuma delas por relações de colaboração, dependência ou representação”.<sup>55</sup>

Também não se confunde a corretagem com o contrato de agência: enquanto o corretor atua mediante solicitações pontuais, o trabalho do agente pressupõe estabilidade e duração na promoção de negócios. Vale dizer: ao contrário do corretor, o agente atua de modo estável na promoção de um número indefinido de operações em favor do proponente, em relações que se protraem no tempo, não se podendo restringir sua atuação a negócios pontuais, que descaracterizem a estabilidade do vínculo.

Distingue-se, ainda, a corretagem do contrato de comissão. O comissário obriga-se a adquirir ou vender bens, por conta de outrem,

em nome próprio, de modo que quem com ele negocia não sabe da existência do comitente, já que o comissário assume diretamente as obrigações negociadas. O corretor, por outro lado, não integra pessoalmente a relação contratual com o terceiro, pois, como visto, tem a função de apenas aproximar os interessados na contratação, para que estes firmem o pacto por si.

[Ausência de subordinação]

O contrato da corretagem caracteriza-se pela ausência de relação de subordinação entre o comitente e o corretor. Desse modo, se a atividade do intermediário for realizada mediante vínculo de dependência em relação a seu contratante, não haverá que se falar em corretagem, mas sim em representação ou até mesmo em relação de trabalho, caso os demais pressupostos da relação de emprego estejam configurados.

[Contrato consensual]

A corretagem é contrato consensual, já que a legislação não impõe forma específica para que seja perfectibilizado, bastando o encontro de vontades das partes. Nesse ponto, Orlando Gomes sustenta a possibilidade de corretagem tácita, a qual se concretiza independentemente da declaração de vontade dos contratantes no sentido da conclusão de um contrato, bastando o simples fato de que o intermediário haja concorrido de forma determinante para a realização do negócio, a gerar direitos e obrigações.<sup>56</sup>

[Contrato acessório]

Segundo parte da doutrina, trata-se de contrato acessório, já que depende de um contrato principal para existir, qual seja, o que será celebrado a pedido do comitente, fruto da aproximação realizada pelo corretor.<sup>57</sup> No entanto, não há que se confundir a causa do negócio decorrente da aproximação promovida pelo corretor com a causa do contrato de corretagem, a afastar a vinculação entre os dois pactos pelo vínculo de acessoriedade. Com efeito, é possível



que, por motivos alheios ao contrato de corretagem, o segundo negócio seja extinto ou não se conclua, o que não importará por si só na extinção da corretagem. Em razão dessa autônoma função econômica, destinada simplesmente à prospecção de negócios, o contrato de corretagem não deve ser considerado acessório em relação ao pacto que o corretor busca viabilizar.<sup>58</sup>

[Bilateral e oneroso / Aleatório ou comutativo]

Em relação às prestações das partes, o contrato de corretagem afigura-se bilateral e oneroso, gerando obrigações sinalagmáticas, e sacrifícios econômicos para ambos os contratantes. Apesar da reciprocidade entre as prestações, não há, via de regra, comutatividade entre elas, já que o corretor realiza sua atividade de aproximação, incorrendo em despesas na execução do contrato, sem a certeza de que o resultado almejado será atingido, e, portanto, sem saber se perceberá remuneração. De fato, usualmente, as partes celebram contrato aleatório, de modo que, não se atingindo o resultado útil pretendido, não cabe nem mesmo o reembolso do valor despendido na busca da conclusão do negócio. A aleatoriedade, porém, não é essencial à função do contrato de corretagem, afigurando-se legítima, também, a pactuação de remuneração comutativa, definindo contraprestação ao esforço do corretor, independentemente do resultado obtido.

[Aproximação útil]

A obrigação do corretor não se limita apenas à busca pelo interessado na relação contratual; ao contrário, exige-se, para o adimplemento, a aproximação útil dos interessados, formando-se o consenso apto à celebração do negócio. Com efeito, o art. 722<sup>59</sup> determina que o corretor se obriga a “obter negócios” a pedido e segundo as instruções do cliente. Assim, evidencia que objeto do negócio não se restringe à atividade desempenhada pelo corretor analisada em si mesma, mas abrange o resultado prático de sua

ação: a aproximação útil dos interessados com vistas à celebração do negócio segundo as instruções do cliente.

[Interesse útil]

Doutrina e jurisprudência divergiam no tocante à definição do resultado útil deflagrador do direito ao recebimento da comissão por parte do corretor. De um lado, entendia-se que este resultado consistiria na celebração efetiva do negócio entre as partes cuja aproximação foi viabilizada pelo corretor.<sup>60</sup> Em contrapartida, aludia-se à aproximação útil dos interessados, que deflagraria ao corretor o direito à sua comissão, ainda que o negócio não se efetivasse.<sup>61</sup> Esta última orientação restou consagrada no art. 725 do Código Civil,<sup>62</sup> segundo a qual a remuneração do corretor será devida ainda que o negócio não se conclua por arrependimento das partes. Nessa direção, situa-se a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que reconhece a exigibilidade da remuneração caso o corretor aproxime as partes e estas alcancem o consenso quanto aos elementos essenciais do negócio,<sup>63</sup> ainda que haja desistência<sup>64</sup> ou inadimplemento do comprador.<sup>65</sup>

[Obediência às instruções do comitente]

Destaque-se, ainda, que o corretor não pode se limitar a conseguir a celebração de qualquer negócio, devendo estar sempre orientado pelo interesse do comitente e pelas suas instruções.<sup>66</sup>

## **8. DIREITOS E DEVERES DOS CONTRATANTES**

[Exigências para atuação]

Em relação às características pessoais do corretor, entende-se que não é necessário que ele exerça a função com habitualidade e profissionalismo. A regra geral, portanto, é a de que o corretor atue de forma livre, seja em caráter contínuo ou não, submetido ao regramento geral do Código Civil. Em alguns casos, contudo, em

razão da natureza do negócio principal a ser celebrado a partir da intermediação, exige-se o profissionalismo na atuação do corretor, que estará submetido à lei especial e ao atendimento de exigências específicas. Citem-se os casos dos corretores oficiais, que atuam em áreas em que há maior intervenção do Estado na atividade econômica, como a compra e venda de valores mobiliários ou a tomada de seguros. Esses corretores oficiais gozam de fé pública<sup>67</sup> e estão sujeitos a leis especiais, que determinam limitações ao exercício de sua atividade profissional.

[Imparcialidade]

A obrigação principal do corretor, a caracterizar o objeto do contrato, consiste, portanto, na aproximação útil dos interessados com vistas à realização de negócio a pedido do comitente. O corretor deve agir com imparcialidade, a despeito de atuar a pedido e segundo instruções do cliente. Dentre suas obrigações, releva o dever do corretor de agir com prudência e diligência, envidando seus melhores esforços para aconselhar seu cliente na conclusão do contrato e conciliar os interesses das partes que busca aproximar.<sup>68</sup>

[Dever de informação]

Destaque-se, ainda, o amplo dever de informar assumido pelo corretor. Ao omitir-se sobre os riscos do negócio, as alterações de valores, ou sobre qualquer outra informação que possa interferir na celebração do contrato principal, o corretor responderá perante o comitente por perdas e danos, uma vez constatados os prejuízos diretamente decorrentes dessa omissão. Tal indenização foi incluída no Código Civil pela Lei nº 12.236, de 19 de maio de 2010, que adicionou o parágrafo único ao art. 723 do Código Civil,<sup>69</sup> mas já era admitida, antes, em aplicação da boa-fé objetiva na sua função impositiva de deveres anexos aos contratantes. Entende-se, ainda, que o corretor também pode ser responsabilizado pelos danos que causar àquele que contrata com seu cliente em razão da violação de seus deveres legais e da omissão de informações.

#### [Deveres de diligência e prudência]

Com efeito, há uma singularidade na atuação do corretor que faz com que os deveres de diligência e prudência sejam destacados e mereçam especial atenção do legislador. A atuação do corretor tem em vista a aproximação de pessoas até então desconhecidas, expondo-as aos riscos do negócio com estranhos, justificando-se assim a referência expressa à sujeição do corretor a perdas e danos. Os deveres decorrentes da boa-fé objetiva, implícitos em relação a todos os contratos, foram aqui evidenciados e textualmente mencionados pela norma, subtraindo-se, dessa forma, do alvedrio do magistrado, o cabimento de pretensão ressarcitória.

#### [Remuneração do corretor]

Em contrapartida, o corretor tem direito a perceber sua remuneração, que, em geral, é associada ao resultado útil acima tratado, conforme contratualmente estabelecido (CC, art. 725). Tal remuneração designa-se comissão, fixada através de percentual do valor do negócio celebrado pelas partes em razão da sua atuação, podendo igualmente ser definida por valor certo. Se, porém, não houver fixação pelas partes e nem determinação em lei, a comissão poderá ser arbitrada de acordo com os usos locais e a prática de mercado (CC, art. 724).<sup>70</sup>

#### [Responsabilidade pelo pagamento da comissão]

De ordinário, a responsabilidade pelo pagamento do corretor recai sobre aquele que com ele contratou, ou seja, o seu cliente. Nada impede, porém, que, na assinatura do negócio pretendido, as partes aloquem ao terceiro que celebrou o contrato com o comitente a responsabilidade por essa remuneração ou mesmo a divisão dos custos com a corretagem. Para que cláusula nesse sentido tenha validade, porém, fundamental que o terceiro tenha paridade de informações e anua com a estipulação.

#### [Direito à remuneração]

Como referido anteriormente, a remuneração do corretor será devida mesmo que as partes aproximadas se arrependam ou que uma delas dê causa à resolução (CC, art. 725).<sup>71</sup> Isso porque a prestação do corretor consiste na aproximação dos interessados para a realização do negócio, considerando-se adimplida sua obrigação quando formado o consenso quanto aos elementos essenciais do negócio que os interessados pretendem concluir. Por essa mesma razão, o direito de perceber a remuneração permanece mesmo que o contrato celebrado pelas partes aproximadas pelo corretor seja de tipo diverso do indicado pelo cliente, mas com a mesma função econômica.

Por outro lado, entende-se que o corretor não terá direito a receber remuneração se for celebrado negócio nulo ou se, na hipótese de negócio anulável, o corretor tinha ciência do vício que recaía sobre o pacto.<sup>72</sup>

Igualmente, se a remuneração do corretor sujeita-se a evento futuro e incerto, tendo em conta que o negócio fruto da corretagem se encontra sujeito à condição, caso esta não se concretize, a remuneração não é devida, em proteção ao cliente.<sup>73</sup> Essas normas decorrem da aleatoriedade do contrato, pois, não sendo comutativas as prestações dos contratantes, faz parte do risco normal do tipo negocial a possibilidade de insucesso na aproximação de interessados no negócio, hipótese em que ao corretor não será dada nem mesmo indenização pelos gastos nas tratativas.

[Exclusividade]

Pela própria definição do tipo, só há corretagem quando houver intermediação do corretor voltada à obtenção de negócios. Por isso, não havendo intermediação, o contratado não faz jus à remuneração. Se o negócio for ajustado diretamente entre as partes, não decorrendo da intermediação, o corretor não tem direito de receber pagamento,<sup>74</sup> a menos que, no pacto de corretagem, haja cláusula de exclusividade da qual se permita extrair a abrangência da remuneração para qualquer negócio realizado em determinado período. Mesmo neste caso, mostra-se fundamental que a cláusula

de exclusividade seja estipulada com prazo determinado, sob pena de sacrificar, indefinidamente, a livre-iniciativa do cliente. Sendo assim, “diante da ausência de prazo certo, a exclusividade poderá ser cancelada a qualquer tempo, sem que ao corretor caiba qualquer pretensão indenizatória”.<sup>75</sup>

[Área de atuação]

De outra parte, não há limitação geográfica para a atuação de mais de um intermediador, ou seja, é possível a atuação concomitante de mais de um corretor na mesma zona geográfica. Nesses casos, a cada corretor caberá uma fração igual da remuneração, salvo se convencionada divisão diversa (CC, art. 728).<sup>76</sup>

[Formalização posterior do negócio]

O legislador estipulou, ainda, proteção ao corretor contra a má-fé do cliente, determinando, no art. 727 do Código Civil<sup>77</sup> que, se a contratação for realizada após a dispensa do corretor, mas em razão de seu trabalho de intermediação, a remuneração será devida. Nesse caso, pouco importa se a dispensa ocorreu por rescisão unilateral em contrato sem prazo determinado ou após findo o lapso avençado pelas partes: em qualquer caso, o intermediador agiu com destreza e efetivamente encontrou um parceiro negocial para o interesse do seu cliente. Não pode este, portanto, usufruir do serviço e se beneficiar da aproximação gerada sem a realização da devida contraprestação em razão de anterior extinção do negócio.

## **9. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE CORRETAGEM**

A forma regular de extinção do contrato de corretagem é o seu esgotamento em razão da celebração do contrato de interesse do comitente. A relação também termina pelos modos de extinção das obrigações previstos na teoria geral, como o distrato, o decurso do prazo determinado, a rescisão unilateral, a resolução antecipada com

justa causa ou o caso fortuito e a força maior. Por atribuir às partes obrigações de fazer consistentes em atividades pessoais, o contrato não pode ser transmitido aos sucessores em caso de morte de uma das partes, razão pela qual o falecimento de um contratante também põe fim à relação negocial.

## **PROBLEMA PRÁTICO**

É devida a remuneração ao corretor no caso em que, após a aproximação efetiva e a obtenção do consenso entre as partes, a alienação não se conclui, por desistência do comprador motivada pela tomada de conhecimento de situação de fato relacionada ao bem e omitida pelo corretor durante as negociações?

- **Vide Casoteca**

- 
- 1 Favorável à aplicação analógica da Lei Ferrari a outros contratos de distribuição, registra Orlando Gomes: “Conquanto se limite a regular, para o setor, o contrato de distribuição, suas disposições, com exceção de umas poucas, podem ser aplicadas, por analogia, às outras relações entre produtores e distribuidores” (*Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, 26. ed., p. 464). No mesmo sentido, v. Arnaldo Rizzardo, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 757; Maria Helena Diniz, *Tratado teórico e prático dos contratos*, vol. III, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 474. Em posição intermediária, assinala Paulo Nader: “A lei em questão, pelo que se depreende, é específica e não alcança as hipóteses tratadas pelo Código Civil. Isto, porém, não impede que as lacunas sejam preenchidas por analogia, valendo-se o aplicador do Direito, como paradigma, de um texto em relação ao outro, pois ‘onde houver a mesma razão deverá haver igual disposição’” (*Curso de Direito Civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2018, 9ª ed., p. 433). A resultado semelhante chega Paulo Eduardo Lilla: “Uma solução possível para o problema seria não a utilização da Lei Ferrari por analogia, mas a utilização de alguns de seus princípios a determinados casos concretos nos quais esses princípios serviriam como inspiração para o juiz no momento de julgar a demanda” (*O abuso de direito na denúncia dos contratos de distribuição: o entendimento dos tribunais brasileiros e as disposições do Novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.socejur.com.br/artigos/contratos.doc>. Acesso em 21.08.2006, pp. 16-17).
  - 2 Nesse sentido, Waldírio Bulgarelli, *Questões atuais de direito empresarial*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 42.
  - 3 Como ressalta Paula Forgioni: “em se tratando de um diploma específico, talhado para determinado setor da economia, a L. 6.729/1979, não admite *interpretação extensiva*, sob pena de, artificialmente, causar marcadas distorções, fazendo incidir sobre mercados com outras peculiaridades, regras concebidas exclusivamente para a distribuição de veículos automotores” (*Contrato de distribuição*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 93). V. tb. Humberto Theodoro Júnior, Adriana Mandim Theodoro de Mello, O regime do contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) no novo Código Civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial. Indenizações cabíveis na



extinção da relação contratual. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 825, julho de 2004, p. 68; e José Maria Trepas Cases, *Código Civil Comentado*, vol. VIII, São Paulo: Atlas, 2003, p. 87.

- 4 STJ, 3ª T., REsp. 1320870, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 27.6.2017, publ. DJe 30.6.2017.
- 5 Gustavo Tepedino, Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: Gustavo Tepedino, *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 3ª ed., p. 11 e ss. Mais recentemente, v.: “não é dado confundir a pluralidade de fontes normativas com os denominados microssistemas. Como se sabe, a doutrina que defende a existência de microssistemas acredita que o ordenamento se constitui de centros de gravidade autônomos, fragmentados, cada qual com sua lógica e principiologia própria. Tal concepção, contudo, não se mostra suficiente para explicar a dinâmica do ordenamento, porque a pluralidade de fontes normativas deve conviver com uma unidade axiológica, conferida pelas normas constitucionais. Unidade esta que se revela ainda mais necessária diante das mudanças provocadas pelas inovações tecnológicas, sobre as quais tanto se debateu neste Congresso, que precisam ser enfrentadas com coerência, impossibilitando que a profusão de normas regulamentadoras provoque o surgimento de soluções díspares para os diversos setores do ordenamento” (*Síntese do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro ocorrido de 21 a 23 de setembro de 2016*).
- 6 “Art. 710. Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.  
  
Parágrafo único. O proponente pode conferir poderes ao agente para que este o represente na conclusão dos contratos”.
- 7 A atividade de promoção também figura como obrigação essencial do contrato de agência no direito europeu, constando da Diretiva Europeia nº 86/653/CEE, de 18 de dezembro de 1986, que definiu, no âmbito da União Europeia, o agente comercial como a “pessoa que, como intermediário independente, é encarregada a título permanente, quer de negociar a venda ou a compra de mercadorias para uma outra pessoa, adiante designada ‘comitente’, quer de negociar e concluir tais

operações em nome e por conta do comitente”. Cfr. António Pinto Monteiro, *Contratos de Distribuição Comercial*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 86 e Fabio Bortolotti e Giampiero Bondanini, *Il Contratto de Agenzia Commerciale*, Padova: Cedam, 2003, p. 46.

- 8 “Art. 711. Salvo ajuste, o proponente não pode constituir, ao mesmo tempo, mais de um agente, na mesma zona, com idêntica incumbência; nem pode o agente assumir o encargo de nela tratar de negócios do mesmo gênero, à conta de outros proponentes”.
- 9 Sobre o ponto, a Lei de Representação Comercial, em seu art. 42, estabelece expressamente que “é facultado ao representante contratar com outros representantes comerciais a execução dos serviços relacionados com a representação”.
- 10 “Art. 713. Salvo estipulação diversa, todas as despesas com a agência ou distribuição correm a cargo do agente ou distribuidor”.
- 11 Este é também o critério utilizado pelos tribunais, como se vê do seguinte acórdão do TST: “Relação de emprego. Inexistência. (...) É certo que para a caracterização da relação de emprego deverão estar presentes todos os seus requisitos, quais sejam, habitualidade, subordinação jurídica, pessoalidade e onerosidade. Além disso, no Direito do Trabalho vigora o princípio da primazia da realidade. Não há como transmutar a verdade factual havida entre as partes apenas pela existência ou inexistência de determinado documento ou formalidade. Mediante a demonstração da realidade laborativa, com base nas provas dos autos, é plenamente possível o reconhecimento ou não do vínculo empregatício, ainda que ausentes determinadas formalidades. No presente caso, a Corte *a quo*, ao decidir o litígio, empreendeu minuciosa e detalhada análise do acervo probatório para a formação de seu convencimento – em especial as provas orais e documentais produzidas – e concluiu que não existiu vínculo de emprego entre o reclamante e a reclamada, mas sim típica relação autônoma de representação comercial” (TST, 7ª T., Ag AIRR 394-80.2015.5.05.0013, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello, julg. 4.12.2018, publ. DJ 7.12.2018).
- 12 De acordo com o art. 3º da CLT, “considera-se empregado toda *pessoa física* que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste, mediante salário”.
- 13 “Art. 712. O agente, no desempenho que lhe foi cometido, deve agir com toda diligência, atendo-se às instruções recebidas do proponente”.

- 14 De acordo com Bortolotti e Bondanini, “Na prática, se trata de considerar, caso a caso, os vários elementos típicos da subordinação (falta de autonomia decisória, ausência de risco, inclusão na organização da empresa, obrigação de respeitar horários prefixados e itinerários fixados pelo proponente), tendo em conta que nenhum desses permite, por si só, que se considere a relação como subordinação, devendo-se ao revés efetuar uma valoração que compreenda em conjunto todos os interesses” (*Il Contratto de Agenzia Commerciale*, cit., p. 67).

No original: “in pratica si tratterà di considerare, caso per caso, i vari elementi tipici della subordinazione (mancanza di autonomia decisionale, assenza di rischio, inserimento nell’organizzazione dell’impresa, obbligo di rispettare orari prefissati e itinerari fissati dal proponente), tenendo conto che nessuno di essi permette, da solo, di far considerare il rapporto come subordinato, dovendosi piuttosto effettuare una valutazione complessiva dell’insieme degli stessi” (*Il Contratto de Agenzia Commerciale*, cit., p. 67). V., ainda, Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. 44, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 154 e ss.

- 15 V. exemplificativamente: “A remuneração fixa e o pagamento de ajuda de custo não caracterizam a subordinação jurídica indispensável ao reconhecimento do vínculo empregatício” (TRT-24, 2ª T., RO 00008690620135240004, Rel. Min. Amaury Rodrigues Pinto Junior, julg. 13.5.2015, publ. DJ 19.5.2015).
- 16 V. exemplificativamente: “A remuneração fixa e o pagamento de ajuda de custo não caracterizam a subordinação jurídica indispensável ao reconhecimento do vínculo empregatício” (TRT-24, 2ª T., RO 00008690620135240004, Rel. Min. Amaury Rodrigues Pinto Junior, julg. 13.5.2015, publ. DJ 19.5.2015).
- 17 Nesse sentido vem se posicionado o TST em diversos julgados, conforme ilustram os seguintes acórdãos: TST, 2ª T., RR 34800-06.2009.5.04.0001, Rel. Min. Delaíde Arantes, julg. 6.6.2018, publ. DJ 8.6.2018; TST, 3ª T., ARR 515-86.2014.5.12.0001, Rel. Min. Alexandre Agra Belmonte, julg. 3.10.2018, publ. DJ 5.10.2018.
- 18 TST, 3ª T., 838-88.2016.5.09.0459, Rel. Min. Maurício Godinho Delgado, julg. 5.6.2019, publ. DJ 7.6.2019.
- 19 Nessa direção, crf. o seguinte acórdão: TST, 8ª T., AIRR 1816-52.2015.5.22.0002, Rel. Min. Dora Mariada Costa, julg. 26.9.2018, publ.

DJ 28.9.2018.

- 20 “Art. 701. Não estipulada a remuneração devida ao comissário, será ela arbitrada segundo os usos correntes no lugar”.
- 21 “Art. 721. Aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial”.
- 22 “Art. 710. (...) Parágrafo único. O proponente pode conferir poderes ao agente para que este o represente na conclusão dos contratos”.
- 23 No direito italiano, veja-se o “Art. 1.752. Agente com representação. As disposições do presente capítulo se aplicam também às hipóteses em que ao agente é conferida pelo proponente a representação para a conclusão dos contratos”. No original: “Art. 1.752. Agente con rappresentanza. Le disposizioni del presente capo si applicano anche nell’ipotesi in cui all’agente è conferita dal proponente la rappresentanza per la conclusione dei contratti”. Também em Portugal, por meio do DL. 178/1986, que estabeleceu o regime jurídico do contrato de agência, com alterações do DL. 118/1993, a celebração de contratos em nome da outra parte só será consentida ao agente mediante poderes conferidos por escrito.
- 24 Cf. António Pinto Monteiro, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., p. 89; Vincenzo Cerami, *Agenzia*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. I, Milano: Giuffrè, p. 872.
- 25 Na íntegra: “Art. 1º. Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios. Parágrafo único. Quando a representação comercial incluir poderes atinentes ao mandato mercantil, serão aplicáveis, quanto ao exercício deste, os preceitos próprios da legislação comercial”.
- 26 Assim ressalta António Pinto Monteiro: “Incrementam-se, deste modo, os *colaboradores* da empresa, seus ‘representantes’ no plano económico, mas com autonomia jurídica, empenhados em prosseguir os interesses da empresa, que acabam por ser também os seus, até porque a sua retribuição dependerá (exclusivamente ou, pelo menos, em grande medida) do volume de negócios que vier a ser alcançado” (*Contratos de Distribuição Comercial*, cit., p. 38).

- 27 Como explica Rubens Requião, o contrato de representação comercial autônoma “pode incluir poderes de mandato, quando, no exercício deste, serão aplicáveis os preceitos da lei comercial a eles atinentes. Isso exclui o mandato como elemento fundamental da representação comercial” (Agência. In *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 5, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 170).
- 28 Refere-se o texto ao Projeto de lei 1.171/1949, cujo art. 1º dispunha: “Considera-se agente comercial quem, de maneira estável, em caráter profissional, sem dependência econômica e subordinação hierárquica, realiza numa determinada zona, por conta de uma ou mais empresas, os atos de comércio peculiares à promoção de negócios, agenciando propostas e transmitindo-as aos seus representados para aceitação. Parágrafo único. Denomina-se especificamente representante comercial o agente que tem poderes de representação para concluir os negócios promovidos, aplicando-se-lhe as disposições desta Lei no que forem compatíveis com o mandato mercantil”.
- 29 Rubens Requião, *Do representante comercial*, Rio de Janeiro: Forense, 2005, *passim* e espec. p. 54 e ss.
- 30 V. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. 44, cit., pp. 154 e ss.
- 31 V., por todos, Orlando Gomes, *Contratos*, cit., pp. 365-379; Fran Martins, *Contratos e Obrigações Comerciais*, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 269.
- 32 José Maria Trepas Cases, *Código Civil Comentado*, vol. III, São Paulo: Atlas, 2003, p. 54. Neste sentido, aduz Rubens Edmundo Requião: “O Código Civil, no art. 710, regulando o contrato de agência, preserva a ideia legal do contrato de representação comercial. O contrato de agência, no entanto, não substitui o contrato de representação comercial. Coerente com o seu objetivo de unificar o direito privado, o Código retirou do conceito do art. 710 a limitação aos negócios mercantis, existente no art. 1º da L. 4.886/1965. O contrato de agência, portanto, poderá envolver a intermediação de qualquer espécie de negócios, desde que estes não sejam o ‘objeto’ mediato de ato de intermediação regulamentado por outra lei especializada. Resolvem-se, neste aspecto, as dúvidas que ocorriam em face daquela restrição posta pela L. 4.886/1965, que provocavam a exclusão de um sem-número de atividades legítimas do sistema do contrato de representação comercial. É que não eram, no regime dos atos de

comércio que orientava a legislação comercial brasileira, consideradas atividades comerciais. A partir da vigência do Código Civil elas serão absorvidas pelo contrato de agência, desde que sua intermediação não seja regulada por lei especial, ficando reservada ao contrato de representação comercial a intermediação de negócios mercantis” (*Nova Regulamentação da Representação Comercial Autônoma*, São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 11-12); v., também, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo: Agência e Distribuição. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 19, vol. 5, 2004, p. 16; Sebastião José Roque: *Direito Contratual Civil-Mercantil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*, São Paulo: Ícone, 2003, 2ª ed., pp. 159-160.

- 33 Assim era configurado o contrato de distribuição no regime anterior ao Código Civil. V., por todos, Orlando Gomes, *Contratos*, cit., pp. 374-379; Waldírio Bulgarelli, *Contratos Mercantis*, São Paulo: Atlas, 1987, pp. 453-470. Anota a doutrina especializada: “o contrato de distribuição é por muitos chamado também de concessão mercantil, ou mais propriamente, denominado de ajuste de revenda comercial. Esse último modo denominativo tem talvez a precisão de focar o grande elemento de distinção entre tal forma contratual e o vínculo de representação, pois que neste, agindo o representante em nome e por conta de alguém (o representado), em regra ele não “revende”, ele vende, enquanto na distribuição, ao operar, ele pratica uma venda por conta própria de produtos, que a ele terão sido vendidos pelo cedente” (João Luiz Coelho da Rocha, *Representação Comercial e Distribuição Comercial – Importância dos Traços Distintivos*. In: *Revista de Direito Mercantil*, vol. 101, São Paulo: Malheiros Editores, p. 115). Confirmam-se, ainda, Maria Helena Diniz, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, cit., p. 456; Jorge Lobo, *Contrato de Franchise*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 4; Carlos Alberto Bittar, *Contratos comerciais*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, 5. ed., p. 90.
- 34 Nessa direção, anota Humberto Theodoro Júnior: “Mas, além de falar em ‘contrato de agência’, o Código alude também a ‘contrato de agência e distribuição’. Não são, porém, dois contratos distintos, mas o mesmo contrato de agência no qual se pode atribuir maior ou menor soma de funções ao preposto” (*Do Contrato de Agência e Distribuição no Novo Código Civil*. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 825, jun., 2003, p. 23. No mesmo sentido Paulo Nader: *Curso de Direito Civil*, vol. III, cit., p. 432.

- 35 José Maria Trepas Cases, *Código Civil Comentado*, vol. VIII, cit., p. 64; Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, vol. III, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 116; Humberto Theodoro Júnior, *Do Contrato de Agência e Distribuição no Novo Código Civil*. In: *Revista dos Tribunais*, cit., p. 35.
- 36 A opinião aqui exposta difere da exposta em trabalho anterior, escrito logo após a promulgação do Código Civil, Gustavo Tepedino, Os Novos Contratos no Novo Código Civil. In: *Revista da EMERJ. Número Especial 2002*, Parte 1, Rio de Janeiro: Irapuã Araújo, pp. 181-182.
- 37 Como se sabe, a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC), introduziu amplo sistema de responsabilidade pelos vícios dos produtos e serviços e pelos acidentes de consumo, superando, dessa forma, a responsabilidade contratual que, anteriormente, no âmbito da compra e venda, apenas atingia o comerciante diretamente responsável pela venda. Veja-se, nesta perspectiva, Gustavo Tepedino, A Responsabilidade Civil por Acidentes de Consumo na Ótica Civil-constitucional. In: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 3ª ed., pp. 265-281.
- 38 “Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição, ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.
- 39 Anotar Rubens Edmundo Requião: “A ideia de o agente, ou melhor, o distribuidor, ter ‘à disposição’ o objeto a ser negociado, como característico do contrato de distribuição, compreende o fato de o sujeito ativo ter a posse direta da coisa cuja venda deva intermediar (posse concedida pelo proponente) e tenha o poder, de modo imediato à celebração do negócio intermediado, de fazer a entrega dele ao comprador” (*Nova Regulamentação da Representação Comercial Autônoma*, cit., p. 39).
- 40 “Art. 711. Salvo ajuste, o proponente não pode constituir, ao mesmo tempo, mais de um agente, na mesma zona, com idêntica incumbência; nem pode o agente assumir o encargo de nela tratar de negócios do mesmo gênero, à conta de outros proponentes”.
- 41 “Art. 31. Prevendo o contrato de representação a exclusividade de zona ou zonas, ou quando este for omissivo, fará jus o representante à comissão pelos negócios aí realizados, ainda que diretamente pelo

representado ou por intermédio de terceiros. Parágrafo único. A exclusividade de representação não se presume na ausência de ajustes expressos. (...) Art. 41. Ressalvada expressa vedação contratual, o representante comercial poderá exercer sua atividade para mais de uma empresa e empregá-la em outros mistéres ou ramos de negócios”.

- 42 No âmbito da representação comercial autônoma, a regra encontra-se expressamente prevista no art. 30, Lei 4.886/1965: “Para que o representante possa exercer a representação comercial em juízo, em nome do representado, requer-se mandato expresso. Incumbir-lhe-á, porém, tomar conhecimento das reclamações atinentes aos negócios, transmitindo-as ao representado e sugerindo as providências acauteladoras do interesse deste”.
- 43 Quanto aos deveres do representante comercial, cfr. Arts. 28 e 29, Lei 4.886/1965.
- 44 Na jurisprudência: TJSP, 21ª C. D. Priv., Agl 2229649-65.2018.8.26.0000, Rel. Des. Virgílio de Oliveira Junior, julg. 14.6.2019, publ. DJ 14.6.2019; TJSP, 13ª C. D. Priv., Ap. Cív. 10211953320148260196, Rel. Des. Heraldo de Oliveira, julg. 30.5.2018, publ. DJ 30.5.2018; TJRS, 19ª CC., Ap. Cív. 70080917941, Rel. Des. Eduardo João Lima Costa, julg. 27.6.2019, publ. DJ 4.7.2019.
- 45 A doutrina ressalta que “O CDC impõe a solidariedade mesmo àqueles que teoricamente são independentes, tendo em vista o fim comum, que é fornecer o produto e o serviço. (...) A consequência da norma do art. 34 é que os deveres de boa-fé, de cuidado, de cooperação, de informação, de transparência, de respeito à confiança depositada pelos consumidores serão imputados a todos estes fornecedores diretos, indiretos, principais ou auxiliares, e caberá a escolha, contra quem acionar ou quem reclamar, somente ao consumidor” (Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1.º a 74 – Aspectos Materiais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 454).
- 46 “Art. 717. Ainda que dispensado por justa causa, terá o agente direito a ser remunerado pelos serviços úteis prestados ao proponente, sem embargo de haver este perdas e danos pelos prejuízos sofridos”.
- 47 “Art. 720. Se o contrato for por tempo indeterminado, qualquer das partes poderá resolvê-lo, mediante aviso prévio de noventa dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente.



Parágrafo único. No caso de divergência entre as partes, o juiz decidirá da razoabilidade do prazo e do valor devido”.

- 48 “Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”.

- 49 “Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente: (...) j) indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35, cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação”.

- 50 “Art. 206. Prescreve: (...) § 5º Em cinco anos: (...) I – a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular”.

- 51 Na jurisprudência do STJ: “A pretensão do representante comercial autônomo para cobrar comissões nasce mês a mês com o seu não pagamento no prazo legal, pois, nos termos do art. 32, §1º, da Lei 4.886/65. Assim, a cada mês em que houve comissões pagas a menor e a cada venda feita por terceiro em sua área de exclusividade, nasce para o representante comercial o direito de obter a devida reparação. 5. É quinquenal a prescrição para cobrar comissões, verbas rescisórias e indenizações por quebra de exclusividade contratual, conforme dispõe o parágrafo único do art. 44 da Lei 4.886/65” (STJ, 3ª T., REsp. 1634077, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 9.3.2017, publ. DJe 23.5.2017). V. tb. STJ, 3ª T., REsp 1469119, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 23.5.2017, publ. DJe 30.5.2017.

- 52 STJ, 3ª T., REsp. 1469119, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 23.5.2017, publ. DJ 30.5.2017.

- 53 “Art. 722. Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas”.

- 54 Gustavo Tepedino, Questões controvertidas do contrato de corretagem. In: Gustavo Tepedino, *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 3. ed., p. 136.
- 55 No original: “è mediatore colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza”.
- 56 Orlando Gomes, *Contratos*, cit., pp. 471-472. “Na doutrina estrangeira, registra Alberto Trabucchi: “Pelo simples fato de aceitar a intromissão de um desses auxiliares úteis à atividade econômica – ainda que não seja dado encargo específico – surgem obrigações e direitos e, se estipulado o negócio principal, as partes interessadas devem pagar a comissão ao corretor que esteja em dia com os pressupostos legais de sua profissão” (*Istituzioni di diritto civile*, Pádua: Cedam, 1993, 34. ed., p. 732) (tradução nossa). No original: “Per il semplice fatto di accettare l’intromissione di uno di questi utili ausiliari dell’attività economica – anche se non è stato dato uno specifico incarico – sorgono obblighi e diritti e, se verrà stipulato l’affare principale, le parti interessate dovranno pagare la provvigione al mediatore che sia in regola con i presupposti legali della sua professione”.
- 57 Nesse ponto, ver, por todos, Flávio Tartuce, *Manual de Direito Civil*, Volume único, São Paulo: Método, 2014, 4ª ed., p. 786.
- 58 Confira-se a doutrina de Gustavo Tepedino *et al*, *Código Civil Interpretado*, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, 2ª ed., p. 513.
- 59 “Art. 722. Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas”.
- 60 Assim era o 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. Recurso especial provido” (3ª T., REsp 753.566/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 17.10.2006, publ. DJ 5.3.2007). No mesmo sentido se posicionava parte da doutrina: “Nos contratos típicos do atual Código Civil, há inúmeros exemplos de obrigações de resultado. No contrato de corretagem uma pessoa compromete-se a obter negócios para quem a contrata, seguindo específicas instruções desta última. Logo, por ser a prestação de resultado, somente com a

celebração do negócio pretendido pelo contratante (resultado) é que se consuma o negócio de corretagem e o contratado faz jus à respectiva remuneração” (Alexandre Laizo Clápis, Obrigações de meio, de resultado e de garantia. In: *Revista de Direito Privado*, vol. 39, jul./set., 2009, pp. 9-42); Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações contratuais e extracontratuais*, vol. III, São Paulo: Saraiva, 2003, 18. ed., p. 394.

- 61 “A remuneração, também denominada comissão ou corretagem, representa o pagamento do preço do serviço pelo resultado útil que o trabalho ofereceu, ou seja, pelo serviço que presta, aproximando as partes e tornando possível a conclusão de um negócio, tem o intermediário direito à remuneração. (...) [Art. 725] Por esse dispositivo a remuneração do corretor é sempre devida, desde que tenha ele logrado obter o acordo de vontade das partes contratantes, pouco importando que o negócio se efetive ou não” (Washington de Barros Monteiro, cit., 2ª parte, vol. 5, pp. 320-321).
- 62 “Art. 725. 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 de arrependimento das partes”.
- 63 “O art. 725 do Código Civil de 2002 estabelece que: “Art. 725. 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 de arrependimento das partes” (Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*, 2ª parte, vol. 5, São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 320-321).
- 64 Na jurisprudência do STJ: “2. É assente o entendimento da jurisprudência desta Corte no sentido de que ‘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, 3ª T., Agl no AREsp. 1262428, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 8.4.2019, publ. DJe 10.4.2019). V. ainda: STJ, 3ª T., REsp. 1765004, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 27.11.2018, publ. DJe 5.12.2018; STJ, 4ª T., Agl no AREsp. 1020941, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julg. 25.4.2017, publ. DJe 4.5.2017. A respeito da desistência do comprador, confira-se: “Direito civil. Comissão de corretagem. Venda de imóvel. Desistência da parte após a assinatura de promessa de compra e venda. Comissão devida. 1. 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. 2. Agravo regimental desprovido” (STJ, 3ª T., AgRg no AREsp. 465.043, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. 8.5.2014, publ. DJe 19.5.2014).

- 65 Na jurisprudência: “Civil. Recurso especial. Corretagem. Comissão. Compra e venda de imóvel. Desistência do comprador após assinatura de promessa de compra e venda e pagamento de sinal. Comissão devida. 1. Discute-se se é devida a comissão de corretagem quando, após a assinatura da promessa de compra e venda e o pagamento de sinal, o negócio não se concretiza em razão do inadimplemento do comprador. 2. No regime anterior ao do CC/02, a jurisprudência do STJ 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. 3. 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. 4. Pelo novo regime, deve-se refletir sobre o que pode ser considerado resultado útil, a partir do trabalho de mediação do corretor. 5. A assinatura da promessa de compra e venda e o pagamento do sinal demonstram que o resultado útil foi alcançado e, por conseguinte, apesar de ter o comprador desistido do negócio posteriormente, é devida a comissão por corretagem. 6. Recurso especial não provido” (STJ, 3ª T., REsp. 1.339.642/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 28.8.2018, publ. DJe 21.2.2019).
- 66 Sobre o ponto: “A atuação do corretor na busca da obtenção do negócio pretendido pelo cliente espraia-se, durante toda a execução do contrato, em procedimentos paralelos à identificação de interessados. Sua obrigação não consiste simplesmente em obter, a todo custo, qualquer negócio. Cumpre a ele obter o negócio pretendido pelo cliente, conforme as instruções dele recebidas, esclarecendo-lhe acerca de todas as particularidades do negócio e alertando-o sobre os riscos do negócio” (Gustavo Tepedino et al, *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, cit., p. 511).
- 67 Como já anotado: “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 único pressuposto a capacidade civil, além da submissão à legislação

especial, que regulamenta a atividade, habilitando-os para o exercício profissional” (Gustavo Tepedino, *Questões Controvertidas sobre o Contrato de Corretagem*. In: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 4. ed., p. 135).

- 68 Segundo Orlando Gomes, o corretor “cumpre sua função aconselhando a conclusão do contrato, informando as condições do negócio e procurando conciliar os interesses das pessoas que aproxima” (*Contratos*, cit., p. 471).
- 69 “Art. 723. 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”.
- 70 “Art. 724. A remuneração do corretor, se não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais”.
- 71 “Art. 725. 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 de arrependimento das partes”.
- 72 Sobre a desnecessidade de remuneração em caso de anulabilidade, confira-se Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 474: “Perde a comissão, não obstante, se nulo o contrato que enseja. A simples anulabilidade somente se lhe seria oponível, porém, se conhecia a causa. A comissão é devida, ainda, se ocorrer arrependimento de qualquer dos interessados na conclusão do negócio”.
- 73 Sobre o ponto: “se a eficácia da corretagem é condicionada a evento futuro e incerto, a jurisprudência protege o cliente. Afirma-se que a remuneração não é devida se o negócio intermediado estava condicionado a financiamento e este, ao final, não foi obtido” (Gustavo Tepedino et al, *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, cit., p. 514).
- 74 “Art. 726. 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”.

- 75 Gustavo Tepedino *et al*, *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, cit., p. 515.
- 76 “Art. 728. Se o negócio se concluir com a intermediação de mais de um corretor, a remuneração será paga a todos em partes iguais, salvo ajuste em contrário”.
- 77 “Art. 727. 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”.



## CONTRATO DE TRANSPORTE

SUMÁRIO: 1. Conceito. Efeitos essenciais – 2. Características – 3. Incidência de leis especiais, tratados e convenções internacionais – 4. Transporte de pessoas – 4.1. Conceito – 4.2. Natureza da responsabilidade do transportador. As cláusulas de não indenizar – 4.3. Direitos e deveres do transportador – 4.4. Direitos e deveres do passageiro – 5. Transporte de coisas – 5.1. Objeto – 5.2. Direitos e deveres do transportador – 5.3. Direitos e deveres do remetente – Problema prático.

### 1. CONCEITO. EFEITOS ESSENCIAIS

[Pluralidade de fontes]

O Código Civil de 1916 não tratou do contrato de transporte, cuja disciplina se encontrava esparsa em diversas leis especiais. O transporte terrestre e marítimo era parcialmente regido pelo Código Comercial Brasileiro de 1850, que tratava do comércio marítimo e da profissão dos condutores e comissários desses veículos. Mais tarde, essas disposições foram complementadas pelo Decreto nº. 2.681, de 7 de dezembro de 1912, chamado Lei das Estradas de Ferro, que estabelecia o regime da culpa presumida para a responsabilidade civil decorrente de acidentes em estradas de ferro. Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 116, de 25 de janeiro de 1967,



passou a disciplinar o transporte marítimo de mercadorias. O Código Brasileiro da Aeronáutica, instituído pela Lei n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986, por sua vez, regulamentou o transporte aéreo nacional.

Diante da pluralidade de fontes normativas, o Código Civil de 2002 pretendeu estabelecer regras gerais para o contrato de transporte, determinando, ainda, a disciplina do transporte de coisas e de pessoas. Na hipótese de conflito entre o Código Civil e a lei especial, prevalece a disciplina do Código Civil (CC, art. 732<sup>1</sup>). Nessa direção, o Código Civil unifica as regras gerais sobre a matéria e revoga as disposições anteriores da legislação especial que lhe sejam contrárias, mantendo-se em vigor, como se verá adiante, as normas de defesa do consumidor.

[Conceito unitário]

Tal pluralidade de fontes normativas, contudo, não afasta o conceito unitário de transporte.<sup>2</sup> Trata-se de negócio jurídico por meio do qual alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar pessoas ou coisas, animadas ou inanimadas, até o lugar de destino, com segurança, por meio aéreo, marítimo ou terrestre (CC, art. 730<sup>3</sup>).

[Partes]

Em qualquer espécie de transporte, figuram como partes, de um lado, o transportador ou condutor, pessoa física ou jurídica, que se dispõe a receber a pessoa ou a coisa transportada, e levá-la ao destino; e, no outro polo negocial, o passageiro ou viajante, quando o transporte for de pessoas, ou o expedidor ou remetente, no caso de transporte de coisas. Há, ainda, a figura do destinatário ou consignatário, pessoa a quem é expedida a mercadoria, que pode ser o próprio remetente ou terceiro; neste último caso, embora o destinatário não seja parte do contrato de transporte, detém direitos contra o transportador e, eventualmente, sujeita-se a obrigações.

No transporte de pessoas, o passageiro assume, pelo só fato de ingressar no veículo, obrigações constantes de avisos concernentes às normas de conduta e de uso dos serviços; além do pagamento do preço. No transporte de coisas, por sua vez, o expedidor se obriga a observar as regras de utilização dos serviços, especialmente em relação à embalagem das mercadorias, e de contratar seguro das coisas expedidas, cujo pagamento pode ser efetuado no ato da expedição dos bens ou quando da sua entrega ao destinatário, por meio de reembolso ao transportador. O destinatário, por sua vez, mesmo não sendo parte, torna-se também sujeito de direitos e obrigações, a configurar, do ponto de vista técnico, estipulação em favor de terceiro. À guisa de exemplo, pode-se estipular que o destinatário pague o frete; ou, ainda, como credor da entrega da mercadoria, pode exigir a verificação de seu estado.

[Bilhete de passagem e conhecimento]

De ordinário, emite-se documento que representa o instrumento do contrato. No transporte de pessoas, chama-se bilhete de passagem, que pode ser pessoal e, portanto, intransferível; ou impessoal, conferindo o direito à condução de qualquer pessoa. Não há obrigatoriedade na sua emissão, de sorte que muitas modalidades de transporte se perfazem com a simples admissão do passageiro no veículo mediante pagamento, instaurando-se, assim, a relação contratual. Já no transporte de coisas, o documento que comprova a relação contratual é denominado conhecimento, cuja apresentação é condição para a entrega do bem ao expedidor ou ao destinatário, cuidando-se de documento obrigatório.

[Classificações]

O contrato de transporte apresenta diversas classificações. Quanto ao objeto, há transporte de pessoas e coisas. Em razão do meio empregado, têm-se o transporte terrestre – realizado por terra firme –, o transporte marítimo ou fluvial – executado em mares e rios – e o transporte aéreo – executado no espaço aéreo.

Alude-se, ainda, ao transporte modal, quando utiliza uma só modalidade de transporte durante todo o percurso; ou multimodal, em que duas ou mais modalidades são empregadas, regido pela Lei n.º 9.611, de 19 de fevereiro de 1998.

Enumere-se, ainda, o transporte segmentado, combinado ou sucessivo, em que os diversos tipos de transporte são contratados separadamente a fim de que se cumpra todo o percurso desejado. Nesta modalidade de transporte, um dos transportadores assume em nome próprio, perante o cliente, a obrigação de contratar os outros transportadores sucessivos, mas cada transportador responde individualmente pelo seu percurso. Os transportadores se obrigam, assim, sucessivamente, e, por essa razão, não há que se falar em responsabilidade solidária, salvo se houver acordo nesse sentido.

De outra parte, há os transportes cumulativos, em que existe contrato único de transporte para o inteiro trajeto, embora realizado por diversos transportadores. O cliente entra em direta relação com todos os transportadores, ainda que, no momento da celebração do contrato, estes se façam representar por um deles. O transporte cumulativo não se confunde, por outro lado, com o contrato celebrado com um único transportador que recorre a outros transportadores, em subcontratação. Nesta última hipótese, integra a relação contratual apenas o transportador que celebrou o contrato, razão pela qual é o único a responder perante o cliente pela execução de todo o serviço, caso não se configure relação de consumo, quando se reconhece a solidariedade de todos os transportadores (CDC, art. 20<sup>4</sup>).

[Responsabilidade no transporte cumulativo]

No que tange ao transporte cumulativo, o art. 733<sup>5</sup> do Código Civil estabelece que os danos sofridos durante o trajeto serão de responsabilidade do transportador responsável pelo trecho em que ocorreram. Entretanto, determina o legislador que os atrasos só devem ser computados ao final do trajeto, “pois o retardo é pelo percurso todo, da saída ao destino, isso porquanto pode haver

atraso numa fase que se compense pelo adiantamento em outra, enfim cumprindo-se o tempo devido”.<sup>6</sup> Perante o contratante ou terceiros, porém, a responsabilidade dos transportadores cumulativos pela execução da prestação e pelos danos causados na execução do contrato (v.g. atraso ou interrupção da viagem, dano a pessoas ou coisas decorrente do transporte etc.) afigura-se solidária, tendo os transportadores ação regressiva em relação ao causador do dano. Se um dos transportadores for substituído no decorrer da execução do contrato, no percurso a que estava obrigado, aquele que ingressa na relação responde solidariamente (CC, art. 733, § 2º<sup>7</sup>).

[Solidariedade]

Com efeito, a solidariedade é imperativa tanto no transporte cumulativo de coisas quanto no de pessoas, sem distinção. Diferentemente do que preconiza o direito italiano, que diferencia o regime de responsabilidade em relação ao tipo de transporte, determinando ser individual no transporte de pessoas<sup>8</sup> e solidária no transporte de coisas,<sup>9</sup> a análise sistemática do Código Civil brasileiro revela que a solidariedade há de ser aplicada às duas modalidades de transporte. Além disso, das próprias normas relativas ao contrato de transporte se extrai expressamente a responsabilidade solidária dos transportadores de coisas do art. 756 do Código Civil,<sup>10</sup> e, sistematicamente, a solidariedade dos transportadores de pessoas, por uma leitura conjunta do *caput* do art. 733 com seu § 2º.

[Indivisibilidade da prestação]

A prestação do transportador, no transporte cumulativo, mostra-se, ainda, indivisível por motivo de ordem econômica (CC, art. 258), de modo que, embora o transportador esteja vinculado a executar o transporte somente no seu percurso específico, é responsável pelo adimplemento da dívida de todo o percurso em razão da cumulatividade.<sup>11</sup>

## 2. CARACTERÍSTICAS

[Comutativo e consensual]

Como regra geral, o contrato de transporte consiste em contrato comutativo, pois gera prestações para ambas as partes que são *ab initio* equilibradas, correspondentes e conhecidas. Além disso, é consensual, exigindo apenas o acordo de vontades para sua perfectibilização. Orlando Gomes destaca que, na generalidade das vezes, o contrato de transporte é formado através da aceitação de uma oferta ao público por meio de mero comportamento social típico, o que se observa, por exemplo, na tomada de transportes coletivos nas cidades brasileiras.<sup>12</sup> Não prospera mais, nesse sentido, o entendimento segundo o qual o transporte de coisas seria contrato real, afinal, a entrega da coisa configura-se mero ato de execução do contrato, que já se formou mediante o consenso anterior entre expedidor e transportador.<sup>13</sup>

[Oneroso e bilateral ou unilateral]

Segundo a definição do Código Civil, o serviço de transporte pressupõe contraprestação, razão pela qual traduz contrato oneroso (CC, art. 730<sup>14</sup>). Tal contraprestação poderá consistir em retribuição pecuniária ou, em alguns casos, embora o transporte seja realizado sem remuneração direta, o transportador possui interesse econômico na sua atividade, a caracterizar a onerosidade. É o que ocorre, por exemplo, com as empresas que oferecem transporte para seus empregados irem ao trabalho, no transporte oferecido por sistema de milhagem ou no transporte gratuito de idosos em coletivos, por exemplo.<sup>15</sup> A ausência de remuneração pecuniária não transforma o transporte em contrato gratuito, vez que o transportador tem interesse econômico em prestar o serviço, dele auferindo vantagens indiretas (CC, art. 736, parágrafo único).<sup>16</sup> Em tais hipóteses, o contrato de transporte acabará por se qualificar como oneroso e unilateral, pois a prestação executada pelo transportador não tem, em regra, como correspectivo jurídico, as vantagens indiretas por ele

obtidas.<sup>17</sup> Nas hipóteses em que há remuneração direta do transportador, o contrato será bilateral, já que a prestação do transportador tem como causa o pagamento da remuneração, a configurar o sinalagma.

[Transporte benévolo]

Estabelecida a onerosidade como traço essencial à qualificação do contrato de transporte,<sup>18</sup> o Código Civil determina, no art. 736,<sup>19</sup> que o transporte benévolo, ou seja, aquele oferecido desinteressadamente, sem qualquer benefício, ainda que indireto, para o transportador, por mera amizade ou cortesia, não se subordinará às normas do tipo contratual. Trata-se, a rigor, de tipo contratual diverso do contrato de transporte, não se equiparando as suas respectivas causas.<sup>20</sup> O Superior Tribunal de Justiça, na esteira de reiteradas decisões que aplicavam ao transporte benévolo o regime de responsabilidade previsto para os contratos gratuitos,<sup>21</sup> editou a Súmula n.º 145 (1995), segundo a qual “no transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”. Assim, na hipótese de simples culpa, o carona assume os riscos dos danos oriundos do deslocamento pretendido.<sup>22</sup>

[Contrato de adesão e de execução continuada]

No mais das vezes, o contrato de transporte consistirá em contrato de adesão, a ele se aplicando as regras relativas à interpretação deste tipo negocial (CC, art. 423);<sup>23</sup> e em contrato de execução continuada, cujos efeitos se protraem no tempo.

[Serviço público]

Note-se que o transporte pode configurar serviço público, pelo que a sua execução ou exploração se encontra afeta ao Poder Público, que o faz diretamente, por meio da Administração Direta, ou indiretamente, mediante outorga à entidade integrante da

Administração Indireta, organizada em empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias e fundações públicas, ou por delegação à iniciativa privada, na forma de autorização, concessão ou permissão de serviço público (CC, art. 731).<sup>24</sup> As relações entre o Poder Público e o transportador serão regidas pelas normas legais e regulamentares próprias, bem como por aquelas fixadas no ato administrativo instituidor, sem prejuízo do disposto no Código Civil. De outra parte, no que concerne às relações firmadas entre prestador do serviço público de transporte e o usuário, aplica-se o Código Civil e, eventualmente, o CDC.

[Distinção de figuras afins]

Há de se distinguir, ainda, o contrato de transporte de figuras afins. Apesar de o transporte de coisas ser corriqueiramente denominado “frete”, por descuido terminológico, este tipo contratual não se confunde com o contrato de fretamento, negócio jurídico por meio do qual o dono de uma coisa, geralmente um navio ou aeronave, se compromete a cedê-la, em caráter oneroso, ao uso de outrem.<sup>25</sup> O transporte, ao contrário, se traduz em atividade, na qual o transportador se compromete a conduzir, de um lugar para o outro, coisas ou pessoas. Nesse sentido, afasta-se, de igual modo, da locação de coisas, pois não há desdobramento da posse, já que o próprio transportador realiza a atividade de deslocamento, sem ceder seu veículo para isso. Tampouco se identifica com a empreitada, pois o transportador não se obriga a um fazer que resultará na entrega da coisa construída, consistindo sua atividade apenas no deslocamento da pessoa ou coisa segundo o contratado. Igualmente se afasta do depósito, pois sua característica essencial não é a guarda do bem, apesar de se revelar fundamental ao tipo que o transportador atue com diligência para manter incólume o objeto transportado.

### **3. INCIDÊNCIA DE LEIS ESPECIAIS, TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS**

Dentre as questões mais discutidas no contrato de transporte, destaca-se a identificação *in casu* da normativa aplicável, já que, além do Código Civil, existe uma série de leis especiais que regulam esse tipo negocial, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor e das normas de Direito Administrativo. Ao lado da normativa interna, situam-se ainda as normas internacionais constantes de Tratados que foram internalizados no Brasil e regem, também, o contrato de transporte. Diante da pluralidade de fontes normativas, cabe ao intérprete identificar a disciplina aplicável *in concreto*, remediando quaisquer conflitos ou aparentes antinomias. Nessa esteira, o art. 732 do Código Civil<sup>26</sup> determina que ao contrato de transporte se aplicarão as leis especiais e os tratados internacionais desde que não contrariem as disposições do Código Civil. As normas do Código Civil constituem, portanto, a normativa geral sobre a matéria, que prevalece sobre a lei especial em caso de conflito.

[Antinomia do CC com tratados e convenções internacionais]

Desse modo, o art. 732 revoga as normas oriundas de tratados e convenções internacionais anteriores, que conflitarem com os preceitos constantes do Código Civil, reconhecendo, conforme a orientação prevalente no direito pátrio, a igualdade hierárquica entre a lei de origem interna e os textos normativos internacionais, incorporados ao ordenamento. Com efeito, os tratados internacionais se encontram, no ordenamento brasileiro, em igualdade hierárquica em relação às leis internas, ressalvadas as hipóteses dos tratados de Direitos Humanos, que via de regra têm *status* supralegal e, se aprovados pelo *quórum* especial do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, se revestem de *status* constitucional.

O Brasil ratificou e internalizou por meio do Decreto nº. 20.704, de 1931, a Convenção de Varsóvia, de 12 de outubro de 1929, modificada pelos Protocolos da Haia, de 1955, da Guatemala de 1971 e de Montreal de 1975. Esses diplomas tratam do transporte aéreo internacional, e suas aplicações no Brasil geram controvérsias,



pois, em relação à responsabilidade civil do transportador, como se verá, há antinomia com a legislação interna, especialmente com o que determina o Código de Defesa do Consumidor.

[Normas administrativas]

Por outro lado, nos casos de contratos de transporte que configurem serviço público, como visto, o art. 731 do Código Civil ressalvou que não apenas as leis especiais regentes das concessões, autorizações e permissões administrativas são aplicáveis, mas também os próprios atos e contratos públicos que regulamentam a relação da Administração Pública com a entidade prestadora.<sup>27</sup>

[Serviço público de competência da União]

Note-se, ao propósito, que a Constituição estabelece a que o transporte é um direito social<sup>28</sup> e reparte entre os entes federativos a competência para prestá-lo. No art. 21,<sup>29</sup> determina que cabe à União a prestação de serviços de transportes ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território. Igualmente cabe à União o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. Como serviço público que é, o transporte pode ser prestado diretamente pela Administração Pública direta ou indireta ou mediante delegação a particulares, o que pode ser viabilizado por meio de autorização, concessão ou permissão.

[Serviço público municipal]

Por outro lado, cabe ao Município organizar e prestar os serviços de transporte coletivo, que tem caráter essencial.<sup>30</sup> A delegação a particulares, nesse caso, pode ser feita nos regimes de concessão ou permissão. Em qualquer caso, é fundamental que a delegação seja feita mediante licitação, de modo a observar os princípios fundamentais da Administração Pública, especialmente a moralidade e a impessoalidade.<sup>31</sup>

[Concessão, permissão e autorização]

A concessão e a permissão são tipos de delegação feitos por meio de contrato, isto é, negócio bilateral em que a Administração transfere a execução de um serviço público a um particular. A autorização, por sua vez, é a delegação feita por meio da atuação da Administração com base no seu poder de polícia. Determina o Código Civil que os atos instituidores dessas delegações serão também fonte de obrigações para o contrato de transporte e devem ser observados ao lado da normativa geral de Direito Civil e Administrativo.<sup>32</sup>

[CDC]

De outra parte, haverá a incidência do Código de Defesa do Consumidor sempre que o contrato de transporte configure relação de consumo. Por outras palavras, sempre que o transportador for um prestador de serviço e o contratante for consumidor segundo a definição legal,<sup>33</sup> o diploma especial será aplicável.

## **4. TRANSPORTE DE PESSOAS**

### **4.1. Conceito**

[Conceito]

O transporte de pessoas consiste em contrato pelo qual o transportador se obriga a transportar, com segurança, pessoas e suas bagagens, de um lugar para outro, mediante a remuneração. Dito diversamente, no transporte de pessoas, o transportador se obriga a deslocar, com segurança, uma pessoa, até o lugar acordado, respeitando os horários e itinerários, mediante o pagamento da passagem. Como regra geral, abrange-se, no negócio, o transporte da bagagem, cujo custo já está normalmente embutido no valor do bilhete. A cobrança de valor apartado, porém,

não converte esse serviço em contrato autônomo, que continua a integrar o contrato de transporte de pessoa.

[Bagagens]

O transporte da bagagem constitui, portanto, prestação acessória do contrato de transporte de pessoa. As bagagens consistem em coisas de uso pessoal do passageiro, destinadas a prover as necessidades e objetivos imediatos da viagem, por cuja integridade se responsabiliza o transportador. Se, contudo, o passageiro despachar a bagagem, assume o transportador o dever de guarda e passa a responder por sua conservação.

[Carona]

Figuram como partes do contrato de transporte de pessoas o transportador, pessoa física ou jurídica que se obriga a realizar o transporte, e o passageiro, aquele que é transportado. Repise-se que a onerosidade é inerente ao tipo contratual, razão pela qual a carona, ou seja, o transporte gratuito benévolo, por amizade ou cortesia, não é regulamentado pelas normas relativas ao contrato de transporte de pessoa.

## **4.2. Natureza da responsabilidade do transportador. As cláusulas de não indenizar**

[Histórico]

A chamada “Lei das Estradas de Ferro” (Decreto n.º 2.681/1912), primeiro instrumento legislativo a cuidar da responsabilidade civil do transportador de coisas ou pessoas, introduziu a presunção de culpa do transportador em relação aos danos causados às mercadorias (art. 1º),<sup>34</sup> às pessoas (art. 17)<sup>35</sup> e às bagagens (art. 23)<sup>36</sup> transportadas, elidível apenas mediante prova de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

Cuida-se, portanto, de presunção absoluta de culpa, o que equivale, em termos práticos, à responsabilidade objetiva do transportador.

Por ocasião da promulgação do Código Civil de 1916, que consagrou a responsabilidade subjetiva sem presunção de culpa, cogitou-se da revogação do referido Decreto. Todavia, predominou o entendimento à época de que o Decreto n.º 2.681/1912, por se tratar de lei especial, não poderia ser revogado pelo Código Civil, lei geral.

De igual modo, com a entrada em vigor do CDC, que estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos ou serviços, questionou-se novamente a respeito da revogação do Decreto n.º 2.681/1912, prevalecendo o entendimento de que permaneceriam em vigor as disposições compatíveis com a legislação consumerista.

Dessa feita, tendo em vista que, em regra, a relação estabelecida entre transportador e passageiro é de consumo, a responsabilidade do transportador passou a reger-se, no mais das vezes, pela legislação consumerista, aplicando-se a Lei das Estradas de Ferro apenas às hipóteses em que não se caracterizasse a figura do consumidor. Em ambos os casos, o transportador responderia independentemente de culpa, afastando-se sua responsabilidade apenas se verificada alguma das excludentes capazes de interromper o nexo causal.

Com o advento da Constituição da República de 1988, em linha com a normativa vigente, a pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público de transporte, passou também a responder objetivamente pelos danos causados a seus usuários, por força do art. 37, § 6º.<sup>37</sup>

[Unificação da disciplina pelo CC2002]

Posteriormente, o Código Civil de 2002, unificando a disciplina relativa ao contrato de transporte, consagrou, genérica e expressamente, a responsabilidade objetiva do transportador pelos danos causados ao passageiro, revogando, portanto, as normas do referido Decreto n.º 2.681/1912 que regulavam a mesma matéria (CC, art. 734).<sup>38</sup>

#### [Cláusula excludente de responsabilidade]

O art. 734 do Código Civil, ao determinar, no transporte de pessoas, que a responsabilidade do transportador apenas é ilidida em caso de força maior, considera nula a cláusula excludente de responsabilidade, cujo objetivo consiste em liberar o transportador do dever de reparar os danos causados aos passageiros durante o transporte.

O Código de Defesa do Consumidor veda, igualmente, a estipulação de cláusula destinada a excluir a responsabilidade do fornecedor (CDC, art. 25),<sup>39</sup> sendo consequentemente inadmissível, no direito pátrio, a exoneração total da responsabilidade da transportadora no transporte de pessoas, quer se trate de relação de consumo, quer de relação paritária.

Mesmo antes da vigência desses diplomas, o STF coibia a pactuação de tais cláusulas, consolidando seu entendimento com a edição da Súmula n.º 161 de 1963, segundo a qual “em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar”.

#### [Cláusula de incolumidade física e psíquica do passageiro]

Tal proibição das cláusulas excludentes de responsabilidade se justifica, na medida em que se reconhece, no transporte de pessoas, a existência de cláusula implícita de incolumidade física e psíquica do passageiro, a impor ao transportador a obrigação de resultado, consistente no dever de conduzi-lo ileso ao seu destino, em cumprimento ao dever de segurança. Assim, a cláusula de exclusão integral da responsabilidade desnatura a função contratual, voltada justamente para o deslocamento incólume do objeto transportado.

#### [Cláusula limitativa de responsabilidade]

Por outro lado, no que tange às cláusulas limitativas de responsabilidade, destinadas apenas a restringir o montante indenizatório, o Código Civil, no parágrafo único do art. 734,<sup>40</sup> reconhece sua validade com relação aos danos materiais, ao permitir que o transportador exija do passageiro a declaração do valor de

sua bagagem, o que equivale à prefixação da indenização por danos materiais, cujo montante é estabelecido pelo próprio transportado.

[Pré-liquidação dos danos materiais]

Tal estipulação prévia do *quantum* a ser indenizado revela-se, de algum modo, conveniente tanto para o passageiro – uma vez que o dispensa da prova do valor do dano, bastando demonstrar o evento danoso para fazer jus ao ressarcimento pelo dano material sofrido, no valor contido na declaração – quanto para o transportador – que se resguarda, assim, de declarações fantasiosas posteriores ao extravio de bagagem. Com relação aos danos morais, prevalece nas relações paritárias a impossibilidade de cláusula limitativa de responsabilidade.

Na hipótese de relação de consumo, os arts. 6º, inciso VI,<sup>41</sup> e 22, parágrafo único,<sup>42</sup> impõem a reparação integral dos danos sofridos. Logo, diversamente do regime do Código Civil, as relações de consumo não admitem as cláusulas limitativas de responsabilidade nem mesmo com relação aos danos materiais.

[Regime de responsabilidade no CBA e nas Convenções Internacionais]

Em regime diverso ao do Código Civil e do CDC, o CBA e a Convenção de Varsóvia, de 12 de outubro de 1929, internalizada na legislação brasileira por meio do Decreto n.º 20.704, de 24 de novembro de 1931, e modificada pelo Protocolo de Haia, de 1955, e pelos Protocolos da Guatemala de 1971 e de Montreal de 1975, estabelecem que, no transporte aéreo, a responsabilidade da empresa transportadora é subjetiva, com presunção de culpa, e tarifada, a não ser que a vítima comprove culpa grave ou dolo, quando, então, o montante da indenização passa a ser ilimitado.<sup>43</sup> Ou seja: segundo a normativa especial e as Convenções Internacionais, que regem o transporte aéreo, admitem-se cláusulas limitativas de responsabilidade para os danos materiais e morais.

[Nulidade de cláusula limitativa ou excludente de responsabilidade à luz da Constituição Federal de 1988]

Sublinhe-se, ao propósito, que, após a promulgação da Constituição da República de 1988, entendeu-se que qualquer tipo de exclusão ou limitação da indenização por danos morais e materiais decorrentes de lesão à pessoa representaria óbice à tutela integral da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, a indenização por danos materiais e morais decorrentes de lesão à integridade física do passageiro por descumprimento do dever de segurança do transportador não poderia sofrer restrição, e deveria ser fixada de acordo com a extensão dos danos sofridos. A integridade psicofísica tutelada pela cláusula de incolumidade afigura-se, pois, indisponível. Daí a nulidade de estipulação que exclua ou limite o dever de indenizar os danos decorrentes da lesão à integridade psicofísica do passageiro. Danos materiais que não se relacionem à integridade psicofísica do passageiro, por sua vez, poderiam sofrer limitação pela vontade das partes.<sup>44</sup>

[Prevalência das disposições do CDC]

Verifica-se, assim, no cenário normativo, antinomia entre a legislação pátria, especialmente o CDC, que preconiza a reparação integral ilimitada e a responsabilidade objetiva, e as Convenções Internacionais. Em respeito ao princípio da proteção do consumidor, a jurisprudência, especialmente do STJ, acolheu a tese da prevalência das disposições do CDC,<sup>45</sup> com a ressalva de precedentes divergentes, a exemplo do RE n.º 297.901, de relatoria da Ministra Ellen Gracie.<sup>46</sup>

[Entendimento do STF: prevalência das Convenções Internacionais]

Após a repetição de casos semelhantes e a multiplicação de decisões divergentes, o STF optou por afetar a discussão, conferindo-lhe repercussão geral e determinando o julgamento conjunto do RE n.º 636331 e do ARE n.º 766618. Após pedido de vista da Ministra Rosa Weber, o julgamento foi concluído em 25 de maio de 2017, tendo vencido, por maioria, o entendimento de que a

Convenção Internacional deveria se sobrepor à normativa consumerista.

Os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio restaram vencidos no argumento de que, por prestarem um serviço, as empresas de transporte aéreo internacional se sujeitam às normas do Código de Defesa do Consumidor, que deve prevalecer em relação às demais normas.

O Ministro Gilmar Mendes, relator, baseou seu voto na ideia de que se deve afastar o argumento segundo o qual o princípio constitucional de defesa do consumidor impediria qualquer derrogação do CDC por lei especial<sup>47</sup> e observou que, não havendo hierarquia entre a legislação interna ordinária e o tratado internacional, deverá prevalecer a Convenção, por ter ratificações mais recentes, e por ser norma especial em relação à norma consumerista, de caráter geral.

[Tese nº 210 do STF]

Nesse sentido, foi firmada a Tese nº 210 do STF: “Por força do artigo 178 da Constituição Federal, as normas e tratados internacionais limitadoras da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”.

[Norma de sobredireito]

Ao oferecer a indicação da redação da Tese nº 210, o Ministro Luís Roberto Barroso defendeu que o art. 178 da Constituição, que determina a observância dos acordos firmados pela União na ordenação dos transportes internacionais aquáticos, aéreos e terrestres, traduz norma de sobredireito, que promove, além do respeito do Brasil aos compromissos internacionais, a isonomia em relação aos consumidores desse tipo de serviço.

[Danos morais e cláusula limitativa]



Apesar de frisarem que este não era o objeto principal da análise no julgamento do Recurso Extraordinário com repercussão geral, no qual foi firmada a referida Tese nº 210, a Corte entendeu que não caberia a limitação à reparação dos danos morais, tendo em conta a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo o relator Gilmar Mendes: “a limitação imposta pelos acordos internacionais alcança tão somente a indenização por dano material, e não a reparação por dano moral. A exclusão justifica-se, porque a disposição do art. 22 [da Convenção] não faz qualquer referência à reparação por dano moral, e também porque a imposição de limites quantitativos preestabelecidos não parece condizente com a própria natureza do bem jurídico tutelado, nos casos de reparação por dano moral”.<sup>48</sup>

[Fato de terceiro]

[Fortuito interno]

Ao lado desta discussão específica sobre a responsabilidade do transportador no contrato de transporte aéreo internacional, identifica-se a responsabilidade do transportador por danos causados por terceiros. Sobre o ponto, o legislador de 2002 determinou, para a generalidade dos contratos de transporte de pessoas, que o acidente com o passageiro decorrente de culpa de terceiro, ou seja, causado por sujeito alheio à relação contratual, não elide a responsabilidade do transportador, que terá, porém, ação regressiva contra o causador do prejuízo (CC, art. 735<sup>49</sup>). Trata-se de redação que repete a Súmula 187 do STF, de 1963.<sup>50</sup> Deve-se interpretar esse dispositivo no sentido de que o fato culposos de terceiro que causa dano ao transportado integra o risco do negócio do transportador, que assume obrigação de resultado e cláusula implícita de incolumidade, a deflagrar a sua responsabilidade perante o passageiro. Cuida-se de fato que, embora imprevisto, se afigura previsível, vez que ligado ao exercício da atividade, sendo chamado, por isso mesmo, de fortuito interno. O juízo de valor que deve ser feito quanto ao fato não se limita à aferição de dolo ou culpa do

agente, mas perpassa a análise dos riscos daquele trajeto específico e da frequência e previsibilidade dos acontecimentos danosos. Cuidando-se de fortuito interno, uma vez responsabilizado, o transportador terá ação de regresso em face do terceiro causador do dano.<sup>51</sup>

[Fortuito externo]

De outra parte, o denominado fortuito externo,<sup>52</sup> caracterizado por fato que não se relaciona com a atividade desenvolvida pelo transportador, afigura-se apto a romper o nexo de causalidade, de sorte a afastar a sua responsabilização. Nessa direção, a título ilustrativo, a jurisprudência reconhece, majoritariamente, como excludente da responsabilidade do transportador, o arremesso de pedra contra trem ou ônibus,<sup>53</sup> bem como o assalto no curso da viagem.<sup>54</sup> Entretanto, alguns julgados atribuem responsabilidade ao transportador nessas hipóteses, sobretudo quando referidos fatos se repetem com tal frequência que se tornam previsíveis; ou, ao menos, passam a ser considerados, por sua reiterada ocorrência, como risco atinente à atividade, equiparável a fortuito interno e, como tal, insuscetível de elidir o dever de reparar.<sup>55</sup>

[Causas de rompimento do nexo causal]

Pode-se afirmar, assim, que figura como causa de rompimento do nexo de causalidade entre a conduta do transportador e o dano causado ao passageiro apenas a força maior compreendida como o fortuito externo, ou seja, o fato fortuito estranho à atividade do transportador, não já o fortuito interno, entendido como o evento relacionado aos riscos inerentes à atividade desenvolvida (CC, art. 734).<sup>56-57</sup> Ao lado do fortuito externo, consideram-se excludentes de responsabilidade do transportador a culpa exclusiva da vítima (CC, art. 738)<sup>58</sup> e o fato de terceiro, desde que equiparável ao fortuito externo.<sup>59</sup>

[Concausas]

Por outro lado, se o transportador concorre para o dano, junto com o terceiro, há concurso de causas capazes de gerar o evento danoso. Cada um dos responsáveis responde pela parte do prejuízo que causou, porque a relação causal vincula a própria atividade e o dano que (cada um) produziu.

[Responsabilidade do transportador perante terceiros]

No que tange à responsabilidade do transportador por danos causados a terceiros, que não são passageiros, inicialmente, entendia-se que a responsabilidade era subjetiva e extracontratual, sob o argumento de não haver qualquer vínculo jurídico entre transportador e terceiro. Sobre o tema, a Lei das Estradas de Ferro previa a responsabilidade do transportador por danos causados aos proprietários marginais (Decreto nº. 2.681/1912, art. 26).<sup>60</sup> Por força dessa previsão, parte da doutrina defendia a responsabilidade objetiva do transportador pelos danos causados a terceiros.<sup>61</sup>

[Serviço público: responsabilidade objetiva]

A questão, todavia, ganhou novos contornos a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, cujo art. 37, § 6º, estendeu a responsabilidade objetiva do Estado fundada no risco administrativo a todas as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, apenas elidida nas hipóteses de quebra do nexo causal. Passou-se, então, a atribuir ao transportador, prestador de serviço público por concessão ou permissão, responsabilidade objetiva e extracontratual pelos danos causados a terceiros.

[CDC: responsabilidade objetiva]

Com a edição do Código de Defesa do Consumidor, segundo determinação expressa do art. 17,<sup>62</sup> ampliou-se a responsabilidade objetiva do transportador, equiparando-se aos consumidores, para efeito de acidente de consumo, todas as vítimas do evento (consumidor por equiparação). Assim sendo, no âmbito das relações

de consumo, basta ao terceiro provar o dano e o nexo de causalidade, cabendo ao transportador elidir a sua responsabilidade mediante a prova de alguma das excludentes previstas no art. 14, § 3º, do CDC.<sup>63</sup>

[Código Civil e o transporte como atividade de risco]

O Código Civil, por sua vez, instituiu, no parágrafo único do art. 927,<sup>64</sup> cláusula geral de responsabilidade objetiva para atividades de risco, a qual se aplica, indistintamente, às relações contratuais e extracontratuais. Sobre o conceito de atividade de risco, duas são as teorias mais relevantes: a do risco proveito e a do risco criado. A teoria do risco proveito, desenvolvida por Alvino Lima, compreende por atividade de risco aquela que gera proveito ao agente causador do dano, sendo certo que “o proveito é a razão de ser justificativa de arcar o agente com os riscos”.<sup>65</sup> A teoria do risco criado, por sua vez, atribui a responsabilidade àquele que exerce a atividade que gera riscos para os indivíduos, causando-lhes danos,<sup>66</sup> a prescindir do proveito por parte do agente. Como se observou, a teoria do risco proveito acaba por vincular a alocação de risco a atividades das quais o agente extraiu proveito, estabelecendo-se, assim, filtro não incluído pelo dispositivo legal.<sup>67</sup> De outra parte, em outros dispositivos legais, a exemplo do art. 936 do Código Civil,<sup>68</sup> o legislador adotou a teoria do risco criado, a qual deve, portanto, prevalecer na aplicação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Tal cláusula geral de responsabilidade objetiva não se aplica, contudo, ao transportador, com vistas a deflagrar sua responsabilidade em face de terceiros. Tal responsabilização do transportador pelos danos causados a terceiros decorrerá do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, se o transportador prestar serviço público; ou do CDC, em razão da aludida equiparação do terceiro ao consumidor (CDC, art. 17).<sup>69</sup> Por outro lado, esta hipótese não se confunde com os acidentes de trânsito, nos quais a vítima deverá provar a culpa do agente causador do dano, cuidando-se de responsabilidade subjetiva.<sup>70</sup>

#### [Culpa concorrente da vítima]

Não se pode olvidar, contudo, a possibilidade de o terceiro não passageiro que sofre o dano agir culposamente, concorrendo, assim, para a produção do evento danoso; nesta hipótese, a responsabilidade do transportador deve ser mitigada.

#### [Danos causados aos empregados]

Quanto aos danos causados aos empregados, como o cobrador e o motorista, prevê-se a indenização por acidente de trabalho, devida pelo Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, decorrente da relação empregatícia. Além disso, provado o dolo ou a culpa do transportador, o empregado faz jus à verba indenizatória a ser paga diretamente pelo empregador, com base no art. 7º, XXVIII,<sup>71</sup> da Constituição da República.<sup>72</sup> Tem-se, portanto, que a responsabilidade acidentária e securitária é objetiva, ao passo que o pagamento de indenização pelo direito comum por parte do empregador depende da prova de culpa. A despeito da previsão constitucional contida no art. 7º, XXVIII, há corrente minoritária que sustenta a atribuição de responsabilidade objetiva ao empregador pelos danos causados aos empregados em decorrência de acidente de trabalho.<sup>73</sup>

#### [Termo inicial e final da responsabilidade]

A responsabilidade do transportador tem como termo inicial o início da execução do contrato e, como termo final, a chegada da pessoa transportada e de suas bagagens ao seu destino (v.g., no transporte aéreo, o início consiste no ingresso na área de embarque e o fim na saída da área de desembarque).

#### [Prescrição]

No tocante à prescrição da responsabilidade pelos danos causados às pessoas transportadas e às suas respectivas bagagens, aplica-se o prazo geral de 3 (três) anos, estabelecido no

art. 206, § 3º, V, do Código Civil, referente à reparação civil, a não ser quando se trate de relação de consumo, hipótese na qual incide o prazo de cinco anos previsto no art. 27 do CDC. Invoque-se, aqui, o recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que se aplica o prazo decenal às hipóteses de responsabilidade civil contratual.<sup>74</sup>

### 4.3. Direitos e deveres do transportador

[Conduzir o passageiro com segurança]

A obrigação principal assumida pelo transportador no transporte de pessoas consiste em conduzir o contratante ao destino acordado. Existe, porém, nesse tipo contratual, cláusula implícita de incolumidade, considerada essencial do tipo, segundo a qual o transportador se obriga a conduzir o passageiro ao seu destino com segurança. Vale dizer: ao lado das obrigações expressamente atribuídas às partes pelo contrato de transporte de pessoas, reconhece-se a existência de cláusula implícita de incolumidade física e psíquica do passageiro, a impor ao transportador a obrigação de resultado, consistente no dever de conduzi-lo ileso ao seu destino (dever de segurança).

[Observância dos horários e itinerários acordados]

Além disso, o transportador deve observar os horários e itinerários previstos para o transporte, sob pena de responder por perdas e danos (CC, art. 737).<sup>75</sup> Trata-se de adimplir sua prestação tal como estipulado, e caberá à jurisprudência a adoção de padrões adequados para a responsabilização pelo atraso, de acordo com a modalidade de transporte, as suas peculiaridades, bem como os usos e costumes locais. Exonera-se o transportador da obrigação de indenizar provando que o atraso ou a mudança de itinerário decorreu de caso fortuito ou força maior.

Em relação ao transporte aéreo de passageiros, o Código Brasileiro de Aeronáutica, nos arts. 230<sup>76</sup> e 231,<sup>77</sup> determina que se o atraso ultrapassar 4 (quatro) horas a partir do horário estabelecido contratualmente, a transportadora deverá providenciar o embarque do passageiro em outro voo para o mesmo destino, que ofereça serviço equivalente, ou, se for essa a opção do passageiro, restituirá o valor do bilhete. Esta previsão encontra-se refletida nas Condições Gerais de Transporte Aéreo da ANAC, Resolução n. 400/2016, art. 21.<sup>78</sup>

[Falhas técnicas: fortuito interno]

Como visto, a reparação devida pode englobar danos materiais e extrapatrimoniais, e a responsabilidade somente se elide em razão de caso fortuito ou força maior de natureza externa à prestação do transportador. A jurisprudência do STJ já decidiu que falhas técnicas são previsíveis e inerentes à atividade do transportador de coisas (*rectius*, fortuito interno), razão pela qual não configuram força maior capaz de afastar a sua responsabilidade pelos danos sofridos pelos passageiros.<sup>79</sup>

[Dever de não recusar passageiros injustificadamente]

Outro dever do transportador é o de não recusar passageiros injustificadamente (CC, art. 739).<sup>80</sup> A recusa se justifica somente nos casos previstos nos regulamentos ou por força das condições de higiene ou saúde do interessado, em cumprimento ao dever de segurança e bem-estar dos demais transportados. Tal disposição tem maior âmbito de aplicação nas relações de consumo, nas quais o fornecedor, ao oferecer ao público seu serviço, não pode se recusar, sem justo motivo, a prestá-lo para quem atender e cumprir os requisitos de sua oferta, sob pena de prática abusiva, nos termos do art. 39, II, do CDC.<sup>81</sup> Tal norma deve ser interpretada sempre com base na boa-fé objetiva e nos princípios constitucionais da liberdade de ir e vir (art. 5º, XV<sup>82</sup>) e da igualdade (art. 5º, *caput*). Desse modo, se o passageiro oferecer algum risco ao transportador

ou aos demais transportados; ou, ainda, não cumprir os mandamentos aos usuários previstos em atos normativos, a recusa será legítima.<sup>83</sup> Por outro lado, o dispositivo há de ser temperado em relações paritárias, efetuando-se controle valorativo quanto ao direito do transportador de contratar com o passageiro, preservando sua liberdade de contratação, desde que não configure abuso de direito.

[Obrigação de resultado: levar o passageiro ao local acordado]

O transportador assume a obrigação de levar o passageiro ao local designado e não pode se eximir desse dever mesmo se a prestação se impossibilitar por caso fortuito ou força maior. Desse modo, havendo interrupção da viagem por motivos alheios à vontade do transportador, permanece a sua obrigação de concluir o transporte, seja por meio de outro veículo da mesma categoria, seja por modalidade diferente da inicialmente acordada. Se o novo veículo for de pior qualidade, impõe-se ao transportador a restituição da diferença. Tais modificações ocorrerão sempre à custa do transportador, que também deverá arcar com as despesas decorrentes de estada e alimentação do usuário durante a espera ocasionada pela interrupção do serviço (CC, art. 741<sup>84</sup>). No mesmo sentido, o transportador não poderá pedir do passageiro a complementação do valor caso o novo veículo ofereça maior custo.

[Rescisão do contrato a critério do consumidor]

[Solidariedade com transportador substituto]

Se o consumidor não concordar com as modificações necessárias ao prosseguimento da viagem, terá a prerrogativa de rescindir o contrato, obtendo a devolução do preço da passagem. Destaque-se, uma vez mais, que essa possibilidade não se estende ao transportador, que, diante de sua impossibilidade, não poderá devolver o valor pago pelo bilhete, eximindo-se de prestar o avençado. Ao contrário, deve cumprir sua obrigação, mesmo que por meios alternativos.



[Danos morais e materiais e direito de retenção]

Na hipótese de o transportador contratado se fazer substituir por outro para concluir o transporte, em se tratando de relação de consumo, aplica-se a regra da solidariedade estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual pode o passageiro demandar, tanto de um como de outro, reparação pelos danos causados no restante do percurso.<sup>85</sup>

O transportador também se responsabiliza por danos materiais e morais causados pela demora na substituição do veículo, pelo meio de transporte oferecido, ou pela má prestação do serviço. De outra parte, o transportador tem direito de retenção sobre a bagagem do passageiro e outros objetos pessoais deste para se assegurar do pagamento da passagem, desde que o transporte já tenha sido executado (CC, art. 742), sendo certo que este direito de retenção não se confunde com o penhor legal estipulado para os donos de hospedarias (CC, art. 1.467, I<sup>86</sup>), pois se trata de direito pessoal,<sup>87</sup> que não autoriza a alienação dos pertences dos passageiros para a satisfação do crédito.<sup>88</sup>

#### **4.4. Direitos e deveres do passageiro**

[Dever de pagar a remuneração]

A obrigação principal do passageiro é o pagamento da remuneração avençada pelo desempenho, pelo transportador, da atividade de transporte. O pagamento pode não ser realizado contemporaneamente ao embarque, sendo legítimas estipulações que fixem momento posterior ao início da prestação do serviço ou prevejam o pagamento parcelado, a justificar o direito de retenção do transportador em relação à bagagem do passageiro até o pagamento da remuneração.

[Observância de normas regulamentares]

Impõe-se, ainda, ao passageiro, como dever jurídico decorrente do contrato de transporte, cooperar para a regular execução do contrato (CC, art. 738).<sup>89</sup> Tal dever de cooperação relaciona-se ao cumprimento de normas regulamentares estabelecidas pelo transportador referentes ao comportamento ou à forma de utilização do serviço, normalmente constantes de avisos ou recomendações, e pelas quais se impõe, em regra, a abstenção da prática de atos que possam causar desconforto ou insegurança para os demais passageiros.<sup>90</sup> Tal obrigação se dá com maior intensidade nos casos de transporte coletivo, quando cabe ao conduzido zelar pelo respeito aos outros passageiros, se abstendo de praticar atos que ameacem a incolumidade da coletividade com a qual o transporte está sendo compartilhado. Assim, ao firmar o contrato de transporte, o passageiro geralmente assume obrigações de conduta presentes no próprio bilhete, em avisos ostentados nos veículos, ou em recomendações.

[Respeito à segurança e conforto dos demais passageiros]

Com efeito, o passageiro tem direito a usufruir de serviço que atenda às suas legítimas expectativas de segurança e qualidade; e, em contrapartida, deve colaborar para que o serviço seja prestado adequadamente, agindo de acordo com as orientações do transportador. Em consequência, reconhece-se ao transportador, por seus prepostos (v.g. motorista, capitão, comandante etc.), o poder de agir para impedir que o passageiro inconveniente, ou que traga risco ao transporte, seja transportado ou prossiga na viagem.<sup>91</sup>

[Concorrência da vítima para o dano]

Se o passageiro sofrer algum dano durante o transporte que puder ser atribuído, em parte, à transgressão de alguma dessas normas e instruções, o juiz deverá reduzir o valor indenizatório que caberá ao transportador. Tal redução deverá ser feita de forma equitativa, levando em consideração a medida da concorrência da vítima para o dano (CC, art. 738, parágrafo único).<sup>92-93</sup>

Por outro lado, caso se verifique culpa exclusiva da vítima, afasta-se o dever de indenizar do transportador. Sobre a responsabilidade do transportador *vis-à-vis* à conduta do passageiro, a jurisprudência oscila na solução de casos recorrentes nos Tribunais. À guisa de exemplo, nas hipóteses em que as pessoas viajam como “pingentes”, isto é, penduradas em portas ou janelas de trens ou ônibus, entende-se que há culpa concorrente (não já exclusiva) da vítima, capaz de reduzir a responsabilidade do transportador. Esta fundamenta-se em seu dever de fornecer veículos em bom estado de conservação e em quantidade suficiente para atender satisfatoriamente aos usuários, cabendo-lhe, ainda, proibir essa prática em cumprimento a seu dever de fiscalização e segurança.<sup>94</sup>

Em contrapartida, na hipótese de “surfista ferroviário”, assim chamado o indivíduo que, passageiro regular ou não, viaja arriscadamente, em cima de uma composição ferroviária, identificam-se duas soluções: (i) caso o passageiro, após embarcar no veículo, se encaminhe para o teto da composição por se encontrarem abertas portas ou janelas, a situação assemelha-se ao do “pingente”, uma vez que o transportador falhou no seu dever de fiscalização e segurança ao permitir que o veículo trafegasse com as portas ou janelas abertas, a determinar a repartição da responsabilidade entre transportador e passageiro;<sup>95</sup> por outro lado, (ii) se passageiro, apesar de as portas e janelas estarem devidamente fechadas, consegue abri-las durante o trajeto, alcançando, assim, o teto do veículo; ou, sem ingressar na composição, dirige-se diretamente para o teto, configura-se hipótese de culpa exclusiva da vítima, já que não é exigível da ferrovia a fiscalização necessária para coibir tal prática. Afasta-se, assim, a responsabilidade do transportador.<sup>96</sup>

Na hipótese de passageiro clandestino, que embarca sem intenção de pagar o preço da passagem, caso seja detectada falha do transportador no dever de vigilância, haverá o dever de indenizar do transportador. Caso contrário, será culpa exclusiva da vítima. Caberá à transportadora o ônus de provar a clandestinidade.<sup>97</sup>

[Direito de rescisão unilateral do passageiro]

De outra parte, o passageiro tem o direito de rescindir unilateralmente o contrato de transporte antes de iniciada a viagem, e, caso sua decisão seja tomada a tempo da renegociação do bilhete, terá direito à restituição do valor da passagem, com desconto de 5% (cinco por cento) a título de multa compensatória (CC, art. 740, § 3º).<sup>98</sup>

[Não cabimento da restituição]

A restituição não irá ocorrer, ao contrário, se a desistência for feita durante o percurso ou se não for realizada com a devida antecedência, como ocorre nos casos em que o passageiro não aparece no local de embarque no dia e hora estabelecidos. Entretanto, caso a desistência tenha ocorrido depois de iniciada a viagem, mas reste comprovado o reaproveitamento do bilhete pelo transportador, mediante a utilização por outro passageiro, a devolução será cabível em relação ao trecho não utilizado para o passageiro que desistiu durante o trajeto ou ao percurso integral para o passageiro que não embarcou, como forma de evitar o enriquecimento sem causa do transportador (CC, art. 740, § 1º)<sup>99</sup>. Em qualquer caso, é cabível a retenção de fração equivalente à multa compensatória (CC, art. 740, § 3º).<sup>100</sup>

[Fortuito ou força maior]

Na hipótese de fortuito ou força maior que impeça o passageiro de realizar o transporte, prevalece o seu direito à restituição do valor da passagem, qualquer que seja o momento da desistência, ainda que não consiga comunicar a impossibilidade do embarque ao

transportador em tempo hábil para a renegociação do bilhete. No entanto, em homenagem ao princípio da boa-fé, o passageiro deve comunicar ao transportador tal impossibilidade tão logo possível, de modo a colaborar para a mitigação dos prejuízos que este último deverá suportar. Nesse caso, não cabe multa compensatória.

#### [Desistência no transporte aéreo]

A Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC regulamentou a matéria em relação ao transporte aéreo, determinando, na Portaria nº. 676/GC-5, de 13 de novembro de 2000, que o passageiro que não utilizar a passagem terá direito à restituição da quantia paga, dentro do prazo de validade do bilhete,<sup>101</sup> ressalvada a possibilidade de retenção de 10% (dez por cento) do saldo reembolsável ou do equivalente a US\$ 25,00 (vinte e cinco dólares americanos), o que for menor, caso a desistência seja decorrente de conveniência do passageiro.<sup>102</sup> Ou seja, independentemente de comunicar a desistência ou da empresa aérea conseguir transportar outra pessoa em seu lugar, o passageiro que não utilizar o bilhete de passagem, deixando de embarcar no voo previsto (fenômeno conhecido como *no show*), terá direito, dentro do prazo de validade da passagem, à restituição do valor correspondente, com a dedução da taxa que equivale à multa compensatória.

#### [Overbooking]

Ao não estabelecer o requisito do reaproveitamento do bilhete pelo transportador como condicionante ao reembolso, a Portaria sujeita as empresas aéreas a prejuízos, o que estimula a emissão de reservas em número superior aos lugares disponíveis na aeronave, em prática conhecida como *overbooking*. Vale dizer: para evitar a situação em que muitos passageiros desistam, os transportadores aéreos, com base em estimativas de *no shows*, costumam aceitar número de reservas superior ao de lugares disponíveis na aeronave. Nestes casos, o transportador torna-se plenamente responsável pelos prejuízos sofridos pelo passageiro que, a despeito de ter

confirmado a sua reserva e comparecido ao aeroporto no horário ajustado, seja impedido de embarcar em razão da superlotação da aeronave.

[Qualificação *do overbooking*]

No Brasil, os Tribunais consideram o *overbooking* modalidade de atraso no embarque.<sup>103</sup> A doutrina, no entanto, caracteriza tal fato como hipótese autônoma de descumprimento contratual por parte da empresa aérea.<sup>104</sup>

[Solução para o *overbooking*]

A matéria encontra-se regulamentada pela Resolução nº. 400, de 13 de dezembro de 2016, da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, a qual determina, em seu art. 23,<sup>105</sup> que, na hipótese de *overbooking*, o transportador deverá procurar voluntários que se disponibilizem a serem reacomodados em outro voo, mediante compensação, a fim de evitar a preterição de passageiros (i.e. a recusa de passageiros contra a vontade destes). Caso isto não seja possível, a companhia aérea deverá oferecer a escolha, a critério do passageiro, entre a reacomodação em outro voo, próprio ou de outra empresa, para o mesmo destino, reembolso ou execução do serviço por outra modalidade de transporte (art. 21).<sup>106</sup> Caberá, ainda, compensação financeira, prefixada nos termos do art. 24<sup>107</sup> da Resolução ANAC n.º 400/2016. A preliquidação dos danos não afasta a possibilidade de *in concreto* o passageiro demonstrar prejuízos superiores. Nos voos domésticos, o passageiro poderá pleitear, com base no CDC, indenização pelos danos patrimoniais e morais sofridos, sem a observância de qualquer limitação tarifária; já nos voos internacionais, incidirão as limitações previstas nas Convenções Internacionais, como decidiu o STF. Em qualquer hipótese, a empresa aérea deverá proporcionar ao passageiro preterido facilidades de comunicação, transporte, hospedagem e alimentação.

## 5. TRANSPORTE DE COISAS

### 5.1. Objeto

[Disciplina]

Para além da disciplina geral do Código Civil, o transporte de coisas encontra-se regulado em leis especiais, dentre as quais o Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, chamado Lei de Estradas de Ferros, e o Decreto nº 1.832, de 4 de março de 1996, que constitui o Regulamento dos Transportes Ferroviários, que se destinam a regular o transporte ferroviário de mercadorias; a Lei nº 11.442, de 7 de janeiro de 2007, que trata do transporte rodoviário de cargas; a Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997, que cuida do transporte aquaviário, marítimo e fluvial; o Código Brasileiro da Aeronáutica, que regulamenta o transporte aéreo de carga (CBA, arts. 235 e ss.); e a Lei nº 9.611, de 19 de fevereiro de 1998, que disciplina o transporte multimodal de cargas, o qual congrega, no âmbito de um único contrato, duas ou mais modalidades de transporte.

[Conceito]

Seguindo a definição estabelecida pelo legislador na regra geral para os contratos de transportes, o transporte de coisas é o contrato por meio do qual o transportador se compromete, diante do remetente ou expedidor, a transportar o objeto disponibilizado nas condições avençadas e entregá-lo ao destinatário, mediante o pagamento de remuneração. Dito diversamente, no contrato de transporte de coisas, o transportador se compromete, perante o remetente ou expedidor, a levar determinada mercadoria de um lugar para outro, segundo as condições contratadas, e a entregá-la intacta e pontualmente ao destinatário (CC, art. 743).<sup>108</sup> A coisa transportada consiste em bem infungível, certo e determinado em relação ao valor, ao peso ou à quantidade.<sup>109</sup>

Figuram como partes do contrato de transporte, (i) o transportador; (ii) o remetente ou expedidor; e (iii) o destinatário ou consignatário, a quem deve ser entregue a coisa transportada.

[Destinatário]

O destinatário ou consignatário, pessoa que receberá a coisa transportada, poderá figurar como terceiro à relação contratual. Apesar de não possuir vínculo contratual com as partes, pode ostentar direitos e deveres em face dos contratantes. Por ser beneficiário da estipulação, poderá, por exemplo, reclamar a entrega da mercadoria; exigir a verificação do seu estado, aceitando-a integralmente, com reservas ou rejeitando-a justificadamente. Pode, eventualmente, contrair obrigações, quando, por exemplo, as partes lhes atribuem, mediante a sua expressa anuência, ainda que *a posteriori*, a responsabilidade pelo pagamento do frete. Nesta hipótese, tem direito, por exemplo, a exigir a redução do frete, se cobrado acima da tarifa. De outra parte, por exemplo, é possível que o remetente e o destinatário sejam a mesma pessoa, sem, contudo, confundirem-se suas pretensões em relação a cada posição contratual.<sup>110</sup>

[Início da execução contratual]

O primeiro ato de execução do contrato de transporte de mercadorias se perfaz com a entrega dos bens ao transportador. A partir desse momento, o condutor passa a ter a custódia das mercadorias recebidas (CC, art. 750),<sup>111</sup> que devem estar devidamente identificadas. Nessa mesma oportunidade, pode o transportador emitir o conhecimento, com os dados que as identifiquem, na forma do art. 744 do Código Civil.<sup>112</sup> Devem constar, ainda, do conhecimento, as cláusulas de aviso de desembarque ou de entrega a domicílio (CC, art. 752).<sup>113</sup>

[Conhecimento]



Como mencionado anteriormente, o instrumento formalizador do contrato de transporte de coisas é o *conhecimento de transporte*, também denominado *conhecimento de carga* ou *conhecimento de frete*. Trata-se de documento emitido pelo transportador cuja finalidade precípua consiste em fazer prova do recebimento da mercadoria, pela empresa transportadora, e da obrigação que assume de entregá-la em certo destino. Serve, ainda, de título para seu recebimento pelo legítimo portador. Como visto, o contrato de transporte é consensual, não sendo necessária forma específica para o seu aperfeiçoamento. Logo, o conhecimento é instrumento de prova, mas a sua ausência não implica a nulidade do contrato (CC, art. 744).<sup>114</sup>

[Título de crédito impróprio]

[Relação discriminada das coisas a serem transportadas]

O conhecimento consiste em título de crédito impróprio, pois, apesar de não incorporar uma operação de crédito propriamente dita, é o instrumento pelo qual se exige a prestação, gozando das principais características daquele instituto, como a literalidade, a autonomia, a cartularidade, circulando mediante endosso, salvo se emitido não a ordem, caso em que deve haver cessão para sua circulação.

[Responsabilidade do remetente endossante]

Uma vez emitido o conhecimento, a entrega das mercadorias condiciona-se à transferência ao transportador do respectivo título. Não deve, portanto, o transportador entregá-las ao destinatário indicado pelo remetente, mas ao legítimo possuidor do título, verdadeiro titular dos direitos e obrigações decorrentes do contrato de transporte (CC, art. 754).

[Legitimidade para receber a mercadoria]

O parágrafo único do art. 754 do Código Civil assegura ao transportador o direito de exigir do remetente a relação discriminada, devidamente assinada, das coisas a serem transportadas, em duas vias, uma das quais fará parte integrante do conhecimento de transporte. Este expediente tem por objetivo resguardar o transportador de eventual alegação, por parte do endossatário, possuidor do conhecimento, de discrepância entre as mercadorias indicadas no documento e aquelas que foram expedidas.

Na hipótese de endosso, o transportador não responde pela legitimidade do conhecimento, nem pelos defeitos ou vícios das mercadorias transportadas, devendo o endossatário, neste caso, voltar-se exclusivamente contra o remetente endossante, sobre quem recaem as responsabilidades pela circulação do título,<sup>115</sup> salvo se o transportador faltar culposamente com o seu dever de conferir a integridade das informações lançadas no conhecimento.<sup>116</sup>

Assim sendo, via de regra, é legítimo para receber a mercadoria quem apresentar o conhecimento endossado, ou, na impossibilidade de endosso, o destinatário determinado. Em qualquer caso, o consignatário deve receber a coisa e conferi-la, apresentando as reclamações que entender cabíveis. Caso o dano ocasionado ao produto durante o transporte, não possa ser percebido à primeira vista, o destinatário conserva a ação contra o transportador, desde que denuncie o dano em 10 (dez) dias a contar da entrega (CC, art. 754)<sup>117</sup>.

[Vício do produto em relação de consumo]

Caso, por outro lado, configure relação de consumo, incidirá disciplina diversa. No CDC, não importa se o vício é oculto ou aparente. O critério de delimitação do prazo decadencial associa-se à vida útil do bem. Trate-se de vícios ocultos ou de vícios aparentes, o prazo decadencial para reclamar os vícios dos produtos é de 30 (trinta) dias, se o produto for não durável, ou 90 (noventa) dias, se o produto for durável (CDC, art. 26).<sup>118</sup> A natureza do vício apenas releva para a identificação do termo inicial da contagem do prazo: sendo o vício aparente, conta-se a partir do término da execução do

serviço (CDC, art. 26, § 1º), ao passo que, sendo oculto, o prazo apenas se inicia no momento em que ficar evidenciado o defeito (CDC, art. 26, § 3º).

[Dúvida quanto ao destinatário]

Havendo dúvida legítima do transportador acerca de quem seja o destinatário, o objeto deverá ser depositado se não for possível obter informações a respeito do remetente; ou, caso a demora possa causar deterioração ao bem, o transportador deverá aliená-lo, depositando o saldo da alienação (CC, art. 755)<sup>119</sup>.

## 5.2. Direitos e deveres do transportador

[Dever de transportar a coisa com segurança ao seu destino]

A prestação principal do transportador, tal como no transporte de pessoas, consiste em transportar a coisa recebida, com segurança, de modo que ela chegue ao destino em perfeito estado, em decorrência da implícita cláusula de incolumidade (CC, art. 749)<sup>120</sup>. O transportador tem a obrigação de levar o bem que lhe foi entregue ao destino solicitado, segundo a rota habitual (se outro itinerário não houver sido acordado), dentro do prazo contratado, adotando as medidas necessárias à conservação do bom estado da coisa, e tem o direito de retê-la se o frete não for pago. Embora não seja depositário, o transportador tem o dever de guarda sobre a coisa que recebeu para transportar e de conservá-la.

[Responsabilidade objetiva]

Em consequência, responde o transportador pela perda e avaria das mercadorias, salvo se provar a força maior ou caso fortuito na origem do evento danoso, a denotar a sua responsabilidade objetiva. Tem-se discutido, de outra parte, a responsabilidade do transportador na hipótese de furto ou roubo de mercadorias. A jurisprudência majoritária os equipara ao fortuito externo, a

interromper o nexo de causalidade entre o transporte e o dano, afastando-se, assim, a responsabilidade do transportador. Desse modo, atribui-se o efeito danoso a fato exclusivo de terceiro, considerado inteiramente estranho à atividade desempenhada pelo transportador, ainda que o evento ocorra em locais nos quais sua prática seja reiterada.<sup>121</sup> Se, entretanto, o transportador concorrer para a produção do evento, violando o dever de custódia, impõe-se sua responsabilização pelos danos causados.<sup>122</sup>

#### [Responsabilidade do transportador de valores]

Diversa é a responsabilidade do transportador de valores que promete ao remetente absoluta segurança, tendo, portanto, o dever de proteger as mercadorias dos roubos à mão armada e de outros atos de violência. O transportador, nesta hipótese, assume risco integral, respondendo pelas perdas e danos decorrentes da perda ou da avaria da mercadoria, inclusive diante da força maior e do caso fortuito.<sup>123</sup>

#### [Direito de recusar a coisa a ser transportada]

Para viabilizar a normalidade do transporte e garantir o melhor trato das mercadorias, é possível que o transportador recuse o acautelamento de itens que não estejam devidamente embalados e acondicionados ou que possam colocar em risco a saúde das pessoas ou danificar o veículo e outros bens (CC, art. 746).<sup>124</sup> Afinal, o remetente tem a obrigação, salvo disposição em contrário, de providenciar a embalagem adequada à modalidade de transporte e à natureza do bem objeto do contrato (ex. produtos químicos e defensivos agrícolas).

#### [Responsabilidade por mercadorias mal acondicionadas]

Se, a despeito dos avisos do transportador, o expedidor decidir prosseguir com o transporte do bem indevidamente embalado, o fato restará consignado no conhecimento, de modo a isentar o transportador de responsabilidade pelos danos causados em razão

do mal acondicionamento da mercadoria.<sup>125</sup> Ao contrário, se o transportador não fizer ressalvas e aceitar o deslocamento da mercadoria na condição em que se encontre, será responsabilizado por eventuais danos à carga e por aqueles sofridos por terceiros.<sup>126</sup>

[Dever de recusa da mercadoria perigosa]

Cuidando-se de mercadoria perigosa que, em razão da inadequação da embalagem, possa ocasionar danos aos demais passageiros ou ao veículo, a recusa não consistirá em faculdade do transportador, mas em verdadeiro dever.<sup>127</sup> Assim, o transportador deve recusar a mercadoria perigosa, sob pena de responder pelos danos causados a terceiros, sem prejuízo do direito de regresso contra o remetente.

O mesmo ocorre quando o expedidor tenta transportar bens cujo transporte ou comercialização não sejam permitidos ou que estejam desacompanhados dos documentos exigidos por lei ou regulamento (v.g. comprovante de pagamento dos tributos ou guias de importação e exportação): a recusa do transportador é obrigatória também nesses casos (CC, art. 747<sup>128</sup>). O condutor poderá ser inclusive responsabilizado criminalmente se transportar objetos ilícitos.

[Início e fim da responsabilidade do transportador]

A responsabilidade do transportador se limita ao valor constante do conhecimento e se inicia no momento em que ele, ou seus prepostos, recebem a coisa; terminando quando esta é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontrado (CC, art. 750). Nos termos do art. 750 do Código Civil, admite-se a cláusula limitativa de responsabilidade do transportador quanto aos danos materiais, limitados ao valor constante do conhecimento.

[Entrega da mercadoria]

Desembarcadas as mercadorias, o transportador não é obrigado a dar aviso ao destinatário, se assim não foi convencionado. De igual modo, a entrega a domicílio deve ser ajustada, devendo constar do

conhecimento de embarque as cláusulas de aviso ou de entrega a domicílio (CC, art. 752).<sup>129</sup>

Uma vez estipuladas contratualmente as obrigações do transportador de entregar a mercadoria a domicílio ou dar aviso de sua chegada, o seu descumprimento sujeita o pagamento de perdas e danos, além de impedi-lo de cobrar do destinatário o valor despendido com o armazenamento da coisa durante o período subsequente à sua chegada ao destino. Por outro lado, se é dever do destinatário retirá-la no local de desembarque da transportadora e não o faz, obriga-se ao pagamento do preço e demais custos da armazenagem.

[Impossibilidade de concluir o transporte por força maior]

De forma análoga ao que acontece no transporte de pessoas, caso o transporte de coisas não possa ser realizado ou concluído por fato alheio à vontade do transportador (v.g. interrupção de estradas em razão de deslizamentos de terra; aeroporto fechado por mau tempo ou o porto sitiado por guerra), este não poderá dar como resolvido o contrato, com a devolução do valor pago pelo remetente. Ao contrário, para além de zelar pela coisa, o transportador deve imediatamente fazer contato com o expedidor para solicitar instruções sobre o procedimento a ser adotado, e este deverá optar entre continuar o transporte com outro destinatário, cobrindo as despesas adicionais com a mudança; receber a coisa de volta e desistir do transporte; ou ordenar a alienação do bem. Caso o remetente não queira prosseguir com o transporte, deverá pagar o valor do frete proporcional ao percurso efetuado até a sua interrupção.

[Ausência de instruções do remetente]

Por outro lado, caso o remetente não forneça instruções, o transportador poderá resolver o contrato, optando entre depositar a coisa em juízo ou vendê-la, observados os preceitos legais e regulamentares, depositando o valor apurado (CC, art. 753, § 1º).<sup>130</sup>

[Interrupção ou impossibilidade do transporte por culpa do transportador]

Se a interrupção ou impossibilidade no transporte for causada por motivo imputável ao transportador, a coisa deve ser depositada por sua conta e risco, sendo-lhe autorizado vendê-la se perecível (CC, art. 753, § 2º)<sup>131</sup>. Neste caso, deve o transportador justificar o motivo da venda, de tal sorte que possa o remetente ou o destinatário controlar a legalidade do ato e pleitear a reparação de eventual prejuízo. De todo modo, qualquer que seja o procedimento adotado pelo transportador, deve informá-lo, assim que possível, ao remetente (CC, art. 753, § 3º).<sup>132</sup>

Em qualquer caso, o transportador deverá zelar pela coisa, responsabilizando-se por sua deterioração, salvo força maior. Se o acautelamento da coisa for feito em depósitos próprios do transportador, ele continuará a responder por sua guarda e conservação. Não lhe sendo imputável a interrupção do transporte, o transportador fará jus à remuneração pela custódia do bem (CC, art. 753, § 4º)<sup>133</sup> e a relação será regida, no que couber, pelas disposições relativas ao depósito (CC, art. 751).<sup>134</sup>

[Solidária no transporte cumulativo]

Os transportadores respondem solidariamente no transporte cumulativo pelos danos causados ao remetente em razão da perda ou da avaria das mercadorias transportadas, ou ainda pelo atraso na entrega, cuja apuração se faz apenas ao final da execução do contrato, em relação a todo o percurso realizado (CC, art. 756). Como visto, o contrato de transporte cumulativo é aquele em que há pluralidade de transportadores mediante um único contrato, de tal sorte que, perante o expedidor, celebra-se o ajuste como se houvesse um único transportador. A apuração final garante ao transportador que tenha ressarcido o remetente, garantindo o direito de regresso contra aquele ou aqueles que concorreram efetivamente para o prejuízo a fim de fazer recair sobre estes a responsabilidade pela indenização.

### 5.3. Direitos e deveres do remetente

[Obrigação de pagar o frete]

A obrigação principal do remetente é o pagamento do frete, remuneração do transportador. É possível, porém, que essa obrigação seja transferida para o destinatário que com ela anuir, caso em que o transportador poderá exigir deste o pagamento. Entretanto, para que tal seja estipulado na avença, é necessário que o destinatário se obrigue de forma inequívoca, afinal, sua vinculação ao adimplemento de prestação proveniente de contrato do qual não é parte não pode ser presumida.<sup>135</sup>

[Obrigação de contratar seguro]

O remetente se obriga a contratar o seguro das mercadorias, cujo pagamento pode ser efetuado no momento da expedição ou da entrega, neste último caso, por meio de reembolso ao transportador.

[Dever de informação]

Além disso, o remetente assume expressivo dever de informação, intensificado pela boa-fé objetiva, devendo individuar com exatidão as mercadorias transportadas, caracterizando-as por sua natureza, valor, peso e quantidade ou qualquer outra informação mais específica que seja útil a esta finalidade (cor, especificações técnicas e outros), bem como indicar o destinatário, ao menos, pelo nome e endereço (CC, art. 744). Esta última exigência não impede a modificação do destinatário por meio de endosso do conhecimento de transporte (CC, art. 754).

O cumprimento deste dever de informação beneficia os dois polos contraentes. Quanto ao remetente, facilita o exercício dos direitos advindos do contrato no que tange à integridade da mercadoria, permitindo a comprovação dos objetos remetidos, bem como de seu estado, na hipótese de extravio, perda ou dano. Ademais, a precisa descrição das coisas transportadas evita que



sejam confundidas com outras despachadas na mesma ocasião. Em relação ao transportador, por sua vez, a fiel declaração dos bens lhe permite saber o que está transportando, para que assim possa providenciar os cuidados necessários à integridade do bem; ou, caso seja proibido seu transporte ou não disponha de meios para realizá-lo adequadamente, possa recusar-se a fazê-lo. Resguarda-se ainda o transportador do risco de o remetente, no futuro, alegar incongruência entre o que foi despachado e o que foi recebido pelo destinatário; além de limitar sua eventual responsabilidade pelos danos causados à mercadoria durante o trajeto à descrição e caracterização da coisa conforme relatada pelo remetente, bem como ao valor declarado no conhecimento do transporte.

[Indenização ao transportador pelas declarações inexatas]

Nessa esteira, o remetente responde pelas informações prestadas e, se houver alguma inverdade no seu relato que ocasione prejuízos ao transportador ou a terceiros, fica obrigado a indenizá-los. A responsabilização ocorre ainda que não haja má-fé do remetente. Nessa direção, o art. 745 do Código Civil<sup>136</sup> garante ao transportador o direito de ser indenizado pelos danos decorrentes dos vícios na declaração do expedidor.

[Prazo para a propositura da ação indenizatória]

Segundo a literalidade do art. 745 do Código Civil, o transportador deverá ingressar com a ação respectiva em face do remetente em 120 (cento e vinte) dias, sob pena de decadência, fazendo parecer que este seria o prazo para o ajuizamento da ação de responsabilidade civil.

A atecnia do legislador requer interpretação sistemática do dispositivo. Caso o prazo fosse para o ajuizamento da ação de reparação civil, deveria ter natureza prescricional (e não decadencial), já que decorrente da lesão a direito subjetivo. Não seria legítimo, por outro lado, reduzir drasticamente o prazo prescricional destinado à reparação civil, injustificadamente. A melhor

interpretação, portanto, consiste em considerar o prazo de 120 (cento e vinte) dias contados a partir da emissão do conhecimento de transporte, para apresentar reclamação, devidamente instruída mediante apuração da informação lançada no conhecimento, quanto às informações falsas ou inexatas prestadas pelo remetente. Pretende o legislador, com o prazo decadencial, evitar reclamações oportunistas, formuladas muito tempo após o suposto evento danoso, quando já se dissipou o material probatório. Desse modo, após a averiguação, havendo confirmação quanto à falsidade das informações, começará a correr o prazo prescricional do transportador para o exercício da pretensão indenizatória.

[Dever de veracidade na legislação especial]

A legislação extravagante reforçou essa obrigação de veracidade das informações prestadas pelo remetente, de acordo com modalidades específicas de transporte. O Decreto nº 1.832/96, por exemplo, determina que caberá ao expedidor prestar as declarações exigidas pela Administração Ferroviária, sujeitando-se às penalidades cabíveis em caso de falsa declaração.<sup>137</sup> De igual modo, no transporte aéreo, o Código Brasileiro da Aeronáutica determina que o remetente será responsável pela exatidão das declarações constantes do conhecimento, arcando com os prejuízos sofridos pelo transportador ou terceiros em razão de informações irregulares, inexatas ou incompletas.<sup>138</sup>

Por outro lado, o remetente tem direito de resilir unilateralmente o contrato, ou alterar o local de entrega da mercadoria, ou seja, substituir o destinatário (*right of stoppage in transitu*). Este direito poderá ser exercido até o momento em que se coloca a mercadoria à disposição do destinatário, transmitindo-lhe a sua posse, o que pode ocorrer com a efetiva tradição, com o aviso de que a mercadoria chegou a destino (CC, art. 752) ou, ainda, quando transcorrido o prazo contratual para a entrega, o destinatário exigi-la. Caso se tenha emitido conhecimento de transporte à ordem, o remetente só poderá resilir ou alterar o contrato de transporte se for o legítimo portador do título. Em qualquer caso, o expedidor deverá

arcar com as perdas e danos, bem como com eventuais acréscimos decorrentes da contraordem (CC, art. 748)<sup>139</sup>.

## PROBLEMA PRÁTICO

Pode ser responsabilizado o destinatário de carga ou mercadoria que, em razão de acidente no desembarque portuário efetuado pelo transportador, provocou grave dano ambiental?

- **Vide Casoteca**

- 
- 1 “Art. 732. Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais”.
  - 2 O direito italiano também consagra uma figura unitária para o contrato de transporte: “Pelo contrato de transporte o transportador se obriga, mediante corrispettivo, a transferir pessoas ou coisas de um lugar a outro” (tradução nossa). No original: “Col contratto di trasporto il vettore si obbliga, verso corrispettivo, a trasferire persone o cose da un luogo a un altro”. Na lição clássica de Alberto Asquini, “a noção unitária do contrato de transporte de pessoas e de coisas, referida pelo art. 1678, evidencia a identidade de natureza jurídica do contrato de transporte, seja no caso de transporte de pessoas, seja na hipótese de transporte de coisas. Esta identidade de natureza jurídica permite se assentar sobre um certo número de princípios gerais comuns, especialmente com relação ao preço do transporte considerado em seu resultado e não no seu custo em energias e no que se refere à incidência normal sobre o transportador do risco da impossibilidade do transporte” (tradução nossa). No original: “la nozione unitaria del contratto di trasporto di persone o di cose, data dell’art. 1678, pone in evidenza l’identità di natura giuridica del contratto di trasporto, sia che si tratti di trasporto di persone, sia che si tratti di trasporto di cose. Questa identità di natura giuridica permette di assidere su un certo numero di principi generali comuni, specialmente per ciò che attiene al riferimento del prezzo al trasporto considerato nel suo risultato e non nel suo costo in energie, e per ciò che attiene all’incidenza normale sul vettore del rischio dell’impossibilità del trasporto” (Trasporto (in genere). In: *Novissimo digesto italiano*, vol. XIX, Torino: UTET, 1957, p. 567).
  - 3 “Art. 730. Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas”.
  - 4 “Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I – a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; II – a restituição imediata da

quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III – o abatimento proporcional do preço”.

- 5 “Art. 733. Nos contratos de transporte cumulativo, cada transportador se obriga a cumprir o contrato relativamente ao respectivo percurso, respondendo pelos danos nele causados a pessoas e coisas. § 1º. O dano, resultante do atraso ou da interrupção da viagem, será determinado em razão da totalidade do percurso. § 2º. Se houver substituição de algum dos transportadores no decorrer do percurso, a responsabilidade solidária estender-se-á ao substituto”.
- 6 Claudio Luiz Bueno de Godoy. In: Cezar Peluso, *Código Civil Comentado*: doutrina e jurisprudência, Barueri: Manole, 2013, 7. ed., p. 732.
- 7 “Art. 733. (...) § 2º Se houver substituição de algum dos transportadores no decorrer do percurso, a responsabilidade solidária estender-se-á ao substituto”.
- 8 “Art. 1682. Responsabilidade do transportador nos transportes cumulativos. Nos transportes cumulativos, cada transportador responde no âmbito do próprio percurso. Todavia, o dano pelo atraso ou pela interrupção da viagem se determina em razão do inteiro percurso” (tradução nossa). No original: “Art. 1682. Responsabilità del vettore nei trasporti cumulativi. Nei trasporti cumulativi ciascun vettore risponde nell’ambito del proprio percorso. Tuttavia il danno per il ritardo o per l’interruzione del viaggio si determina in ragione dell’intero percorso”.
- 9 “Art. 1700. Transporte cumulativo. Nos transportes que são assumidos cumulativamente por vários transportadores sucessivos com um único contrato, os transportadores respondem solidariamente (1292 e seguintes) pela execução do contrato do lugar originário de partida até o lugar de destino. O transportador chamado a responder por um fato não próprio pode agir em regresso contra os outros transportadores, individual ou cumulativamente. Se o fato danoso ocorre no percurso de um dos transportadores, estes são obrigados ao ressarcimento integral; caso contrário, todos os transportadores são obrigados ao ressarcimento em partes proporcionais aos percursos, excluídos aqueles transportadores que provem que o dano não ocorreu no seu próprio percurso” (tradução nossa). No original: “Art. 1700. Trasporto cumulativo. Nei trasporti che sono assunti cumulativamente da più vettori successivi con unico contratto, i vettori rispondono in solido (1292 e seguenti) per l’esecuzione del contratto dal luogo originario di

partenza fino al luogo di destinazione. Il vettore chiamato a rispondere di un fatto non proprio può agire in regresso contro gli altri vettori, singolarmente o cumulativamente. Se risulta che il fatto dannoso è avvenuto nel percorso di uno dei vettori, questi è tenuto al risarcimento integrale; in caso contrario, al risarcimento sono tenuti tutti i vettori in parti proporzionali ai percorsi, esclusi quei vettori che provino che il danno non è avvenuto nel proprio percorso”.

- 10 “Art. 756. No caso de transporte cumulativo, todos os transportadores respondem solidariamente pelo dano causado perante o remetente, ressalvada a apuração final da responsabilidade entre eles, de modo que o ressarcimento recaia, por inteiro, ou proporcionalmente, naquele ou naqueles em cujo percurso houver ocorrido o dano”.
- 11 “Art. 259. Se, havendo dois ou mais devedores, a prestação não for divisível, cada um será obrigado pela dívida toda”.
- 12 “Nesses casos, a relação independe, para se formar, da declaração de quem quer utilizar o serviço oferecido, o chamado usuário, sabido, como é, que no momento inicial da utilização “não há ninguém que possa receber aquela, nem a quem se possa considerar dirigida”. Não se trata, em tais circunstâncias, da formação de um contrato por ato concludente ou declaração tácita, pois, devendo tal declaração ser receptícia, teria de ser feita a um destinatário, o que na hipótese, inexistente. As situações mais correntes de formação do vínculo contratual, através de um comportamento social típico, encontram-se no *transporte coletivo* e no *estacionamento* de veículos em parques públicos” (Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, 26. ed., p. 77).
- 13 Sobre o ponto: “O contrato de transporte é consensual sempre, nenhuma diferença existindo relativamente à promessa de transportar. A entrega da mercadoria, que se considera elemento de sua realidade, não passa de um primeiro ato de sua execução; e, se se perfaz frequentemente pela tradição do objeto, não é porque seja esta essencial à sua formação, mas porque é o modo comum da manifestação do consentimento do expedidor” (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2017, 20. ed., p. 303).
- 14 “Art. 730. Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas”.

- 15 Claudio Luiz Bueno de Godoy. In: Cezar Peluso, *Código Civil Comentado*: doutrina e jurisprudência, cit., p. 739.
- 16 “Art. 736. Não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia. Parágrafo único. Não se considera gratuito o transporte quando, embora feito sem remuneração, o transportador auferir vantagens indiretas”.
- 17 Como alerta Pietro Perlingieri: “a corresponsabilidade não se identifica com a onerosidade, que constitui, ao revés, o resultado de uma valoração econômica das recíprocas atribuições das partes. O contrato é oneroso onde subsiste uma equivalência ou uma adequação sob o plano econômico entre as prestações contratuais. O contrato é gratuito, ao revés, quando esteja proibida tal adequação” (tradução nossa). No original: “*la corresponsività non si identifica con l’onerosità che costituisce, invece, il risultato di una valutazione economica delle reciproche attribuzioni delle parti. Il contratto è oneroso là dove sussiste un’equivalenza o un’adeguatezza, sul piano economico, tra le prestazioni contrattuali. Il contratto è gratuito, invece, là dove faccia difetto tale adeguatezza*” (Pietro Perlingieri, *Manuale di Diritto Civile*, Napoli: ESI, 1997, p. 462). E, no que se refere ao contrato de transporte, afirma Pietro Rescigno: “Na noção legislativa existe a menção do corresponsivo devido pela pessoa transportada ou pelo remetente das mercadorias, mas se trata apenas de um elemento natural da relação” (tradução nossa). No original: “*Nella nozione legislativa vi è la menzione del corresponsivo dovuto dalla persona trasportata o dal mittente delle merci, ma si tratta di un elemento soltanto naturale del rapporto*” (*Manuale del diritto privato italiano*, Napoli: Novene, 1994, p. 815).
- 18 Em sentido contrário, afirma Sílvia de Salvo Venosa: “Excepcionalmente, o transporte pode ser gratuito, pois a onerosidade não lhe é essencial” (*Direito Civil: Contratos em Espécie*, vol. III, São Paulo: Atlas, 2006, 6. ed., p. 336).
- 19 “Art. 736. Não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia. Parágrafo único. Não se considera gratuito o transporte quando, embora feito sem remuneração, o transportador auferir vantagens indiretas”.
- 20 Sobre o ponto, seja consentido remeter a Gustavo Tepedino. In: Sílvia de Figueiredo Teixeira (coord.), *Comentários ao Novo Código Civil*, vol.

X: das várias espécies de contrato, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 450.

- 21 “V. exemplificativamente: “No transporte benévolo, de simples cortesia, a responsabilidade do transportador, por danos sofridos pelo transportado, condiciona-se à demonstração de que resultaram de dolo ou de culpa grave, a que aquele se equipara. Hipótese em que se caracteriza contrato unilateral, incidindo o disposto no artigo 1.057 do Código Civil” (STJ, 3ª T., REsp. 36.688-RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julg. 25.10.1993, publ. DJ 25.10.1993). Na mesma direção cf. STJ, 3ª T., REsp. 34.544-MG, Rel. Min. Claudio Santos, julg. 13.12.1993, publ. DJ 7.3.1994; STJ, 4ª T., REsp. 54.658, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior, julg. 12.12.1994, publ. DJ 13.3.1995.
- 22 Na jurisprudência recente dos tribunais estaduais: “No transporte gracioso, a responsabilização da empresa proprietária do caminhão ocorreria caso comprovada a culpa grave ou dolo, o que não ocorreu na hipótese. Não foi atestado, de forma suficiente, que o comprometimento do controle direcional se deu em razão de imperícia e, ou, imprudência do condutor do caminhão de propriedade da ré, aquele também faleceu no fatídico acidente” (TJMG, 13ª CC., Ap. Cív. 0206214-61.2010.8.13.0672, Rel. Des. Rogério Medeiros, julg. 22.8.2019, publ. DJ 22.8.2019); TJRS, 12ª CC, Ap. Cív. 70070854609, Rel. Des. Guinther Spode, julg. 10.11.2016, publ. DJ 14.11.2016; TJRS, 12ª CC., Ap. Cív. 70077619294, Rel. Des. Cláudia Maria Hardt, julg. 28.6.2018, publ. DJ 6.7.2018; STJ, 3ª T., REsp. 685791, Rel. Min. Vasco Della Giustina, julg. 18.2.2010, publ. DJe 10.3.2010.
- 23 “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas que gerem dúvida quanto à sua interpretação, será adotada a mais favorável ao aderente.
- Parágrafo único. Nos contratos não atingidos pelo disposto no *caput*, exceto se houver disposição específica em lei, a dúvida na interpretação beneficia a parte que não redigiu a cláusula controvertida”.
- 24 “Art. 731. O transporte exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão, rege-se pelas normas regulamentares e pelo que for estabelecido naqueles atos, sem prejuízo do disposto neste Código”.
- 25 Sobre os contratos de fretamento, confira-se, por todos: Artur R. Carbone e Luís Felipe Galante, Delineamentos jurídicos sobre os



contratos de utilização de embarcações. In: *Revista de Direito Privado*, vol. 4, out./dez., pp. 27-49.

- 26 “Art. 732. Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais”.
- 27 “Art. 731. O transporte exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão, rege-se pelas normas regulamentares e pelo que for estabelecido naqueles atos, sem prejuízo do disposto neste Código”.
- 28 “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.
- 29 “Art. 21. Compete à União: (...) XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros”.
- 30 Na Constituição Federal: “Art. 30. Compete aos Municípios: V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”.
- 31 Sobre o ponto, confira-se decisão clássica do STF: “Não resta dúvida que o serviço de transporte rodoviário interestadual é serviço público, entendendo-se este como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado (*Direito Administrativo Brasileiro*, Hely Lopes Meirelles, Malheiros Editores, 19ª edição, pág. 294)” e que, como tal, incumbe ao Poder Público a prestação deste serviço, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, mas sempre através de licitação, como preceitua o artigo 175, *caput*, do texto constitucional, visto ser a licitação pública o meio através do qual a Administração seleciona a proposta mais vantajosa, que atenda ao seu interesse, mas que ao mesmo tempo propicie igual oportunidade a todos os interessados, sem perder de vista a eficiência e moralidade dos negócios administrativos”. E como ressaltado pelo eminente Ministro Octavio Gallotti, relator do Recurso Extraordinário nº 140.989-RJ, nos

fundamentos de seu voto, “Podem os serviços públicos ser prestados, segundo a Constituição, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, na forma da lei, mas ‘sempre através de licitação’. Este advérbio (‘sempre’) enfaticamente utilizado no art. 175 da Lei Fundamental não dá margem alguma de dúvida sobre a eficácia plena, imediata e automática do preceito, que está a obrigar, tanto o ato concreto de concessão (como o ora impugnado pela impetrante, ora Recorrente), à prévia licitação, toda vez que não se trate de exploração direta do serviço pelo Poder Público” (STF, 1ª T., RE 214382, Rel. Min. Octavio Gallotti, julg. 21.9.1999, publ. DJ 4.9.2000).

- 32 Sobre o ponto: “Problema que poderá surgir será de eventual conflito de normas administrativas com as normas do Código Civil. À evidência, dentro do campo de fixação de regras aos concessionários, permissionários ou autorizados, o Código Civil não entra, posto que âmbito do direito público. As normas do Código Civil, em especial pela expressa disposição do art. 732, são as que serão cláusulas inafastáveis do contrato entre os autorizados, concessionários ou permissionários e os seus contratantes, posto que balizadoras do exercício da autonomia privada” (Renan Lotufo, O Contrato de Transporte de Pessoas no Novo Código Civil. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 43, jul.-set. 2002, p. 210).
- 33 O Código de Defesa do Consumidor define consumidor e fornecedor em seus arts. 2º e 3º: “Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”; “Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 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”.
- 34 “Art. 1º. As estradas de ferro serão responsáveis pela perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que receberem para

transportar”.

- 35 “Art. 17. As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea”.
- 36 “Art. 23. No caso de desastre, a estrada de ferro também responderá pela perda ou avaria das bagagens que os passageiros levarem consigo, embora não despachadas”.
- 37 “Art. 37. (...) §6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.
- 38 “Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade”.
- 39 “Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores”.
- 40 “Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade”
- 41 “Art. 6º (...) VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.
- 42 “Art. 22. (...) Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código”.
- 43 “Art. 22. (1) No transporte de pessoas, limita-se a responsabilidade do transportador, à importância de cento e vinte e cinco, mil francos, por passageiro. Se a indemnização, de conformidade com a lei do tribunal que conhecer da questão, puder ser arbitrada em constituição de renda, não poderá o respectivo capital exceder aquelle limite. Entretanto, por accordo especial com o transportador, poderá o viajante fixar em mais o limite de responsabilidade”.
- 44 Sobre o ponto, remeta-se a Gustavo Tepedino. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *Comentários ao Novo Código Civil*, cit., pp. 446-447.

- 45 Confira-se: “Recurso extraordinário. Danos morais decorrentes de atraso ocorrido em voo internacional. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Matéria infraconstitucional. Não conhecimento. 1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. 2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor. 3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição de República. 4. Recurso não conhecido” (STF, 1ª T., RE 351.750, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 7.3.2009, publ. DJ 25.9.2009). No STJ: “A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que a responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços após a entrada em vigor da Lei nº 8.078/90 não é mais regulada pela Convenção de Varsóvia e suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal) ou pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, subordinando-se ao Código de Defesa do Consumidor” (STJ, 3ª T., AgRg no ARESp. 607388, Rel. Min. Moura Ribeiro, julg. 16.6.2016, publ. DJe 23.6.2016).
- 46 A decisão resta assim ementada: “Prazo prescricional. Convenção de Varsóvia e Código de Defesa do Consumidor. 1. O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, matéria não objeto da Convenção de Varsóvia, que trata da limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional (RE 214.349, rel. Min. Moreira Alves, DJ 11.6.99). 2. Embora válida a norma do Código de Defesa do Consumidor quanto aos consumidores em geral, no caso específico de contrato de transporte internacional aéreo, com base no art. 178 da Constituição Federal de 1988, prevalece a Convenção de Varsóvia, que determina prazo prescricional de dois anos. 3. Recurso provido” (STF, 2ª T., RE 297.901-5, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 7.3.2006, publ. DJ 31.3.2006).
- 47 Como se lê em trecho do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes: “é fundamental afastar o argumento segundo o qual o princípio constitucional que impõe a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, e art. 170, V, da Constituição Federal) impediria qualquer sorte de derrogação do Código de Defesa do Consumidor por norma mais restritiva, ainda

que por lei especial” (STF, Tribunal Pleno, RE 636331, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 25.5.2017, publ. DJ 13.11.2017).

- 48 Esse entendimento já foi repetido em recente decisão monocrática do Ministro Luís Roberto Barroso: “O recurso não deve ser provido. O acórdão recorrido está alinhado com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar o RE 636.331, Rel. Min. Gilmar Mendes (Tema 210 da Repercussão Geral), assentou que, por força do art. 178 da CF, em caso de conflito, as normas das convenções que regem o transporte aéreo internacional prevalecem sobre a legislação interna. A Convenção de Montreal nada fala a respeito de limites para condenação por danos morais, tendo ficado a discussão no Plenário desta Corte centrada no limite estabelecido para ressarcimento de danos materiais. Veja-se, nesse sentido, o seguinte trecho do voto do relator: “(...) Corrobora a interpretação da inaplicabilidade do limite do *quantum* indenizatório às hipóteses de dano moral a previsão do art. 22, que permite o passageiro realizar declaração especial do valor da bagagem, como forma de eludir a aplicação do limite legal. Afinal, se pode o passageiro afastar o valor limite presumido pela Convenção mediante informação do valor real dos pertences que compõem a bagagem, então não há dúvidas de que o limite imposto pela Convenção diz respeito unicamente à importância desses mesmos pertences e não a qualquer outro interesse ou bem, mormente os de natureza intangível. Assim, meu voto é no sentido de declarar a aplicabilidade do limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais” (STF, Decisão Monocrática, RE 1194671, Rel. Min. Luis Roberto Barroso, julg. 30.3.2019, publ. DJ 3.4.2019).
- 49 “Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.
- 50 Segundo a Súmula n.º 187: “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.
- 51 Em clássico precedente sobre a responsabilidade do transportador por fortuito interno, asseverou-se: “Cuida o caso de saber se a culpa do terceiro motorista do caminhão, que empurrou o carro para baixo do ônibus e fez com que este atropelasse os pedestres, causando-lhes

morte e ferimentos severos, exclui o dever de indenizar da empresa transportadora. O princípio geral é o de que o fato culposo de terceiro, nessas circunstâncias, vincula-se ao risco da empresa de transporte, que como prestadora de serviço público responde pelo dano em decorrência, exatamente, do risco da sua atividade, preservado o direito de regresso. (...) A jurisprudência tem admitido claramente que, mesmo ausente a ilicitude, a responsabilidade existe, ao fundamento de que o fato de terceiro que exonera a responsabilidade é aquele que com o transporte não guarde conexidade. Se o acidente ocorre enquanto trafegava o ônibus, provocado por outros veículos, não se pode dizer que ocorreu fato de terceiro estranho ou sem conexidade com o transporte. E sendo assim, o fato de terceiro não exclui o nexo causal, obrigando-se a prestadora de serviço público a ressarcir as vítimas, preservado o seu direito de regresso contra o terceiro causador do acidente. É uma orientação firme e benfazeja baseada no dever de segurança vinculado ao risco da atividade, que a moderna responsabilidade civil, dos tempos do novo milênio, deve consolidar” (STJ, 3ª T., REsp. 469.867, Rel Min Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 27.9.2005, publ. DJ 14.11.2005).

- 52 Interessantes precedentes nesse sentido se referem a assaltos em veículos de transporte coletivo. O STJ firmou entendimento que, por ser risco desvinculado do normal desempenho da atividade de transporte, configura-se fortuito externo: “A jurisprudência consolidada neste Tribunal Superior é no sentido de que o assalto à mão armada dentro de coletivo constitui fortuito a afastar a responsabilidade da empresa transportadora pelo evento danoso daí decorrente para o passageiro” (STJ, 3ª T., EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp. 418176, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 24.5.2016, publ. DJe 1.6.2016). No mesmo sentido: STJ, 4ª T., REsp. 974138, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 22.11.2016, publ. DJe 9.12.2016; STJ, 4ª T., REsp. 76855, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julg. 24.10.2006, publ. DJ 23.10.2006.
- 53 Confira-se: “Processual civil. Civil. Responsabilidade civil. Transporte de passageiros. Arremesso de pedra de fora da composição férrea. Lesão em passageiro. Fato de terceiro. Excludente de responsabilidade” (STJ, 2ª S., EDcl no Agl no EREsp. 1325225, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 9.11.2016, publ. DJe 18.11.2006); “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o arremesso de objeto de fora de trem não se inclui entre os riscos normais da atividade de transporte e, por isso, não gera, para aquele que explora essa atividade, dever de indenizar, por se caracterizar como fortuito externo. Precedentes” (STJ,

4ª T., EDcl no AgRg no REsp 1325225, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 15.10.2013, publ. DJe 3.12.2013); “Arremesso de pedra de fora do trem, causando lesões a passageiros, é ato de terceiro, estranho ao contrato de transporte, pelo qual a companhia transportadora não responde” (STJ, 3ª T., REsp. 154.311, Rel. Min. Ari Pargendler, julg. 10.4.2001, publ. DJ 28.5.2001).

54 “1. Nos termos da jurisprudência firmada nesta Corte Superior, a responsabilidade do transportador em relação aos passageiros é objetiva, somente podendo ser elidida por fortuito externo, força maior, fato exclusivo da vítima ou por fato doloso e exclusivo de terceiro – quando este não guardar conexão com a atividade de transporte. 2. Não está dentro da margem de previsibilidade e de risco da atividade de transporte metroviário o óbito de consumidor por equiparação (*bystander*) por golpes de arma branca desferidos por terceiro com a intenção de subtrair-lhe quantia em dinheiro, por se tratar de fortuito externo com aptidão de romper o nexo de causalidade entre o dano e a conduta da transportadora” (STJ, 4ª T., REsp. 974138, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 22.11.2016, publ. DJ 9.12.2016); STJ, AgRg no REsp 1456690, Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 5.8.2014, publ. DJ 2.9.2014; STJ, 3ª T., REsp. 431.091, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 17.6.2003, publ. DJ 25.8.2003. “1. Na linha dos precedentes do STJ, a circunstância de o consumidor ser vítima de roubo não é, por si só, suficiente para caracterizar fortuito externo apto a ilidir a responsabilidade de indenizar do fornecedor de produtos ou serviços. Precedentes. 2. No caso dos autos, as instâncias ordinárias afirmaram que o cenário envolvido no crime era propício a esse tipo de delito, pois envolvia movimentação de alta quantia de dinheiro. Nesse contexto, concluíram ter ficado devidamente comprovada a negligência da concessionária com a segurança. Portanto, é de rigor a responsabilização da empresa pelos danos causados à parte autora” (STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 218394, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, julg. 1.10.2015, publ. DJ 25.8.2003).

55 Destaque-se interessante julgado do STJ que entendeu que, apesar de o roubo ser considerado fortuito externo em relação ao transporte de pessoas, o fato de o trajeto ter sido feito de ônibus, e não de avião, por necessidade da transportadora, fez com que o risco se agravasse e não pudesse ser aplicada a excludente: “(...) a jurisprudência do STJ reconhece que o roubo dentro de ônibus configura hipótese de fortuito externo, por se tratar de fato de terceiro inteiramente independente ao transporte em si, afastando-se, com isso, a responsabilidade da

empresa transportadora por danos causados aos passageiros. 1.3. Não obstante essa seja a regra, o caso em análise guarda peculiaridade que comporta solução diversa. Com efeito, a alteração substancial e unilateral do contrato firmado pela recorrente – de transporte aéreo para terrestre –, sem dúvida alguma, acabou criando uma situação favorável à ação de terceiros (roubo), pois o transporte rodoviário é sabidamente muito mais suscetível de ocorrer crimes dessa natureza, ao contrário do transporte aéreo. Dessa forma, a conduta da transportadora concorreu para o evento danoso, pois ampliou significativamente o risco de ocorrência desse tipo de situação, não podendo, agora, se valer da excludente do fortuito externo para se eximir da responsabilidade” (STJ, 3ª T., REsp. 1728068, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 5.6.2018, publ. DJ 8.6.2018).

56 “Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade”.

57 Segundo Agostinho Alvim, no fortuito externo “os fatos que exoneram vêm a ser: culpa da vítima, ordens de autoridades (*fait du prince*), fenômenos naturais (raio, terremoto), ou quaisquer outras impossibilidades de cumprir a obrigação, por não ser possível evitar o fato derivado de força externa invencível: guerra, revolução, etc.”. Mais adiante, remata que o fortuito externo, “portanto, é o fato externo que não se liga à pessoa ou à empresa por nenhum laço de conexão” (*Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*, São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1965, 3ª ed., pp. 315-316). V. tb. Sergio Cavalieri Filho, A Responsabilidade no Transporte Terrestre de Passageiro à Luz do Código do Consumidor. In: *Revista de Direito do TJERJ*, n. 25, p. 208; Gustavo Tepedino, A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal, In: *Temas de Direito Civil*, t. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 2ª ed, rev. e atual., pp. 196-204.

58 “Art. 738. A pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço”.

59 Na jurisprudência, cfr. STJ, REsp. 1747637, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 25.6.2019, publ. DJ 1.7.2019; STJ, AgInt no AREsp



1332491, 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, julg. 25.6.2019, publ. DJ 1.7.2019.

- 60 “Art. 26. As estradas de ferro responderão por todos os danos que a exploração das suas linhas causar aos proprietários marginais”.
- 61 Nessa direção, Fernando Noronha, *Responsabilidade Civil: uma tentativa de ressystematização. Responsabilidade civil em sentido estrito e responsabilidade negocial. Responsabilidade subjetiva e objetiva. Responsabilidade subjetiva comum ou normal, e restrita a dolo ou culpa grave. Responsabilidade objetiva normal e agravada*. In: *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*, vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 145-195.
- 62 “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”
- 63 “Art. 14. (...) §3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II -a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.
- 64 “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”
- 65 Alvino Lima, *Culpa e risco*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.
- 66 Caio Mário da Silva Pereira defende a teoria do risco criado, *in verbis*: “se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos” (*Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2018, 12ª ed. atual. por Gustavo Tepedino, p. 355).
- 67 Para exame mais aprofundado das teorias do risco, ver o volume de *Responsabilidade Civil* desta Coleção.
- 68 “Art. 936. O dano, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”
- 69 Na jurisprudência: “(...) o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de recurso extraordinário representativo da controvérsia, determinou que a pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público, ostenta responsabilidade objetiva em relação a terceiros usuários ou não usuários do serviço público, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição da República de 1988 (RE 591.874/MS, publicado no DJe de 21.11.2008). Em reforço à responsabilidade objetiva do transportador, não se pode olvidar que a legislação consumerista

preceitua que o fornecedor de serviços responde pela reparação dos danos causados, independentemente da existência de culpa, decorrente dos defeitos relativos à prestação destes serviços, nos termos do art. 14, §§ 1º e 3º, do CDC” (STJ, 3ª. T., REsp. 1747637, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 25.6.2019, publ. DJ 1.7.2019).

- 70 Sobre o ponto, ver o volume de *Responsabilidade Civil* desta Coleção.
- 71 “Art. 7º. (...) XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.
- 72 “Art. 7º. (...) XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.
- 73 Em comentários ao dispositivo, anota a doutrina: “O dispositivo ora em comento consagra a responsabilidade do empregador em proporcionar ambiente seguro para a prestação de serviços, impondo-lhe obrigatoriedade de contratação de seguro contra acidentes de trabalho e, ainda assim, não o eximindo de indenização independentemente do elemento subjetivo (dolo ou culpa). A CF instituiu nas relações de emprego a responsabilidade objetiva para o fim de autorizar o direito às reparações da Lei de Seguridade Social estabelecidas pela lei previdenciária e instituídas segundo a teoria do risco social e a responsabilidade subjetiva do empregador” (Odair Márcio Vitorino. In: Costa Machado (org.) e Anna Candida da Cunha Ferraz (coord.), *Constituição Federal Interpretada*, Barueri: Manole, 2018, 9. ed., p. 65).
- 74 V. a decisão: STJ, Corte Especial, EREsp. 1281594, Rel. Min., Benedito Gonçalves, julg. 15.5.2019, publ. DJe 23.5.2019.
- 75 “Art. 737. O transportador está sujeito aos horários e itinerários previstos, sob pena de responder por perdas e danos, salvo motivo de força maior”.
- 76 “Art. 230. Em caso de atraso da partida por mais de 4 (quatro) horas, o transportador providenciará o embarque do passageiro, em voo que ofereça serviço equivalente para o mesmo destino, se houver, ou restituirá, de imediato, se o passageiro o preferir, o valor do bilhete de passagem”.
- 77 “Art. 231. Quando o transporte sofrer interrupção ou atraso em aeroporto de escala por período superior a 4 (quatro) horas, qualquer que seja o motivo, o passageiro poderá optar pelo endosso do bilhete

de passagem ou pela imediata devolução do preço. Parágrafo único. Todas as despesas decorrentes da interrupção ou atraso da viagem, inclusive transporte de qualquer espécie, alimentação e hospedagem, correrão por conta do transportador contratual, sem prejuízo da responsabilidade civil”.

- 78 “Art. 21. O transportador deverá oferecer as alternativas de reacomodação, reembolso e execução do serviço por outra modalidade de transporte, devendo a escolha ser do passageiro, nos seguintes casos: I – atraso de voo por mais de quatro horas em relação ao horário originalmente contratado; II – cancelamento de voo ou interrupção do serviço; III – preterição de passageiro; e IV – perda de voo subsequente pelo passageiro, nos voos com conexão, inclusive nos casos de troca de aeroportos, quando a causa da perda for do transportador”.
- 79 “Não é possível o afastamento da indenização por dano moral na hipótese do prejuízo causado ao passageiro em razão do atraso de voo e extravio de bagagem, sob o fundamento de que ocorrência de problema técnico excluiria a responsabilidade civil da empresa aérea, pois, conforme orientação da Segunda Seção desta Corte, a ocorrência de problema técnico é fato previsível, não caracterizando caso fortuito ou força maior, decorrendo o dano da demora, desconforto, aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro, que prescindem de comprovação” (STJ, 3ª T., AgRg no Ag 1389642, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 5.9.2011, publ. DJ 20.9.2011).
- 80 “O transportador não pode recusar passageiros, salvo os casos previstos nos regulamentos, ou se as condições de higiene ou de saúde do interessado o justificarem”.
- 81 “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) II – recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes”.
- 82 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”;

- 83 Sobre o ponto, destaca Pontes de Miranda: “A oferta ao público somente é revogável conforme a lei que rege especialmente o transporte, ou se há razão alegável contra quem vai aceitar, como se quer entrar no ônibus a pessoa vestida de encarcerado, ou o homem ou mulher com vestes impróprias para andar diante do público, ou com armas que não sejam de uso profissional permitido *in casu*” (*Tratado de Direito Privado*, t. 45, Rio de Janeiro: Borsoi, 1964, p. 47).
- 84 “Art. 741. Interrompendo-se a viagem por qualquer motivo alheio à vontade do transportador, ainda que em consequência de evento imprevisível, fica ele obrigado a concluir o transporte contratado em outro veículo da mesma categoria, ou, com a anuência do passageiro, por modalidade diferente, à sua custa, correndo também por sua conta as despesas de estada e alimentação do usuário, durante a espera de novo transporte”.
- 85 Na mesma direção, dispõe o art. 259 do Código Brasileiro da Aeronáutica: “Quando o transporte aéreo for contratado com um transportador e executado por outro, o passageiro ou sucessores poderão demandar tanto o transportador contratual como o transportador de fato, respondendo ambos solidariamente”.
- 86 “Art. 1.467. São credores pignoratícios, independentemente de convenção: I – os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, joias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito”.
- 87 Registra Sílvia de Salvo Venosa, “Nessa hipótese, não há penhor legal, mas direito procedimental de retenção sobre a bagagem do passageiro, que poderá ser alegado também como matéria de defesa, enquanto não pago o valor da passagem. Da mesma forma, uma vez realizado o transporte, o transportador poderá validamente reter a bagagem do passageiro, e seus objetos pessoais transportados até o efetivo pagamento. A hipótese é de pagamento diferido para o final da viagem. Não se aplica, por exemplo, se foi contratado o pagamento da passagem a prazo” (*Direito Civil: Contratos em Espécie*, vol. III, 13. ed., São Paulo: Atlas, 2013, pp. 380-381).
- 88 Como assinala Anderson Schreiber, “O transportador tem direito de retenção sobre as bagagens do passageiro em mora. Trata-se de medida de moralidade discutível, tormentosa execução e pouca ou nenhuma utilidade para o transportador, que não pode alienar os

pertences do passageiro, limitando-se a retê-los como meio coercitivo, assumindo não apenas o custo, mas também o risco de seu armazenamento, não sendo raro que a bagagem contenha produtos perecíveis. Daí por que, na prática, a imensa maioria dos transportadores exige pagamento antecipado, antes de dar início à viagem” (*Manual de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Saraiva Educação, 2019, 2ª ed., p. 613).

- 89 “Art. 738. A pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço”.
- 90 No âmbito do transporte aéreo, dispõe o art. 232 do Código Brasileiro da Aeronáutica: “a pessoa transportada deve sujeitar-se às normas legais constantes do bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstendo-se de ato que cause incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifique a aeronave, impeça ou dificulte a execução normal do serviço”.
- 91 Cfr. o art. 168, I, do Código Brasileiro da Aeronáutica: “é prerrogativa do comandante desembarcar qualquer pessoa que comprometa a boa ordem, a disciplina ou coloque em risco a segurança da aeronave ou das pessoas e bens a bordo”. V. tb. o art. 62 da Portaria 676/GC-5/2000, ANAC: “o comandante da aeronave tem a prerrogativa de impedir o embarque na aeronave de passageiro alcoolizado, sob a ação de entorpecente ou substância que determine dependência psíquica, ou que se encontre indevidamente trajado e calçado, e fazer desembarcar, na primeira escala, o passageiro que venha a se tornar inoportuno ou inconveniente aos demais passageiros ou que recuse obediência aos avisos dados pela tripulação. Autorizado a tomar tais providências, o transportador não responde civilmente pela adoção de medidas disciplinares, a não ser que reste configurado o abuso de poder”.
- 92 “Art. 738. (...) Parágrafo único. Se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá equitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano”.
- 93 Destaque-se, na doutrina: “A transgressão por parte do passageiro das normas estabelecidas para o transporte pode ser motivo para a aplicação de sanções, inclusive a de retirada compulsória do meio de transporte. Se o passageiro sofre um dano durante o transporte em situação em que tenha desobedecido às normas estabelecidas no

contrato, pode se configurar a figura da concorrência de causas para o evento danoso, estando o juiz obrigado neste caso a reduzir equitativamente a indenização devida ao passageiro de acordo com a participação da vítima na ocorrência do evento danoso (Código Civil, parágrafo único do art. 738)". (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, 21. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 220).

- 94 Na jurisprudência, STJ, 3ª T., REsp 226.348/SP, Rel. Min. Castro Filho, julg. 19.9.2006, publ. DJ 23.10.2006. "No caso dos autos, a transportadora concorreu para o evento, ao permitir que em sua composição férrea trafegasse o autor como 'pingente'. Por outro lado, a vítima colaborou para o resultado, colocando-se nessa situação de perigo sem necessidade, pois, conforme afirmado pelo juízo ordinário, havia a possibilidade de o autor entrar no trem, uma vez que havia espaço, tendo o recorrente assumido sua 'aventura'. Em suma, esta Corte passou, em tese, a considerar concorrência de culpa para afastar, em parte, a responsabilidade objetiva da ferrovia pelo total da indenização, mesmo quando demonstrada a culpa da vítima no evento". Em alguns casos, porém, a culpa concorrente da vítima é afastada, entendendo-se pela responsabilidade integral do transportador: "(...) Com efeito, restou comprovado nos autos não só a qualidade de passageiro como também que o acidente que vitimou o filho dos autores se deu por culpa exclusiva da ré que, permitiu ou possibilitou que suas composições trafegassem com as portas abertas. A testemunha ouvida às fls. 287 não deixa dúvidas quanto à dinâmica do acidente e a culpa exclusiva da concessionária. A alegação de que a vítima seria surfista de trem não restou comprovada nos autos, por seus prepostos, foi causadora do abalroamento que causou as lesões à autora" (TJRJ, 24ª CC., Ap. Cív. 0095008-65.2012.8.19.0038, Rel. Des. Marcelo Marinho, julg. 12.6.2019, publ. DJ 14.6.2019). V. tb.: STJ, 4ª T., REsp. 259261, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 13.9.2000, publ. DJ 16.10.2000. Cite-se, sobre o ponto, interessante decisão do TJRJ sobre a Operação "fecha portas" e a superlotação nos trens urbanos: "A demanda em questão reflete a conduta da ré nas operações realizadas em suas plataformas de embarques objetivando a retirada de passageiros que viajavam pendurados nas composições forçando a abertura das portas ou sobre os vagões, operações estas denominadas "Fecha Portas". Como se já não fossem poucas as agruras dos infelizes passageiros que tem de se utilizar diariamente do ineficiente transporte ferroviário, veem-se ainda submetidos aos constrangimentos e humilhações decorrentes de agressões, retirada compulsória dos

vagões e comparecimento a delegacia de polícia por incursão em prática delituosa, fato demonstrado pelo autor com a juntada do registro de ocorrência. Assim como a massa de trabalhadores que lotam os trens o autor tem o objetivo único de chegar a seu local de trabalho no horário certo, e isto muitas vezes só é conseguido ao custo das perigosas viagens com o corpo pendurado em vagões com portas abertas quando já não há mais espaço para alguém entrar e os que tentam embarcar são involuntariamente empurrados para fora do vagão forçando a abertura das portas sob o receio de serem asfixiados ou imprensados, não havendo diante de tal quadro como se presumir qualquer espírito de aventura ou exibicionismo. Não se pode negar à ré a busca da segurança em seu transporte, porém deve fazê-lo respeitando a integridade física e moral daquele que paga pelo transporte. Ao promover as noticiadas operações “Portas Fechadas” esqueceu-se a ré que o passageiro que muitas vezes está pendurado ou com as portas abertas é a vítima do ineficiente transporte ferroviário e não um criminoso igualado aos “surfistas de trem” ou aos vândalos e baderneiros que impõem ainda mais transtornos ao que já é caótico, estes sim merecedores da reprimenda e prisão, nada sendo demonstrado que incluísse o auto em tal grupo. Se a ré tinha interesse em preservar a segurança dos passageiros, deveria retirá-los do vagão com urbanidade e embarcá-los em ônibus rumo à estação de destino suprimindo assim a deficiência de seu serviço, e não para uma delegacia policial objetivando ser incursão como praticante de ilícito penal. Ora, se o veículo transportador não tem capacidade suficiente para transportar o contratado, tal circunstância por si só já representa violação do art. 730 do CC devendo a ré se aparelhar para evitar a superlotação. Mesmo não tendo sido agredido fisicamente foi o autor exposto ao vexame de ser removido do transporte em horário de grande movimento perante o público e posteriormente conduzido à delegacia policial, com o inegável prejuízo da normalidade de sua vida e perda do dia de trabalho, ensejando assim o dano de natureza moral que deve ser indenizado. Não sendo comprovado o dano material alegado, não há como ser o mesmo provido. Recurso parcialmente provido”. (TJRJ, 19ª CC., Ap. Cív. 0167840-86.2007.8.19.0001, Rel. Des. Marcos Alcino Torres julg. 9.10.2012, publ. DJ 7.12.2012).

95 TJRJ, 8ª C.C., Ap. Cív. 0055306-34.2009.8.19.0001, Rel. Des. Mônica Maria Costa, julg. 21.2.2019, publ. DJ 21.2.2019.

96 STJ, 4ª T., REsp. 261027, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 19.4.2001, publ. DJ 13.8.2001. “Responsabilidade civil. Acidente

ferroviário. Queda de trem. 'Surfista ferroviário'. Culpa exclusiva da vítima. I – A pessoa que se arrisca em cima de uma composição ferroviária, praticando o denominado 'surf ferroviário', assume as consequências de seus atos, não se podendo exigir da companhia ferroviária efetiva fiscalização, o que seria até impraticável. (...)” (STJ, 3ª T., REsp. 160051, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julg. 5.12.2002, publ. DJ 17.2.2003).

- 97 TJSP, 22ª C. D. Priv., Ap. Cív. 991.08.105362-5, Rel. Des. Matheus Fontes, julg. 10.3.2010, publ. DJ não informado.
- 98 No transporte ferroviário, a desistência deverá ocorrer com, no mínimo, 6 (seis) horas de antecedência da partida do trem *ex vi* do art. 45 do Decreto nº 1.832/1996: “Art. 45. Ao usuário do trem de longo percurso que desistir da viagem será restituída a importância paga, se a Administração Ferroviária for comunicada com antecedência mínima de seis horas da partida do trem”.
- 99 “Art. 740. (...) §1º Ao passageiro é facultado desistir do transporte, mesmo depois de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor correspondente ao trecho não utilizado, desde que provado que outra pessoa haja sido transportada em seu lugar”
- 100 “Art. 740. (...) Nas hipóteses previstas neste artigo, o transportador terá direito de reter até cinco por cento da importância a ser restituída ao passageiro, a título de multa compensatória”.
- 101 De acordo com o art. 228 do CBA, “O bilhete de passagem terá a validade de 1 (um) ano, a partir da data de sua emissão”.
- 102 “Art. 7º. O passageiro que não utilizar o bilhete de passagem terá direito, dentro do respectivo prazo de validade, à restituição da quantia efetivamente paga e monetariamente atualizada, conforme os procedimentos a seguir: I – bilhete doméstico – o saldo a ser reembolsado deverá ser o equivalente ao valor residual do percurso não utilizado, calculado com base na tarifa, expressa na moeda corrente nacional, praticada pela empresa emissora, na data do pedido de reembolso; e II – bilhete internacional – o saldo a ser reembolsado deverá ser o equivalente ao valor residual do percurso não utilizado, calculado com base na tarifa, expressa em moeda estrangeira, efetivamente paga pelo passageiro e convertida na moeda corrente nacional à taxa de câmbio vigente, na data do pedido de reembolso. § 1º. Se o reembolso for decorrente de uma conveniência do passageiro, sem que tenha havido qualquer modificação nas condições contratadas



por parte do transportador, poderá ser descontada uma taxa de serviço correspondente a 10% (dez por cento) do saldo reembolsável ou o equivalente, em moeda corrente nacional, a US\$ 25.00 (vinte e cinco dólares americanos), convertidos à taxa de câmbio vigente na data do pedido do reembolso, o que for menor”.

- 103 STJ, 3ª T., AgRg no Ag 1410645, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 25.10.2011, publ. DJ 7.11.2011; STJ, 4ª T., EDcl no Ag 977762, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 18.8.011, publ. DJ 24.8.2011.
- 104 Confira-se, a respeito, Marco Fábio Morsello, *Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo*, São Paulo: Atlas, 2006, p. 184 e ss. O autor, com base em vasta referência doutrinária nacional e estrangeira, sustenta que o *overbooking* não configura atraso no embarque, mas inadimplemento absoluto da obrigação fundamental do transportador.
- 105 “Art. 23. Sempre que o número de passageiros para o voo exceder a disponibilidade de assentos na aeronave, o transportador deverá procurar por voluntários para serem reacomodados em outro voo mediante compensação negociada entre o passageiro voluntário e o transportador.
- § 1º. A reacomodação dos passageiros voluntários em outro voo mediante a aceitação de compensação não configurará preterição.
- § 2º. O transportador poderá condicionar o pagamento das compensações à assinatura de termo de aceitação específico”.
- 106 “Art. 21. O transportador deverá oferecer as alternativas de reacomodação, reembolso e execução do serviço por outra modalidade de transporte, devendo a escolha ser do passageiro, nos seguintes casos: I – atraso de voo por mais de quatro horas em relação ao horário originalmente contratado; II – cancelamento de voo ou interrupção do serviço; III – preterição de passageiro; e IV – perda de voo subsequente pelo passageiro, nos voos com conexão, inclusive nos casos de troca de aeroportos, quando a causa da perda for do transportador.
- Parágrafo único. As alternativas previstas no caput deste artigo deverão ser imediatamente oferecidas aos passageiros quando o transportador dispuser antecipadamente da informação de que o voo atrasará mais de 4 (quatro) horas em relação ao horário originalmente contratado”.
- 107 “Art. 24. No caso de preterição, o transportador deverá, sem prejuízo do previsto no art. 21 desta Resolução, efetuar, imediatamente, o pagamento de compensação financeira ao passageiro, podendo ser por

transferência bancária, voucher ou em espécie, no valor de: I – 250 (duzentos e cinquenta) DES, no caso de voo doméstico; e II – 500 (quinhentos) DES, no caso de voo internacional”.

- 108 “A coisa, entregue ao transportador, deve estar caracterizada pela sua natureza, valor, peso e quantidade, e o mais que for necessário para que não se confunda com outras, devendo o destinatário ser indicado ao menos pelo nome e endereço”.
- 109 Com relação aos bens fungíveis, estes, uma vez recebidos pelo transportador, se tornam infungíveis, já que deverão ser entregues ao destinatário, de sorte que o transportador não os poderá trocar ou substituir. Como anota Araken de Assis: “É preciso, no ato do recebimento da coisa, caracterizá-la ‘pela sua natureza, valor, peso e quantidade’ e, ainda, individualizá-la por sinais característicos que nenhuma das outras coisas têm. Tratando-se de volumes, a individualização dar-se-á por ficha, ou por ‘colagem ou amarração de papel ou outra peça com indicações, quase sempre numéricas’. As coisas fungíveis, e que se transportam a granel, quase sempre são apenas caracterizadas, indicando-se sua natureza, peso e quantidade. Porém, exibindo qualidade excepcional, ou natureza peculiar – por exemplo, há lotes de soja transgênica na partida -, providenciará o transportador sua individualização, em local, vagão ou veículo próprios” (*Contratos Nominados*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 350).
- 110 Nessa esteira: “Em certos casos, o próprio expedidor ou remetente poderá aparecer como destinatário, sem que se confundam as duas figuras, como ocorre, a título de exemplificação, se uma pessoa se mudar de um lugar a outro e enviar móveis para sua nova residência, convencionando que eles lhe sejam entregues no local do destino. Nesse caso, sua posição não se confunde com a do expedidor, pois naquela posição de destinatário terá apenas o direito de receber os objetos expedidos no prazo e nas condições ajustadas” (Gustavo Tepedino et al, *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, 2. ed., p. 545).
- 111 “Art. 750. 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”

- 112 “Art. 744. Ao receber a coisa, o transportador emitirá conhecimento com a menção dos dados que a identifiquem, obedecido o disposto em lei especial”.
- 113 “Art. 752. Desembarcadas as mercadorias, o transportador não é obrigado a dar aviso ao destinatário, se assim não foi convencionado, dependendo também de ajuste a entrega a domicílio, e devem constar do conhecimento de embarque as cláusulas de aviso ou de entrega a domicílio”.
- 114 “Art. 744. Ao receber a coisa, o transportador emitirá conhecimento com a menção dos dados que a identifiquem, obedecido o disposto em lei especial. Parágrafo único. O transportador poderá exigir que o remetente lhe entregue, devidamente assinada, a relação discriminada das coisas a serem transportadas, em duas vias, uma das quais, por ele devidamente autenticada, ficará fazendo parte integrante do conhecimento”.
- 115 Segundo o Decreto 19.473/1930, art. 6º, *in fine*: “O endossador responde pela legitimidade do conhecimento e existência da mercadoria, para com os endossatários posteriores, ou portadores”. O Supremo Tribunal Federal, ao examinar hipótese em que o remetente tinha expedido sacas de café que continham, principalmente, “cascas, paus e pedras”, assim entendeu: “Os conhecimentos de transporte são títulos negociáveis e autônomos. Os financiadores desses títulos de transporte não podem responsabilizar os transportadores pela mercadoria defeituosa que se continha, como acontecia no caso em apreço, nos sacos de café. A estrada de ferro não podia ser responsabilizada, dada a natureza e a quantidade da mercadoria embarcada” (STF, Tribunal Pleno, Emb. RE 37.786, Rel. Min. Hermes Lima, julg. 30.03.1964, publ. DJ 25.06.1964). Na espécie, argumentou-se que, sendo o conhecimento emitido pelo transportador, este deveria se responsabilizar pelo que ali consta declarado. Contra isso, o Min. Victor Nunes, em extenso e profundo voto, aduziu que o art. 6º do Decreto 19.473/1930 “exclui, em princípio, a responsabilidade do emissor do conhecimento, que é o transportador”. Isto porque, explica o Ministro, “não é possível equiparar o conhecimento de frete a outros títulos negociáveis, como, por exemplo a cambial. Esses outros títulos de crédito são emitidos no interesse, real ou presumido, exclusivo ou não, mas sempre no interesse do subscritor. É razoável, portanto, que lhe advenha toda a responsabilidade pela emissão de um título circulável. Mas a emissão do conhecimento de embarque, como título

negociável, de modo nenhum atende ao interesse do transportador, que o emite, e, sim exclusivamente, ao interesse do remetente, ou do consignatário, ou seja, do primeiro endossador do título, quando negociado. O título só entra em negociação no interesse do remetente ou do consignatário (primeiro endossador), sem qualquer interesse do emissor ou subscritor. Compreende-se, pois, repetimos, que a lei tenha feito recair no endossador, e não no emissor, a responsabilidade pelas consequências da circulação do título, em outras palavras, a responsabilidade pela sua legitimidade extrínseca e intrínseca perante terceiros de boa-fé”.

- 116 Nessa direção, no acima mencionado acórdão do STF, o Min. Victor Nunes salientou, em seu voto, que a responsabilidade do transportador pelo defeito da mercadoria transportada somente resultaria do descumprimento culposo do dever de vigilância quanto à veracidade das informações inscritas no conhecimento: “Mas, como fiscal da legitimidade intrínseca do título, que ele próprio subscreve, o transportador passa a suportar, por lei, um encargo de vigilância, e não apenas o direito de vigilância, que resultaria naturalmente do contrato de transporte. Atendendo ao interesse público, para maior garantia da leal circulação do conhecimento de frete, foi que a lei atribui esse ônus ao transportador. (...) dever de que ele se desincumbirá bem ou mal (nesta última hipótese, culposa ou dolosamente)”.
- 117 “Art. 754. As mercadorias devem ser entregues ao destinatário, ou a quem apresentar o conhecimento endossado, devendo aquele que as receber conferi-las e apresentar as reclamações que tiver, sob pena de decadência dos direitos. Parágrafo único. No caso de perda parcial ou de avaria não perceptível à primeira vista, o destinatário conserva a sua ação contra o transportador, desde que denuncie o dano em dez dias a contar da entrega”.
- 118 “Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: I – trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis; II – noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis. § 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços. § 2º Obstat a decadência: I – a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca; II – (Vetado). III – a instauração de inquérito civil, até seu encerramento. §

3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito”.

- 119 “Art. 755. Havendo dúvida acerca de quem seja o destinatário, o transportador deve depositar a mercadoria em juízo, se não lhe for possível obter instruções do remetente; se a demora puder ocasionar a deterioração da coisa, o transportador deverá vendê-la, depositando o saldo em juízo”.
- 120 “Art. 749. O transportador conduzirá a coisa ao seu destino, tomando todas as cautelas necessárias para mantê-la em bom estado e entregá-la no prazo ajustado ou previsto”.
- 121 Na jurisprudência, “(...) Subtração da carga, mediante ação armada de assaltantes – causa independente, desvinculada à normal execução do contrato de transporte, que configura fato exclusivo de terceiro, excludente da responsabilidade civil. Entendimento consolidado neste Superior Tribunal de Justiça” (STJ, 4ª T., AgRg no REsp 1036178, Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 13.12.2011, publ. DJ 19.12.2011); STJ, 4ª T., AgRg no Ag 899178, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 9.11.2010, publ. DJ 12.11.2010; TJRS, 12ª CC., Ap. Cív. 70079190492, Rel. Des. Cláudia Maria Hardt, julg. 9.5.2019, publ. DJ 13.5.2019.
- 122 STJ, 3ª T., REsp. 145.614, Rel. Min. Ari Pargendler, julg. 15.05.2001, publ. DJ 13.8.2001. TJMG, 13ª CC., Ap. 0038181-47.2014.8.13.0647, Rel. Min. Newton Teixeira Carvalho, julg. 3.12.2015, publ. DJ 11.12.2015.
- 123 Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Ação de indenização. Roubo de malote bancário contendo cheque de cliente. Força maior não caracterizada. Serviço de segurança inerente à atividade do réu. Dever de guarda e vigilância. (...) I. O transporte de valores sob guarda do banco é de sua inteira responsabilidade, eis que integra o serviço essencial à atividade de guarda e segurança prestado aos clientes, de sorte que não constitui, em tal caso, força maior o roubo de malote contendo cheque confiado à instituição” (STJ, 4ª T., REsp. 480.498, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. 9.12.2003, publ. DJ 25.2.2004). TJMG, 9ª CC., Ap. Cív. 18426216720118130024, Rel. Des. Márcio Miranda, julg. 4.8.2015, publ. DJ 18.8.2015; TJRJ, 1ª CC., Ap. Cív. 0006490-15.2005.8.19.0210, Rel. Des. José Carlos Maldonado de Carvalho, julg. 25.11.2014, publ. DJ 8.1.2015.
- 124 “Art. 746. Poderá o transportador recusar a coisa cuja embalagem seja inadequada, bem como a que possa pôr em risco a saúde das pessoas,

ou danificar o veículo e outros bens”.

- 125 Destaque-se a doutrina de J. X. Carvalho de Mendonça: “Se o remetente, apesar das observações por parte da estrada, insistir no despacho, ela efetuará o transporte, mencionando o fato na nota de expedição (conhecimento), e assim ficará isenta da responsabilidade pelas avarias resultantes do acondicionamento imperfeito” (*Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, vol. VI, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2. ed., 1939, p. 484).
- 126 Claudio Luiz Bueno de Godoy. In: Cezar Peluso, *Código Civil Comentado*: doutrina e jurisprudência, cit., p. 748.
- 127 Em sentido contrário, entendendo que, mesmo se o bem mal acondicionado puder causar dano aos demais passageiros, o transportador terá a faculdade e não o dever de recusar o transporte, v.: “o CC/2002 repete a regra, mas acrescenta uma cláusula geral, a autorização para a recusa sempre que a coisa cujo transporte se pretende possa pôr em risco, de qualquer modo, a saúde das pessoas ou a integridade do veículo transportador” (Cláudio Luiz Bueno de Godoy. In: Cezar Peluso (coord.), *Código Civil Comentado*, cit., p. 748).
- 128 “Art. 747. O transportador deverá obrigatoriamente recusar a coisa cujo transporte ou comercialização não sejam permitidos, ou que venha desacompanhada dos documentos exigidos por lei ou regulamento”.
- 129 “Art. 752. Desembarcadas as mercadorias, o transportador não é obrigado a dar aviso ao destinatário, se assim não foi convencionado, dependendo também de ajuste a entrega a domicílio, e devem constar do conhecimento de embarque as cláusulas de aviso ou de entrega a domicílio”.
- 130 “Art. 753. Se o transporte não puder ser feito ou sofrer longa interrupção, o transportador solicitará, *incontinenti*, instruções ao remetente, e zelará pela coisa, por cujo perecimento ou deterioração responderá, salvo força maior. § 1º. Perdurando o impedimento, sem motivo imputável ao transportador e sem manifestação do remetente, poderá aquele depositar a coisa em juízo, ou vendê-la, obedecidos os preceitos legais e regulamentares, ou os usos locais, depositando o valor”.
- 131 “Art. 753. (...) § 2º. Se o impedimento for responsabilidade do transportador, este poderá depositar a coisa, por sua conta e risco, mas só poderá vendê-la se perecível”.

- 132 “Art. 753. (...) § 3º. Em ambos os casos, o transportador deve informar o remetente da efetivação do depósito ou da venda”.
- 133 “Art. 753. (...) § 4º. Se o transportador mantiver a coisa depositada em seus próprios armazéns, continuará a responder pela sua guarda e conservação, sendo-lhe devida, porém, uma remuneração pela custódia, a qual poderá ser contratualmente ajustada ou se conformará aos usos adotados em cada sistema de transporte”.
- 134 “Art. 751. A coisa, depositada ou guardada nos armazéns do transportador, em virtude de contrato de transporte, rege-se, no que couber, pelas disposições relativas a depósito”.
- 135 A jurisprudência já entendeu que a responsabilização do destinatário pelo pagamento do frete pode ocorrer mesmo diante da ausência de formalização do contrato de transporte, se for possível extrair que o destinatário por ele se obrigou: TJSP, 17ª C. D. Priv., Ap. Cív. 90003276520098260100, Rel. Des. Afonso Bráz, julg. 14.10.2015, publ. DJ 14.10.2015.
- 136 “Art. 745. Em caso de informação inexata ou falsa descrição no documento a que se refere o artigo antecedente, será o transportador indenizado pelo prejuízo que sofrer, devendo a ação respectiva ser ajuizada no prazo de cento e vinte dias, a contar daquele ato, sob pena de decadência”.
- 137 “Art. 22. O expedidor é responsável pelo que declarar e sujeitar-se-á às consequências de falsa declaração. Parágrafo único. Caso haja indício de irregularidade ou de declaração errônea, a Administração Ferroviária poderá proceder à abertura dos volumes, para conferência, em suas dependências ou em ponto do percurso. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses, a Administração Ferroviária será responsável pelo acondicionamento, em caso contrário os ônus do acondicionamento serão do expedidor”.
- 138 “Art. 239. Sem prejuízo da responsabilidade penal, o expedidor responde pela exatidão das indicações e declarações constantes do conhecimento aéreo e pelo dano que, em consequência de suas declarações ou indicações irregulares, inexatas ou incompletas, vier a sofrer o transportador ou qualquer outra pessoa”.
- 139 “Art. 748. Até a entrega da coisa, pode o remetente desistir do transporte e pedi-la de volta, ou ordenar seja entregue a outro destinatário, pagando, em ambos os casos, os acréscimos de despesa decorrentes da contraordem, mais as perdas e danos que houver”.





# *Capítulo XI*

## **CONTRATO DE SEGURO**

SUMÁRIO: PARTE GERAL – 1. Conceito. Efeitos essenciais – 2. Características – 3. Contrato comutativo ou aleatório? – 4. Princípios aplicáveis ao contrato de seguro – SEGURO DE DANO – 5. Conceito. Efeitos essenciais – 6. Direitos e deveres das partes – SEGURO DE PESSOA – 7. Conceito. Efeitos essenciais – 8. Direitos e deveres das partes – 9. Seguro de vida para o caso de morte. A questão do suicídio – 10. Os efeitos da pandemia do novo coronavírus no contrato de seguro. Problema prático.

## **PARTE GERAL**

### **1. CONCEITO. EFEITOS ESSENCIAIS**

[Histórico]

O contrato de seguro desenvolveu-se na época das grandes navegações, a partir dos séculos XIII e XIV, quando os Estados europeus se lançavam aos descobrimentos marítimos. Diante da precariedade dos instrumentos náuticos da época, a atividade oferecia enorme risco, e, para garanti-la, celebravam-se contratos semelhantes aos negócios de seguro dos dias de hoje. Paulatinamente, esse tipo se tornou comum nas práticas civis, sendo

inauguradas outras modalidades, como o seguro contra incêndios e o seguro de pessoas. Este último, com efeito, surgiu e se desenvolveu no Brasil com a intensificação da escravidão e do tráfico negreiro, nos séculos XVIII e XIX, que submetia os africanos trazidos para o Brasil a viagens em condições insalubres e desumanas, ocasionando a sua morte durante o trajeto. Os contratos de seguros se destinavam, assim, a proteger os donos dos escravos contra a sua morte e rebelião.<sup>1</sup>

O Código Comercial brasileiro de 1850 tratou, nos arts. 666 a 730, dos seguros marítimos, disciplina que permanece vigente nos dias atuais.<sup>2</sup> O Código Civil de 1916, por sua vez, unificou a matéria, regulando o contrato de seguros no capítulo XIV do Título V, sendo este o único tipo contratual em que havia referência explícita à boa-fé objetiva.<sup>3</sup>

O Código Civil de 1916 definia, no art. 1.432, o contrato de seguro como o negócio “pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato”. Sob a vigência daquele diploma, a prestação do segurador restringia-se ao pagamento de indenização na hipótese de ocorrência do evento incerto, denominado sinistro, com vistas a ressarcir os prejuízos daí advindos, em contraprestação ao pagamento do prêmio.<sup>4</sup>

Tal conceito, para alguns autores, não abrangia o seguro de pessoas, o qual não teria função indenizatória,<sup>5</sup> embora parte da doutrina submetesse todos os contratos de seguro ao critério único da indenizabilidade.<sup>6</sup>

[Conceito unitário de seguro]

O legislador de 2002 alterou a redação do dispositivo, estabelecendo que a prestação do segurador se traduz na garantia de interesse legítimo do segurado contra riscos predeterminados relativos à pessoa ou à coisa, mediante retribuição (CC, art. 757).<sup>7</sup> O dispositivo, de dicção ampla, adota o conceito unitário de seguro, de modo a abranger o seguro de dano e o de pessoa, superando, portanto, a discussão doutrinária anterior.

#### [Natureza jurídica da prestação do segurador]

Surge, aqui, instigante divergência doutrinária acerca da natureza jurídica da prestação do segurador. Significativa parte da doutrina defende que a prestação do segurador consiste na assunção do risco contra o pagamento do prêmio, que com aquela mantém relação sinalagmática. Confere-se, assim, relevância ao interesse contratual mesmo na ausência de prestação material por parte do segurador. O refinamento dos conceitos delineou a assunção do risco como o resultado de obrigação de responsabilidade sem débito ou de garantia em sentido técnico; ou identificada juridicamente na proteção do interesse do segurado, ou traduzida, tendo em vista a empresa de seguros, em obrigação de predisposição dos meios técnicos para satisfação de necessidade eventual ou, ainda, a configuração de verdadeira prestação de empresa.<sup>8</sup> Busca-se, em síntese, fundamentar a satisfação do interesse contratual do segurado mesmo que não haja prestação material por parte do segurador.

#### [Prestação de garantia]

Pode-se afirmar, nessa direção, que o segurador assume a obrigação, mediante pagamento do prêmio, de garantir interesse legítimo do segurado, atinente à pessoa ou à coisa, contra riscos predeterminados. Cuida-se de prestação de garantia, a qual existe independentemente do desembolso patrimonial por parte do segurador em favor do segurado.

#### [Partes]

Figuram, desse modo, como partes no contrato de seguro, o segurado, aquele cujo interesse será garantido, e o segurador, que garante o risco do segurado. Mostra-se, de outra parte, possível contrato de seguro em que o beneficiário seja terceiro (v.g. seguro de vida), hipótese em que se configurará, do ponto de vista técnico, estipulação em favor de terceiro.

O contrato de seguro encontra regulamentação geral no Código Civil e regramento específico em diversas leis especiais, a depender do tipo de seguro (CC, art. 777).<sup>9</sup> À guisa de exemplo, tem-se a Lei nº 2.168, de 11 de março de 1954, relativa ao seguro agrário; o Decreto nº 59.428, de 27 de outubro de 1966, que se refere, no art. 53, aos seguros de renda temporária em colonização; o Decreto nº 61.867, de 7 de dezembro de 1967, que cuida dos seguros obrigatórios; a Lei nº 6.194, de 19 de dezembro de 1974, relativa ao seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por carga, a pessoas transportadas ou não; a Lei nº 8.374, de 30 de dezembro de 1991, que trata do seguro obrigatório de danos pessoais causados por embarcações ou por sua carga; e a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que disciplina os seguros-saúde e planos privados de assistência à saúde.

Os contratos de seguro sofrem, ainda, expressivo controle estatal, a partir da incidência da regulamentação setorial, especialmente da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) e do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP). Na hipótese de seguro saúde, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) exerce a fiscalização do setor.

O negócio securitário consiste, portanto, em atividade extremamente regulada, ainda que verse sobre interesses eminentemente privados. Por isso mesmo, somente pode figurar como seguradora entidade legalmente autorizada (CC, art. 757, parágrafo único),<sup>10</sup> devendo ser observado, para tanto, o disposto no art. 74<sup>11</sup> do Decreto-Lei n.º 73/66.

De igual modo, o corretor de seguros,<sup>12</sup> pessoa física ou jurídica, é o intermediário legalmente autorizado a angariar e promover contratos de seguro entre as sociedades seguradoras e as pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Presume-se que esses agentes são representantes do segurador relativamente aos

contratos que agenciarem (CC, art. 775)<sup>13</sup>, mas poderão também atuar como intermediários independentes.

[Corretagem de seguros]

A corretagem de seguros é regida por um conjunto de normas que disciplinam o exercício da atividade, visando a assegurar que os interessados disponham de assessoria técnica independente na contratação do seguro. O CDC considera a atividade de natureza securitária, aí incluída a corretagem, como serviço apto a caracterizar a relação de consumo. Aplicam-se, assim, as regras do CDC e do CC.

[Relação de consumo]

Com efeito, em boa parte dos casos, o contrato de seguro se qualificará como relação de consumo. Isso porque o segurador, sociedade legalmente habilitada ao exercício dessa função, será considerado fornecedor de serviços *ex vi* do art. 3º do CDC.<sup>14</sup> O § 2º do referido dispositivo, inclusive, especifica que serviço será qualquer atividade fornecida ao mercado de consumo mediante remuneração, inclusive as de natureza securitária.<sup>15</sup> Da mesma forma, o proponente do seguro se encaixará, na maioria das vezes, na definição de consumidor proposta pelo art. 2º do CDC,<sup>16</sup> sempre que usufruir dos serviços como destinatário final.

[Aplicação do CC e do CDC]

Em consequência, aplicam-se, ao lado dos dispositivos do Código Civil, as normas especiais do CDC, como o art. 47,<sup>17</sup> segundo o qual as cláusulas contratuais deverão ser interpretadas da forma mais benéfica ao consumidor, como forma de reequilibrar relação marcada pela vulnerabilidade do contratante. Assim, o STJ já considerou ser imperioso o respeito ao art. 47 do CDC em contrato de seguro firmado entre consumidor e seguradora fornecedora de serviços.<sup>18</sup>

[Contrato de adesão]

Ressalta-se, porém, que o contrato de seguro merecerá atenção especial do intérprete mesmo quando não se esteja diante de relação de consumo. Isso porque, na generalidade dos casos, o instrumento do seguro configura contrato de adesão, sobre cujas cláusulas o proponente não terá ingerência, limitando-se a aceitar seus termos mediante a apresentação da proposta. Nesse sentido, mesmo que inaplicável o art. 47 do CDC, que impõe seja adotada a interpretação mais favorável ao consumidor, deve ser observado o art. 423 do Código Civil,<sup>19</sup> que determina a interpretação das cláusulas contratuais em favor do aderente.

## 2. CARACTERÍSTICAS

[Contrato bilateral]

O contrato de seguro classifica-se como bilateral, pois as obrigações assumidas pelo segurador e segurado afiguram-se interdependentes, de modo que uma consiste na causa jurídica da outra, a denotar o seu caráter sinalagmático. Nessa direção, o segurado tem o dever principal de pagar o prêmio em contrapartida à prestação de garantia desempenhada pelo segurador, com eventual indenização na hipótese de verificação do risco (*rectius*, sinistro). Neste particular, o Código Civil de 1916, ao reduzir a prestação do segurador à indenização do segurado por riscos futuros, descaracterizava a sua bilateralidade, vez que, na ausência de sinistro, o segurador nada tinha que prestar em favor do segurado. O Código Civil de 2002, porém, ao estabelecer a prestação de garantia do segurador, independentemente da verificação do sinistro, evidencia, de modo inequívoco, a sua bilateralidade.

[Contrato oneroso e consensual]

O contrato de seguro, de outra parte, afigura-se oneroso, na medida em que cria vantagens patrimoniais para ambas as partes. Vale dizer: o segurador auferirá o prêmio em qualquer hipótese, a

prescindir da ocorrência do sinistro; ao passo que o segurado usufrui da prestação de garantia, sendo-lhe assegurada a proteção de seu interesse legítimo contra riscos futuros predeterminados, independentemente do sinistro (CC, art. 764)<sup>20</sup>.

Em relação à forma, o Código Civil de 2002 alterou a disciplina do art. 1.433 do diploma anterior, que determinava que, antes de ser reduzido a escrito, o contrato não estaria aperfeiçoado, a denotar o seu caráter formal.<sup>21</sup> Atualmente, o contrato de seguro revela-se consensual, embora a sua prova deva ser feita por escrito, seja por meio da apresentação da apólice ou bilhete, que são os instrumentos do contrato, seja por meio de comprovante de pagamento do prêmio (CC, art. 758<sup>22</sup>).

[Apólice ou bilhete]

A apólice e o bilhete de seguro, que corporificam o contrato, contêm dados essenciais do seguro, como a identificação dos sujeitos da relação jurídica, a fixação dos riscos assumidos, a vigência do contrato, a soma assegurada, o prêmio e as condições gerais, dentre outros elementos.

[Formação do contrato]

A contratação do seguro tem início a partir da apresentação, pelo segurado, de proposta elaborada segundo modelo previamente preparado pelo segurador, cuidando-se o seguro normalmente de contrato de adesão (CC, art. 423). Por outras palavras, antes da emissão da apólice e com vistas à contratação, o segurado apresentará proposta nos moldes indicados pelo segurador, informando todos os elementos relevantes sobre a coisa ou pessoa segurada, a fim de possibilitar ao segurador estimar a probabilidade de ocorrência do sinistro, e calcular a remuneração correspondente a ser paga a título de prêmio (CC, art. 759).<sup>23</sup> A proposta normalmente corresponde a formulários específicos elaborados e disponibilizados pelo próprio segurador; entretanto, isso não afasta o fato de que é o segurado quem figura como proponente nesse

negócio, e que, da mesma forma como ocorre na teoria geral dos contratos, a proposta é vinculante (CC, art. 427).<sup>24</sup>

[Aceitação ou recusa da proposta pelo segurador]

Após o recebimento da proposta, o segurador terá o prazo de 15 (quinze) dias para manifestar-se sobre a sua aceitação, seja para seguros novos, seja para renovações ou modificações do risco, a evidenciar o caráter consensual do contrato (Circular SUSEP nº. 251/2004, art. 2º).<sup>25</sup> Decorrido o referido prazo sem manifestação do segurador, entende-se que ocorreu aceitação tácita da proposta, com a consequente formação do contrato (Circular SUSEP nº. 251/2004, art. 2º, § 6). Caso, por outro lado, haja recusa por parte do segurador, será necessária comunicação formal justificando-a.<sup>26</sup>

[Emissão da apólice]

Após a aceitação da proposta pelo segurador, será emitida a apólice nos mesmos termos da proposta aceita. Tal documento, assim como o bilhete, como já referido, se prestará à prova do contrato de seguro, indicando suas condições, e os contratantes, além da existência de cosseguro, se houver (CC, art. 761).<sup>27</sup> Em caso de divergência de informações, prevalecerão os termos da proposta, já que este é o documento vinculativo do segurado.

[Contratação por simples bilhete de seguro]

Admite-se, excepcionalmente, a contratação por simples bilhete de seguro, mediante solicitação verbal do interessado, como ocorria com o extinto seguro obrigatório de veículos automotores, bem como nos casos regulamentados pelo órgão competente (Decreto-Lei nº 73/66, art. 10),<sup>28</sup> hipótese em que fica dispensada a remessa de apólice ao segurado.

[Apólice ou bilhete nominativo, à ordem ou ao portador]



A apólice e o bilhete, documentos que se prestam à prova do contrato de seguro, podem ser nominativos, com a indicação do segurador e do segurado (ou beneficiário, quando estipulados em favor de terceiro); à ordem, podendo circular por endosso em preto (CC, art. 785);<sup>29</sup> ou, ao portador, caso em que será transferido pela mera tradição (CC, art. 760, *caput*).<sup>30</sup> Tal flexibilidade não se aplica ao seguro de pessoas, quando a apólice não poderá ser ao portador em razão da necessidade de identificação do seu titular (CC, art. 760, parágrafo único<sup>31</sup>).<sup>32</sup>

Quanto à definição do objeto do seguro, a apólice pode ser simples ou flutuante. Será simples quando o objeto segurado for determinado com precisão no documento. Por outro lado, se a apólice constituir a reunião de cláusulas gerais, sem a perfeita definição do objeto do contrato, diz-se que é flutuante. O Professor Caio Mário da Silva Pereira cita como exemplo de apólice flutuante aquela relativa a acidentes de trabalho, que abarca, de forma genérica, os funcionários da empresa estipulante, permitindo a substituição dos empregados que deixarem de fazer parte de seu corpo de funcionários pelos que vierem a ser futuramente admitidos.<sup>33</sup>

[Cosseguro]

Quando o risco for assumido em cosseguro, a apólice indicará o segurador que administrará o contrato (seguradora líder) e representará os demais, para todos os seus efeitos, inclusive em juízo (CC, art. 761).<sup>34</sup> O cosseguro se configura quando diversos seguradores emprestam cobertura simultânea ao mesmo risco, o que se justifica, normalmente, em obras de grande porte, como a construção de uma Usina ou de empreendimentos imobiliários, que se sujeitam a riscos relevantes. Embora cada um dos seguradores assuma uma porcentagem do risco, a ação de cobrança deve ser movida contra todos, representados pela seguradora-líder, nos respectivos limites de obrigação individual. Vale dizer: cada segurador responderá individualmente pela sua parcela no risco, a traduzir obrigação divisível, a despeito de todos serem demandados

na figura da seguradora-líder. A solidariedade entre os seguradores dependerá de previsão expressa (CC, art. 265).

[Resseguro]

Note-se que o cosseguro não se confunde com o contrato de resseguro. Este objetiva transferir parcela do risco segurado ao ressegurador. Embora tenha o mesmo objetivo do cosseguro, qual seja, repartir os riscos, o resseguro é estabelecido entre o segurador e o ressegurador, em relação jurídica da qual não participa o segurado ou beneficiário. Diluem-se, assim, os riscos decorrentes da atividade securitária entre o segurador e o ressegurador. Por se tratar de contrato no qual a gestão dos riscos atinentes à atividade securitária fica inteiramente a cargo do segurador, o contrato de resseguro sofre forte incidência do princípio da boa-fé objetiva, exigindo alto padrão de transparência, lealdade e informação por parte do segurador.<sup>35</sup> Com efeito, o ressegurador desconhece, senão a partir do cenário descrito pelo ressegurado, os elementos que influem sobre o risco e não dispõe de meios para controlar a verificação do sinistro, de modo a depender sobremaneira das informações prestadas pelo segurador.<sup>36</sup>

[Retrocessão]

A retrocessão, por sua vez, consiste em resseguro em segundo grau, ou seja, a operação pela qual o ressegurador transfere a outros resseguradores o que exceder da sua capacidade, o que normalmente ocorre em sede de riscos mais vultosos, que saturem a capacidade do segurador e do ressegurador.

[Seguro a conta de outrem]

Enumere-se, ainda, o seguro a conta de outrem, o qual consiste em negócio celebrado entre segurador e estipulante, em favor de pessoa indeterminada, que será titular de certo bem. O seguro a conta de outrem é celebrado sem qualquer consideração pela pessoa do segurado, levando-se em conta apenas o bem segurado.

O estipulante do contrato, considerado mandatário ou gestor de negócios do segurado, não é a pessoa afetada pela verificação do risco e o contrato tem por objeto segurado bem pertencente a terceiro que não é parte do contrato de seguro. Esta modalidade securitária pressupõe bens que circulam, como, por exemplo, na hipótese de seguro de mercadoria despachada com destino a um armazém geral, onde deverá ser negociada posteriormente. Nesse caso, o embarcador faz o seguro dos riscos que a coisa pode vir a sofrer, em favor de quem venha a ser dono da coisa. A se considerar que o estipulante é representante ou gestor de negócios do segurado, o segurador pode opor ao segurado quaisquer defesas que tenha contra o estipulante, por descumprimento das normas de conclusão do contrato, ou de pagamento do prêmio (CC, art. 767).

[Renovação tácita do contrato]

Admite-se a renovação tácita do contrato de seguro (CC, art. 774). Vale dizer: o contrato de seguro pode ser automaticamente renovado, desde que haja cláusula expressa prevendo tal possibilidade na hipótese de nenhuma das partes manifestar-se explicitamente pelo término da relação jurídico-contratual. A renovação do ajuste far-se-á pelo mesmo prazo e não poderá se operar mais de uma vez. Ao término de vigência do contrato renovado, eventual recondução deverá ser promovida pelos contratantes de maneira expressa.

[Indenização em dinheiro ou reposição da coisa]

Verificado o sinistro, o segurador é obrigado a pagar em dinheiro o prejuízo resultante do risco assumido, salvo se convencionada a reposição da coisa (CC, art. 776). Cite-se, exemplificativamente, a hipótese de seguro-garantia de obrigações contratuais, modalidade de seguro em que o segurador estipula a faculdade de concluir a obra no lugar do tomador inadimplente. A indenização sob a forma de reposição da coisa, no entanto, depende de previsão expressa no contrato.

No que se refere à prescrição de pretensões decorrentes do contrato de seguro, de acordo com o art. 206, § 1º, II, do Código Civil, prescreve em 1 (um) ano a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo: (i) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta por terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador; (ii) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão. Deve-se, contudo, verificar o caso concreto, a fim de se determinar a *actio nata*. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o termo inicial da prescrição poderá consistir, por exemplo, na data da ciência inequívoca, pelo segurado, do sinistro;<sup>37</sup> na data da negativa da seguradora em pagar a indenização;<sup>38</sup> ou, ainda, na data da ciência inequívoca da incapacidade laboral.<sup>39</sup> Aplica-se, em qualquer hipótese, a Súmula 229<sup>40</sup> do STJ. Observe-se, contudo, que o entendimento segundo o qual o prazo prescricional se inicia na data da ciência inequívoca, pelo segurado, quanto ao sinistro, forjado sob a égide do Código Civil de 1916, não se coaduna com o conceito de pretensão resistida capaz de deflagrar o prazo prescricional,<sup>41</sup> incorporado pelo diploma vigente. Com efeito, na data da ciência do sinistro ainda não ocorreu a negativa da seguradora quanto à cobertura, inexistindo, por isso mesmo, pretensão do segurado em face da seguradora. Por isso mesmo, a *actio nata* consistirá na data da negativa da seguradora quanto ao pedido de cobertura securitária.<sup>42</sup>

O Código Civil determina, ainda, que prescreve em 3 (três) anos a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório (CC, art. 206, § 3º, IX).<sup>43</sup> O principal seguro obrigatório previsto no Direito brasileiro é o DPVAT, que cobre os danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre. No entanto, essa modalidade não é a única prevista no ordenamento, sendo certo que o Decreto-Lei 73, de 1966, que dispõe sobre o Sistema Nacional de

Seguros Privados, lista, em seu art. 20, outras espécies de seguros obrigatórios.<sup>44</sup>

No diploma civil, o legislador entendeu por bem diferenciar o prazo prescricional das pretensões dos segurados contra seguradores daquele indicado para as pretensões do beneficiário contra segurador, no âmbito de seguros de responsabilidade civil obrigatórios. Essa distinção reside no fato de que, no âmbito do seguro obrigatório de responsabilidade civil, é comum que o terceiro prejudicado sequer saiba de sua condição de beneficiário e da sua faculdade de acionar diretamente o segurador,<sup>45</sup> o que justifica o prazo maior concedido para o exercício dessa pretensão.

A disposição, no entanto, deve ser interpretada de maneira estrita, ou seja, o prazo trienal só é aplicado no âmbito de seguros obrigatórios de responsabilidade civil, e apenas para o exercício da pretensão dos beneficiários ou terceiros prejudicados em face do segurador. Nesse sentido, a jurisprudência do STJ tem impedido a aplicação do prazo especial em favor de beneficiários no âmbito de seguros obrigatórios que não sejam de responsabilidade civil.<sup>46</sup>

### **3. CONTRATO COMUTATIVO OU ALEATÓRIO?**

[Eliminação do risco]

Identifica-se, em doutrina, acalorado debate doutrinário quanto à natureza aleatória do contrato de seguro. A qualificação do contrato de seguro como comutativo ou aleatório afigura-se extremamente relevante, na medida em que importa diferenciação na disciplina jurídica aplicável, em especial, na incidência dos remédios de reequilíbrio contratual.

Diga-se, entre parênteses, que o problema da aleatoriedade do contrato de seguro relaciona-se à radical transformação pela qual passou a responsabilidade civil ditada pelo desenvolvimento tecnológico e pelo advento da grande empresa industrial. Os riscos de acidentes, de fato, aumentaram sobremaneira com o fenômeno da industrialização: se, de um lado, o critério da culpa na

responsabilidade civil se revelou insuficiente, surgindo as hipóteses de responsabilização sem culpa, de outro lado, o seguro passou a figurar como instrumento mediante o qual se neutralizam os riscos do exercício de determinada atividade. O seguro contribuiu, assim, à evolução da responsabilidade civil objetiva e o papel por ele desempenhado se modificou, tornando-se instrumento para perseguir finalidades de relevo social.<sup>47</sup> Daí afirmar-se que a função do contrato de seguro não é mais a de assunção, mas a de compensação de riscos, ou seja, se destina à eliminação do risco, não já à sua criação.

[Coletivização dos riscos]

Ao lado disso, assiste-se à transferência do risco do indivíduo ao empreendedor que gere profissionalmente uma pluralidade de contratos. A empresa, através do desenvolvimento da atividade de seguros segundo as regras de cálculo atuarial, transforma o risco individual no risco coletivo; assim, o segurado transfere as consequências econômicas desfavoráveis, derivadas da verificação do evento danoso, à empresa, reduzindo sua obrigação patrimonial à quota proporcionalmente exígua. O segurador, a seu turno, neutraliza os riscos por meio da aplicação da técnica atuarial.<sup>48</sup> A partir de tais transformações, surgiram vozes na doutrina excluindo a aleatoriedade do contrato de seguro.

[Aleatoriedade]

Tradicionalmente, sustenta-se a aleatoriedade do contrato de seguro, tendo essa espécie contratual desempenhado papel determinante à construção da categoria dos contratos aleatórios.<sup>49</sup> Essa compreensão se coadunava com a redação do art. 1.432 do Código Civil de 1916, que determinava que a obrigação do segurador consistiria na indenização do segurado pelo prejuízo resultante de riscos futuros, previstos contratualmente, cuja ocorrência seria incerta.<sup>50</sup> Segundo Luca Buttaró, o contrato de seguro afigura-se aleatório, vez que, ao momento de sua conclusão, as partes não

sabem quais serão as consequências econômicas da verificação do sinistro e, frequentemente, ignoram se esse evento ocorrerá, podendo o segurador, embora tendo recebido o prêmio, não pagar a indenização; ou, ainda, na hipótese de pagamento de indenização, essa ser inferior ou superior ao valor do prêmio.<sup>51</sup>

[Incerteza quanto ao lucro ou dano]

Rosario Nicolò, por sua vez, fundamenta a aleatoriedade do seguro no fato de que a álea torna *ab initio* incerta a posição dos contraentes no que tange à sua previsão de lucro ou de dano e é o seu desfecho que determina a incidência subjetiva da vantagem ou do prejuízo. De acordo com o autor, a álea consistiria no pressuposto fundamental do contrato de seguro, que a eliminaria nas suas consequências práticas. Assim, por exemplo, no contrato de seguro contra danos se opera não tanto a transferência do risco do segurado para o segurador, mas a eliminação econômica do risco, o qual representa o verdadeiro correspondente da prestação do segurado (prêmio), porque, em definitivo, pela estrutura da empresa de seguros e pelo fato de os contratos de seguros serem típicos contratos de empresa, o risco como perigo de dano econômico não existe para o segurador.<sup>52</sup>

[Comutatividade: prestação de garantia]

Em contraposição a essa orientação, defende-se a comutatividade do contrato de seguro. De uma parte, afirma-se que o seguro não se mostra aleatório para o segurado, pois esse deve, em todo caso, pagar prêmio certo e determinado, independentemente do evento incerto, a retirar o caráter aleatório de sua obrigação, certa e determinada. O pagamento do prêmio, assim, tem como correspondente a prestação de garantia, não já a indenização.<sup>53</sup> Em caso de sinistro, o segurado recebe do segurador o equivalente ao bem que nesse momento saiu de seu patrimônio, operando-se a substituição, ainda que parcial, do bem perdido pela indenização.

De outra parte, argumenta-se que as somas desembolsadas pelo segurador para o pagamento de eventual indenização decorrem de uma série de contratos análogos com riscos homogêneos, de modo que os danos são ressarcidos pela massa de prêmios pagos pelos mesmos segurados, e, em consequência, o segurador não corre qualquer risco, podendo-se mesmo falar em eliminação do risco, não já em transferência do risco do segurado para o segurador. Dito por outras palavras, o contrato de seguro, ainda que individualmente considerado possa se caracterizar pela aleatoriedade, ao se inserir em conjunto de contratos semelhantes, permite que haja cálculo das probabilidades e, desse modo, a influência recíproca dos contratos tende a produzir o equilíbrio dos riscos, de tal maneira que inexistiria perda para o segurador.<sup>54</sup>

Vale dizer: o nível de complexidade das operações securitárias faz com que o segurador opere através de cálculos atuariais, que possibilitarão a fixação dos valores dos prêmios e a formação de um fundo mutual suficiente para o regular processamento dos eventuais sinistros que vierem a ocorrer. Dessa forma, é a própria coletividade de segurados, ao pagar o prêmio, que arca com os valores desembolsados pela seguradora a título de pagamento de indenizações e, nesse sentido, os contratos de seguro deveriam ser interpretados na perspectiva coletiva. Os cálculos e as análises econômicas devem ser refinados a ponto de garantir que os sinistros ocorrerão em menor proporção relativamente ao conjunto de contratos. Poder-se-ia dizer, nesse sentido, que a mutualidade faria com que a álea do contrato deixasse de existir,<sup>55</sup> já que não haveria perda econômica para a seguradora.<sup>56</sup> Como consequência desse entendimento, a prestação da seguradora seria apenas a efetiva prestação da garantia, e qualquer comportamento que comprometa o bom desempenho dessa obrigação já configuraria inadimplemento mesmo que não houvesse a configuração do sinistro. Nesse sentido,



é direito do segurado ter conhecimento sobre a solvabilidade da seguradora, bem como sobre a suficiência de recursos destinados às indenizações.<sup>57</sup>

[Crítica: critérios econômicos]

Objeta-se essa tese da comutatividade sob o argumento de que a conclusão de vários contratos análogos com riscos homogêneos e o princípio da solidariedade coletiva entre todos os segurados referem-se unicamente à organização e à gestão econômica da empresa de seguros, não influenciando propriamente sobre a qualificação e estrutura do contrato de seguro, vale dizer, sobre sua aleatoriedade e bilateralidade da álea. Ou seja, sob esse aspecto, o contrato de seguro revestiria papel meramente instrumental à realização da atividade desenvolvida pela empresa de seguros e sua qualificação seria determinada por critérios puramente econômicos.

[Perspectiva econômica do contrato aleatório]

Aldo Boselli, ao propósito, sublinha que há que se distinguir entre o risco preexistente à conclusão do contrato, atinente à probabilidade do sinistro, da álea econômica relativa à desproporção entre o montante das prestações das partes. A preexistência do risco e sua transferência ao segurador determinam a função indenitária do contrato, ao passo que a aleatoriedade do seguro consiste em consequência do diverso valor econômico das prestações patrimoniais das partes, e, assim, da possibilidade que ao fim da relação o segurador tenha pago quantia maior do que o prêmio obtido e vice-versa. Tal possibilidade se mostra idêntica para ambas as partes, de modo que a álea é sempre bilateral.<sup>58</sup> Cuida-se de perspectiva econômica dos contratos aleatórios, segundo a qual se determina a aleatoriedade do ajuste de acordo com a eventualidade de perda ou ganho em sentido econômico. Daí se falar em incerteza para ambas as partes do resultado econômico final.

[Neutralização técnica do risco]

Agostino Gambino, a seu turno, assevera que, sob o perfil técnico e econômico, o segurador, por meio de cálculo das probabilidades, próprio da técnica atuarial, determina o correspondente do segurado tendo por base o equivalente matemático do risco, de tal maneira que haja repartição das consequências patrimoniais coligadas ao evento incerto entre a coletividade de segurados. A operação de seguros não realiza simples transferência do risco do patrimônio de um sujeito para o de outro, mas, transformando o risco individual em coletivo, atribui ao segurado modesta quota proporcional e elimina para o segurador as consequências econômicas do sinistro.<sup>59</sup> Todavia, segundo o autor, a estrutura contratual se mostra inidônea a assegurar que o risco individual seja plenamente neutralizado sob o ponto de vista econômico. A atividade da empresa de seguros, embora incidindo sobre a função do contrato, tem relevância subordinada à aleatoriedade. Especificamente, existe mecanismo jurídico que garante, por meio da inserção do risco individual na atividade de seguros, a neutralização técnica do risco, mas não a integral neutralização econômica.<sup>60</sup>

[Incerteza do resultado econômico final]

Por isso mesmo, o contrato de seguro revela-se aleatório, sendo caracterizado pela expectativa jurídica do segurado de mudança automática da relação contratual em virtude do evento incerto, de cuja deflagração depende a essencial incerteza do resultado econômico final. Embora o segurado tenha direito ao serviço prestado pela empresa de seguros mesmo que o evento incerto não se realize, tal atividade em si considerada consiste em mero instrumento para garantir a expectativa jurídica do segurado nos moldes dos contratos aleatórios.<sup>61</sup>

[Qualificação do seguro como contrato aleatório]

Note-se que, a rigor, mesmo que o segurador, por meio de cálculo das probabilidades, alcance efetiva eliminação econômica do risco, partilhando todos os prejuízos econômicos decorrentes de

eventual verificação do sinistro entre os segurados, resta preservada a aleatoriedade do contrato de seguro.<sup>62</sup> Isso porque, conforme já se observou, a álea jurídica, que qualifica o contrato como aleatório, representa a incerteza dos contratantes, no momento da celebração do contrato, quanto ao ganho ou à perda derivada do negócio sob o aspecto jurídico, ou seja, em termos de atribuição patrimonial, pois o lucro ou o prejuízo sobre o qual recai a incerteza dos contratantes ao firmarem o negócio se afigura jurídico, não já econômico.<sup>63</sup> Se assim é, o fato de o segurador obter o ressarcimento pelos seus segurados da indenização efetuada por ocasião do sinistro, sem que sofra, portanto, prejuízo econômico, não desqualifica o caráter aleatório do contrato de seguro.

[Critério jurídico]

Se, por hipótese, o sinistro ocorrer, ter-se-á perda patrimonial do segurador, o qual irá transferir ativo de seu patrimônio para o do segurado, mediante o desempenho de prestação em seu favor, o qual, por conseguinte, extrairá vantagem patrimonial do ajuste, recebendo a prestação. Ao revés, se o evento incerto não se verificar, ter-se-á vantagem patrimonial para o segurador, o qual terá recebido o prêmio sem qualquer desembolso patrimonial. Desta feita, no momento da celebração do ajuste, as partes desconhecem se irão lucrar ou ter prejuízo, em termos de atribuição patrimonial, com o negócio, o que dependerá da verificação do evento incerto – o sinistro. Tal não se confunde, em definitivo, com o lucro ou prejuízo econômico, que não se mostra apto a qualificar determinado negócio como aleatório.

[Aspecto estrutural]

Sob o aspecto estrutural, o evento incerto determinará a existência da prestação material do segurador. Conquanto a prestação do segurador consista, nos termos do direito brasileiro, na garantia de interesse legítimo do segurado, atinente à pessoa ou à coisa, contra riscos predeterminados, a qual existe

independentemente da verificação do evento incerto, somente haverá interesse nessa prestação se ou quando acontecer o evento: assim como a prestação, também o interesse à prestação encontra-se estritamente coligado ao evento e participa do tipo de incerteza (no *an* ou no *quantum*) da qual se reveste o contrato de seguro.<sup>64</sup> Permanece, assim, válida a assertiva de Vivante, segundo a qual se é certo que o segurador tende a eliminar os riscos assumidos através do exercício sistemático de sua atividade, também o é a manutenção do caráter aleatório dos contratos de seguro individuais.<sup>65</sup>

[Causa: álea jurídica]

Em definitivo, o contrato de seguros há de ser qualificado como aleatório, pois se encontra presente em sua causa, isto é, em sua mínima unidade de efeitos, a álea jurídica, compreendida como a incerteza, de ambos contratantes, por ocasião da celebração do negócio, quanto ao desempenho de prestação de uma parte em favor da outra, a depender da verificação do evento incerto (*rectius*, sinistro). Do ponto de vista jurídico, a parte que desempenha a prestação sofre perda, ao passo que aquela que dela se beneficia auferir lucro. A existência da prestação de garantia não desqualifica o contrato como aleatório, pois permanece a incerteza dos contratantes quanto à perda ou ganho em sentido jurídico, sendo certo que, uma vez verificado o sinistro, o segurador haverá de desempenhar prestação em favor do segurado, com transferência de ativo do seu patrimônio para o dele, ainda que com isso não sofra perda econômica em razão de sua eficiência atuarial.<sup>66</sup>

## 4. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO CONTRATO DE SEGURO

### (i) *Princípio do mutualismo*

[Princípio do mutualismo]

O contrato de seguro sujeita-se à incidência de relevantes princípios. O primeiro deles consiste no princípio do mutualismo, que se associa ao equilíbrio econômico do contrato, considerado a partir da rede de contratos firmados com a coletividade de segurados. Busca-se, a partir do princípio do mutualismo, diluir os riscos pela coletividade dos segurados, que contribuem em prol de fundo mutual, formado pelas reservas técnicas, que se destinarão ao pagamento das indenizações na hipótese de sinistro.<sup>67</sup>

[Cálculo atuarial]

Com efeito, o segurador estipula os valores cobrados a título de prêmio com base em cálculos atuariais, que permitem aferir a probabilidade de ocorrência do sinistro, levando-se em conta a coletividade dos segurados, o objeto do contrato, a amplitude dos riscos assumidos, o perfil do segurado e outros elementos que se mostrem relevante *in concreto*.

[Coletivização dos riscos]

Desse modo, as contribuições dos segurados se somam em fundo mutual, compondo as reservas técnicas, que devem ser suficientes ao pagamento de indenizações aos segurados em relação aos quais o sinistro tenha se verificado. Trata-se, portanto, de sistema de distribuição de riscos, extrapolando a simples alocação de riscos presente entre os contratantes nos contratos em geral.<sup>68</sup> Em definitivo, verifica-se a coletivização dos riscos, em que cada indivíduo segurado financia os riscos em prol da coletividade de segurados, em vez de financiar sozinho o seu próprio risco.

**(ii) Princípio do equilíbrio econômico dos pactos: a relevância da delimitação do risco segurado**

[Sinalagma funcional]

Associado ao mutualismo, encontra-se o princípio do equilíbrio econômico do contrato de seguro, segundo o qual as prestações assumidas pelo segurador e segurado hão de guardar entre si certo equilíbrio econômico, a traduzir o sinalagma funcional. Vale dizer: para além do equilíbrio da rede de contratos propiciado pelo mutualismo, o equilíbrio econômico do contrato individual é garantido por prestações correspectivas assumidas por segurador e segurado, que atendam aos interesses perseguidos pelos contratantes no concreto regulamento contratual.<sup>69</sup>

[Equilíbrio nos contratos aleatórios]

Tal equilíbrio – convém sublinhar – não esmorece diante da aleatoriedade do contrato de seguro. Com efeito, os contratos aleatórios também se sujeitam ao princípio do equilíbrio econômico dos pactos.<sup>70</sup> Nesta direção, impõe-se a superação da visão doutrinária tradicional que, acriticamente, sob o raso fundamento de que os contratos aleatórios se caracterizam pela desproporção entre as prestações e pela incerteza dos contratantes, no momento da celebração do negócio, acerca dos benefícios e das perdas dele resultantes, afasta *tout court* a aplicação de qualquer remédio legal de restabelecimento do equilíbrio contratual aos contratos aleatórios.<sup>71</sup>

[Equilíbrio entre as prestações do segurador e do segurado]

De um lado, verifica-se, no contrato de seguro, o equilíbrio entre a prestação de garantia assumida pelo segurador, com o possível pagamento de indenização na hipótese de sinistro, e a prestação do segurado de pagamento do prêmio. Na dicção do art. 757 do Código Civil, o segurador assume a obrigação de garantir interesse legítimo do segurado contra “riscos predeterminados”. Não há, portanto, a assunção de todos os riscos correlacionados ao objeto segurado, nem a cobertura contra quaisquer sinistros que venham a incidir sobre a coisa. Ao revés, os contratantes delimitarão os casos sujeitos à cobertura indenitária, e outros que estarão excluídos,

estabelecendo-se, assim, o equilíbrio entre as prestações correspectivas. Tal equilíbrio impossibilita, por exemplo, que o segurado exija o pagamento da indenização sem que tenha pago todo o prêmio devido;<sup>72</sup> ou, ainda, que o segurador seja chamado a suportar riscos que não constituem objeto da cobertura contratada.<sup>73</sup>

[Álea jurídica]

De outra parte, a álea jurídica que qualifica o negócio como aleatório não se mostra incompatível com o equilíbrio entre as prestações. Note-se que, no contrato aleatório, as partes delimitam a álea jurídica, que, no caso do contrato de seguro, se traduz na incerteza do segurador e do segurado, por ocasião da celebração do contrato, quanto à verificação do risco objeto da cobertura, sendo certo que este, uma vez ocorrido, determinará o pagamento da indenização pelo segurador em favor do segurado. Mesmo no que tange à álea jurídica, as prestações assumidas pelo segurador e segurado, como visto, guardam entre si certa equivalência. De toda sorte, qualquer desequilíbrio proveniente da verificação do sinistro corresponde a risco aceito, de modo consciente, pelas partes, integrando a álea jurídica delimitada pelos contratantes.

[Riscos alheios à álea jurídica]

Por outro lado, riscos que não se relacionem à álea jurídica poderão ocasionar o desequilíbrio contratual, a justificar a aplicação dos remédios previstos pelo ordenamento para o reequilíbrio. Desse modo, nos contratos aleatórios, incluindo o seguro, caso o desequilíbrio seja oriundo de fato alheio à álea jurídica assumida pelas partes, deve-se corrigir tal desproporção causada pelo evento superveniente.<sup>74</sup> Esse entendimento encontra-se refletido no Enunciado 583 da VII Jornada de Direito Civil: “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”.<sup>75</sup>

[Aplicação dos remédios de reequilíbrio contratual]

Nesse sentido, havendo superveniente desequilíbrio deflagrado por fato estranho àqueles em relação aos quais a parte assumiu o risco, será imperiosa a aplicação dos remédios de reequilíbrio contratual, como a teoria da excessiva onerosidade, da evicção, dos vícios redibitórios e da lesão.<sup>76</sup>

[Aplicação prática]

Nesse sentido, o STJ, em precedente de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, mesmo reconhecendo a natureza aleatória do contrato de seguro, permitiu a aplicação da teoria do estado de perigo, quando os familiares do segurado, compelidos pelo seu grave estado de saúde, foram obrigados a assinar aditivo contratual extremamente oneroso para o aumento de cobertura, de modo a reconhecer a nulidade do aditivo em homenagem ao equilíbrio contratual.<sup>77</sup>

***(iii) A incidência reforçada do princípio da boa-fé objetiva e a relevância da boa-fé subjetiva***

[Boa-fé subjetiva e objetiva]

A boa-fé, em sua vertente objetiva e subjetiva, desempenha papel primordial nos contratos de seguro, sendo certo que a boa-fé objetiva encontra previsão específica na disciplina securitária (CC, art. 765). A boa-fé subjetiva equivale à ignorância quanto a vício que contamina certa relação jurídica, daqui decorrendo, em contrapartida, sob pena de atuar em má-fé, o dever do contratante de dar ciência à contraparte dos elementos cuja aferição se lhe é imputada. Já a boa-fé objetiva exige comportamento positivo, em decorrência de deveres anexos de conduta, para propiciar à contraparte os elementos de valoração das circunstâncias contratuais, mensurando os riscos que incidem sobre a contratação, com vistas ao alcance da finalidade econômica definida pelo sinalagma contratual.



Diz-se, com efeito, que o seguro é um contrato de estrita boa-fé, ou de boa-fé qualificada, pois a formação e execução do contrato de seguro demandam especial cooperação entre os contratantes. Trata-se, aqui, não somente da boa-fé subjetiva, caracterizada pelo estado anímico da parte, mas também da boa-fé objetiva, que impõe às partes deveres de informação, cooperação, transparência e lealdade contratual. Assim, ao lado da regra geral do art. 422 do Código Civil, o legislador optou por conferir ao contrato de seguro regra especial, impondo ao segurador e ao segurado comportamento fundamentado na boa-fé e na veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes, seja na conclusão, seja na execução do contrato (CC, art. 765).<sup>78</sup> A boa-fé, no contrato de seguro, há de ser, portanto, bilateral, impondo-se igualmente ao segurador, desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual.

[Dever de informação do segurado na fase pré-contratual]

Na fase pré-contratual, cabe ao segurado prestar as devidas informações quanto ao risco segurado, com base nas quais o segurador calculará o prêmio e decidirá quanto à contratação, a traduzir seus deveres de informação e veracidade. Como já se disse, é a partir da avaliação feita sobre o risco que o segurador arbitrará o valor do prêmio, recorrendo a cálculos atuariais, a fim de garantir que o fundo mutual se torne suficiente para a cobertura dos danos eventuais dos segurados. Entretanto, são múltiplos os fatores que influenciam na avaliação do risco, como, por exemplo, as características essenciais do objeto segurado – ou da pessoa, em caso de seguro de pessoas –, o perfil do contratante, e as condições de guarda da coisa. Por impossibilidade fática, o segurador não poderia verificar todos esses elementos, de modo que se revela fundamental que as informações prestadas pelo segurado por ocasião da proposta do contrato sejam precisas e verdadeiras, vez que tais declarações do contratante serão fundamentais à decisão

do segurador de contratar e, uma vez decidindo pela contratação, ao cálculo do prêmio, que garanta o equilíbrio do negócio.<sup>79</sup>

[Informações completas, precisas e exatas]

Note-se que o dever de informação não se esgota na prestação de informações corretas. Também a ocultação ou a imprecisão nas declarações impede a adequada valoração do risco pelo segurador, de forma que declarações inexatas ou omissões de informações configuram comportamento contrário à boa-fé.<sup>80</sup>

[Falha no dever de informar do segurado no momento da contratação]

Desse modo, se o segurado, de má-fé, fizer declarações inexatas, falsas ou omitir circunstâncias que possam influir no cálculo do prêmio ou na aceitação da proposta pelo segurador, perderá o direito à indenização e deverá pagar o prêmio vencido. Por outro lado, se a inexatidão nas informações não resultar de má-fé do segurado, isto é, o segurado estiver em boa-fé, ignorando o vício que maculava as informações prestadas, o segurador poderá resolver o contrato, ou cobrar, mesmo após o sinistro, o prêmio em valor readequado (CC, art. 766).<sup>81</sup> Contudo, caso o sinistro já tenha ocorrido, o segurador não poderá resolver o contrato, cabendo-lhe, apenas, pagar a indenização e cobrar o prêmio adequado ao risco garantido.

[Razoabilidade, usos locais e práticas comerciais]

Tal disciplina, contudo, há de ser aplicada de acordo com a razoabilidade, os usos comerciais e as práticas comerciais. Assim, se a informação omitida pelo segurado era notória em razão das práticas do mercado ou dos usos locais, o segurador deveria tê-las levado em conta no momento da contratação, de modo que não haverá falha no dever de informar por parte do proponente. Assim, para que se conclua se houve falha no dever de informar pelo segurado, deve-se indagar se a declaração inexata levou à

modificação do preço do prêmio ou comprometeu os cálculos do segurador.

[Falha de informação do segurado em seguro saúde]

No âmbito dos contratos de seguro saúde, a jurisprudência entende que o segurador não poderá se eximir de prestar a indenização em caso de sinistro, alegando omissão de informações pelo segurado, se, por ocasião das propostas e da formalização da contratação, não submeteu o contratante a exames médicos prévios.<sup>82</sup> Se, porém, restar comprovado que a omissão se deu por má-fé do segurado, será possível a negativa de cobertura do segurador, independentemente da exigência dos exames.<sup>83</sup>

[Omissão de informação determinante à contratação ou à fixação do prêmio]

Sobre o tema, a Ministra Nancy Andrighi, em interessante precedente, entendeu que a omissão de má-fé do segurado só tem o condão de impedir a cobertura caso a imprecisão das informações tenha sido causa determinante para a seguradora concluir a contratação ou precificar o prêmio. Assim, somente quando a manifestação defeituosa possa afetar o desígnio da seguradora, afasta-se a indenização. Todavia, caso a seguradora se aproveite da má-fé do segurado para negar-lhe a cobertura, ignorando o fato de que aceitou passivamente as informações por ele prestadas sem a requisição dos exames cabíveis, configura-se hipótese de dolo recíproco, a determinar a indenização do segurado. O princípio da boa-fé objetiva impede que o contratante se beneficie da má-fé da contraparte. Desse modo, no caso examinado, a seguradora, ciente da condição de obesidade mórbida do contratante, não poderia ter aceitado passivamente suas declarações sobre a boa saúde, já que, diante do quadro de extremo sobrepeso, conhecido pela seguradora, era de se supor a apresentação de problemas de saúde dele decorrentes.<sup>84</sup>

[Nulidade]

Ainda no que se refere à formação do contrato de seguro, mostra-se inválido o contrato destinado a garantir risco decorrente de ato doloso do segurado, do beneficiário ou de representante de um ou de outro (CC, art. 762).<sup>85</sup> Afinal, não pode haver garantia de atos ilícitos. Cuida-se de norma voltada a coibir a violação da boa-fé subjetiva pelo segurado, que dolosamente pretende obter a cobertura por danos decorrentes da prática de atos ilícitos.

[Dever de informação do segurador]

Por outro lado, como já se disse, não somente sobre o segurado recaem os deveres de informação, transparência e probidade: também o segurador deve prestar todas as declarações necessárias, e ser claro na estipulação de suas condições contratuais para que o contratante tenha acesso a todos os elementos necessários ao seu consentimento informado com vistas à contratação.<sup>86</sup> Além disso, o art. 773<sup>87</sup> do Código Civil, com base no dever de lealdade, coíbe o segurador de expedir apólice garantindo risco do qual tem ciência de que não existe mais. Considera-se aplicável o dispositivo também nas hipóteses em que a verificação do risco constitui fato notório, do qual o segurador deveria saber, não se exigindo, portanto, prova rigorosa do conhecimento do sinistro pelo segurador. Nesses casos, o desequilíbrio contratual mostra-se evidente, pois o segurado não receberá qualquer contraprestação ao pagamento do prêmio, a acarretar enriquecimento indevido do segurador. Afinal, diante da inexistência do risco, não há se falar em prestação de garantia por parte do segurador. Em consequência, o segurador será obrigado a pagar em dobro o prêmio estipulado.

[Agravamento intencional do risco pelo segurado]

Uma vez concluído o contrato de seguro, sua execução se sujeitará igualmente aos deveres decorrentes da boa-fé objetiva e subjetiva. No que tange ao segurado, este não poderá agravar intencionalmente o risco contratado, sob pena de perder o direito à garantia (CC, art. 768).<sup>88</sup> Entende-se por agravamento do risco a

conduta deliberada do segurado que aumente a probabilidade de ocorrência do sinistro. O agravamento dos riscos pressupõe que o segurado se coloque em uma situação nova, que não tinha sido prevista no contrato, sendo certo que não é preciso que tenha sido praticado ato destinado a deflagrar o sinistro. De outra parte, o agravamento do risco deve ser essencial, de tal forma que o segurador não aceitaria o negócio, nas mesmas condições, caso tivesse conhecimento, por ocasião da celebração do contrato, do risco real. Cuida-se, assim, de violação ao dever de lealdade pelo segurado, de modo a liberar o segurador da obrigação de indenizar os danos supervenientes advindos do sinistro.

[Distinção entre mero descuido e agravamento intencional do risco]

A conclusão acerca da perda ou não da cobertura contratada dependerá do exame da definição do caso concreto. Caberá, desse modo, diferenciar o mero descuido do agravamento intencional do risco, sob pena de se determinar a perda da cobertura em decorrência de acontecimentos que se encontram compreendidos no risco assumido pelo segurador.

[Sinistro decorrente de ato praticado pelo segurado sob efeito de substâncias tóxicas]

À guisa de exemplo, em seguros de vida, o STJ reconheceu a invalidade de cláusula de exclusão de cobertura na hipótese de sinistros ou acidentes decorrentes de atos praticados pelo segurado sob o efeito de substâncias tóxicas, sob o argumento de que o risco morte, objeto da cobertura securitária, sujeita-se à permanente e contínuo agravamento com o passar do tempo, sendo esta circunstância essencial ao seguro de vida.<sup>89</sup> Não se considera, portanto, nesse caso, que houve agravamento intencional do risco pelo segurado, sob pena de se esvaziar a finalidade do seguro de vida.

[Validade da exclusão da cobertura]

A Carta Circular n.º 8/2007 da SUSEP/DETEC confirma esse entendimento, corroborando a recomendação jurídica exarada no Parecer PF – SUSEP n.º 26.522/2007, da Coordenadoria de Consultas, Assuntos Societários e Regimes Especiais, no sentido de que se encontra vedada a exclusão de cobertura na hipótese de sinistros ou acidentes decorrentes de atos praticados pelo segurado em estado de insanidade mental, alcoolismo ou sob efeito de substâncias tóxicas. O ato normativo, porém, ressalvou a possibilidade de que esses incidentes restem excluídos da cobertura nos casos de seguro de danos em que o objeto segurado seja um veículo, se comprovado que o estado psíquico do condutor foi determinante para a ocorrência do sinistro.<sup>90</sup>

[Dever de informar todo incidente capaz de agravar consideravelmente o  
risco]

Mesmo que o agravamento do risco não decorra de atitude deliberada do segurado, este terá o dever, expresso no art. 769 do Código Civil,<sup>91</sup> e inspirado na boa-fé objetiva e subjetiva incidentes no contrato de seguro, de comunicar ao segurador, tão logo saiba, quanto ao incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto. Em caso de omissão intencional do segurado, este perderá o direito à garantia.

[Alternativa do segurador]

De outra parte, uma vez comunicado acerca do agravamento do risco sem culpa do segurado, o segurador poderá, nos 15 (quinze) dias subsequentes ao aviso, optar pela rescisão unilateral, ou, caso decida pela manutenção do negócio, poderá solicitar reajuste no valor do prêmio,<sup>92</sup> em homenagem ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, e em aplicação analógica do art. 770 do Código Civil.<sup>93</sup> De fato, segundo este dispositivo, salvo disposição em contrário, a diminuição do risco no curso do contrato não acarreta a redução do prêmio estipulado; mas, se a redução do risco for considerável, o segurado poderá exigir a revisão do prêmio, ou a

resolução do contrato. O art. 770 admite, portanto, a revisão do prêmio se houver diminuição significativa do risco, de modo a preservar o contrato de seguro.

#### [Eficácia da resilição unilateral]

Caso o segurador decida por resilir unilateralmente o contrato, a sua extinção só produzirá efeitos 30 (trinta) dias após o recebimento, pelo segurado, da notificação do segurador, permitindo-lhe, assim, celebrar novo contrato com outra seguradora.

#### [Dever de comunicar e mitigar os danos]

Os deveres decorrentes da boa-fé incidem, ainda, no curso da execução contratual após a ocorrência do sinistro. Nesse sentido, o art. 771<sup>94</sup> do Código Civil determina que perderá o direito à indenização o segurado que não informar o segurador quanto à ocorrência do sinistro, com vistas a permitir a este último adotar as medidas necessárias para minimizar as suas consequências, apurando suas causas e delimitando os seus prejuízos. Apesar de o dispositivo não mencionar expressamente, a perda de garantia ocorrerá apenas se restar demonstrado o efetivo prejuízo, isto é, que, caso o segurador tivesse sido avisado, teria sido possível evitar ou atenuar as consequências do sinistro, tal como dispunha o Código Civil de 1916.<sup>95</sup>

Cabe, ainda, ao segurado, adotar as medidas necessárias para diminuir as consequências negativas do sinistro, em observância ao dever de mitigar os danos decorrentes do princípio da boa-fé objetiva. O segurador arcará com essas despesas de salvamento consequente ao sinistro no limite fixado pelo contrato (CC, art. 771, parágrafo único), uma vez que tais medidas são efetivadas no interesse do segurador.

#### [Mora do segurado e do segurador]

Ainda no plano da eficácia do contrato, o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio responde pelos riscos daí

decorrentes, em aplicação do princípio da *perpetuatio obligationis* (CC, art. 399). Assim, caso o sinistro ocorra antes da purgação da mora, o segurado não terá direito à indenização (art. 763)<sup>96</sup>.

Entretanto, os tribunais flexibilizaram essa regra, entendendo que é requisito essencial para a perda da garantia a prévia interpelação do segurado pelo segurador acerca do atraso no pagamento, consoante o enunciado da Súmula 616 do STJ.<sup>97</sup> Por outro lado, na hipótese de mora do segurador em pagar o sinistro, este responderá pela correção monetária da indenização devida segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, sem prejuízo dos juros moratórios (CC, art. 772).<sup>98</sup>

[Adimplemento substancial]

De outra parte, em aplicação do princípio da boa-fé objetiva, o STJ já decidiu, em antigo precedente, que incide também a tese do adimplemento substancial aos contratos de seguro, a impedir que o segurador se exima de sua obrigação em razão do inadimplemento ínfimo pelo segurado que já adimpliu grande parte do valor devido.<sup>99</sup>

[Cláusula de cancelamento automático]

Nessa esteira, a cláusula de cancelamento automático do contrato em razão do atraso no pagamento do prêmio tem sido caracterizada como abusiva e inadmissível pela jurisprudência por ser incompatível com a boa-fé e equidade, além de colocar o segurado em desvantagem exagerada a teor do art. 51, IV, CDC.<sup>100</sup>

#### **(iv) *Função social do contrato de seguro***

[Conteúdo da função social]

O contrato de seguro sofre, de igual modo, o influxo do princípio da função social dos contratos. Como se sabe, a função social dos contratos se destina a tutelar interesses extracontratuais socialmente relevantes atingidos pelo contrato, não já interesses privados dos



contratantes.<sup>101</sup> Por outras palavras, a função social não se volta ao reforço da proteção contratual do segurador ou do segurado, mas objetiva proteger interesses de terceiros atingidos pelo contrato de seguro. Desse modo, o princípio da função social, que incide sobre todas as relações contratuais, determina que os contratantes, ao lado de seus interesses privados, persigam interesses extracontratuais, socialmente relevantes, de estatura constitucional, de sorte a atingir a esfera jurídica de terceiros. Nessa direção, amplia-se a eficácia do contrato, cujos efeitos alcançam terceiros, com vistas à realização de valores constitucionais. Diz-se, assim, que se opera a flexibilização do princípio da relatividade, permitindo-se que o contrato produza efeitos para além das partes contratantes. O princípio da função social, em uma palavra, constitui a razão justificativa de atribuição dos interesses dos contratantes, os quais apenas merecerão tutela se atenderem à função social.<sup>102</sup>

[Proteção aos interesses de terceiros]

Nessa direção, o Superior Tribunal de Justiça, com fundamento na função social, reconheceu a possibilidade do terceiro prejudicado em acidente de trânsito acionar diretamente a seguradora para pleitear a indenização securitária, a denotar a produção de efeitos do contrato de seguro para além dos contratantes em proteção aos interesses do terceiro.<sup>103</sup>

[Seguro DPVAT]

De outra parte, o princípio da função social incide de modo eloquente no contrato de Seguro DPVAT,<sup>104</sup> que justifica a sua forte regulamentação estatal. De fato, o interesse do Estado se manifesta notadamente na arrecadação dos prêmios pelo grupo de seguradoras consorciadas, que partilham esses valores com o Sistema Único de Saúde – SUS e com o Departamento Nacional de Trânsito – Denatran. Nos termos do art. 1º,<sup>105</sup> Decreto nº 2.867, de 8 de dezembro de 1998, dos valores recolhidos a título de Seguro DPVAT, 50% (cinquenta por cento) destinam-se às seguradoras

privadas, que integram o Consórcio DPVAT; 45% (quarenta e cinco por cento) ao SUS e 5% (cinco por cento) ao Denatran. Dos valores repassados ao SUS, 50% (cinquenta por cento) serão direcionados à Seguridade Social para custear a assistência médico-hospitalar dos segurados vitimados em acidentes de trânsito (art. 27, par. ún.,<sup>106</sup> Lei n.º 8.212/91). De outra parte, nos termos do art. 78,<sup>107</sup> Lei nº 9.503/97, 10% (dez por cento) dos valores arrecadados destinados à Previdência Social serão repassados mensalmente ao Coordenador do Sistema Nacional de Trânsito para a implementação de programas de prevenção de acidentes.

[Convivência dos interesses sociais e dos interesses privados]

Como se vê, o contrato de Seguro DPVAT possui relevante função social, de sorte a promover interesses extracontratuais socialmente relevantes, de índole constitucional, notadamente a saúde pública.<sup>108</sup> Com efeito, o contrato de Seguro DPVAT realiza o princípio da função social na medida em que metade dos valores arrecadados a título de prêmio é alocada em saúde pública, de modo a realizar o valor constitucional da saúde (art. 196,<sup>109</sup> C.R.) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III,<sup>110</sup> C.R.). A destinação social do Seguro DPVAT justifica, assim, o recolhimento obrigatório do prêmio, imposto por lei. Ao lado dos valores constitucionais da saúde e da dignidade da pessoa humana, o contrato de Seguro DPVAT concretiza os interesses privados dos contratantes, a saber, os interesses econômicos das seguradoras consorciadas, que praticam atividade econômica lícita e fortemente regulada, e dos segurados, que auferem a prestação de garantia, podendo recorrer às seguradoras consorciadas, na hipótese de sinistro, para que indenizem o beneficiário. A convivência dos interesses privados com os interesses sociais, imprescindível a qualquer relação contratual por força do princípio (de ordem pública) da função social, mostra-se mais significativa no Seguro DPVAT em razão do relevante interesse social na atividade econômica, a justificar tão robusta regulamentação. Tal circunstância, todavia, não torna pública a

relação contratual securitária,<sup>111</sup> preservando-se a natureza privada da relação jurídica entre as seguradoras consorciadas e o segurado.

## **SEGURO DE DANO**

### **5. CONCEITO. EFEITOS ESSENCIAIS**

[Conceito]

O seguro de dano consiste no negócio jurídico pelo qual o segurador garante coisas ou bens do segurado contra riscos predeterminados. O objeto do contrato constitui, portanto, a proteção de coisas ou bens em relação aos quais a superveniência do risco impactará no patrimônio do segurado ou beneficiário. Desse modo, afiguram-se como efeitos essenciais do contrato de seguro de dano a obrigação do segurador de garantir bens contra riscos predeterminados, em contraprestação ao pagamento do prêmio pelo segurado, sendo devida ao segurado indenização na hipótese de sinistro. Diversas são as espécies de seguro de dano, como o seguro contra incêndio, seguro de veículos ou o seguro residencial.

[Princípio indenitário]

O princípio indenitário, previsto no art. 778<sup>112</sup> do Código Civil, norteia o contrato de seguro de dano. Segundo este princípio, a quantia que o segurador se compromete a pagar a título de indenização em caso de sinistro não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato, ou seja, não pode ser superior ao valor da coisa objeto da contratação.

[Função especulativa: incompatibilidade]

Tal princípio tem por escopo evitar que o segurado lucre com o recebimento da indenização, de sorte que não pode pretender, com o contrato de seguro, mais do que a reposição do seu patrimônio à situação anterior à ocorrência do sinistro. Assim, se o valor atribuído

ao interesse segurado for exagerado, desvirtua-se a finalidade do contrato de seguro, que se torna especulativo, meio de obtenção de lucro, no lugar de indenização. Permite-se ao segurado, nesta hipótese, receber a título de indenização valor superior ao da coisa avariada. O contrato de seguro com finalidade lucrativa estimularia comportamentos negligentes por parte do segurado, certo de que o sinistro lhe renderia vantagens econômicas.<sup>113</sup>

[Má-fé do segurado]

Caso o seguro tenha sido feito em valor superior ao da coisa segurada, a partir de declarações inexatas ou omissões do segurado, aplica-se o art. 766 do Código Civil, de sorte que o segurado de má-fé perde o direito à garantia além de ficar obrigado ao prêmio vencido. Presume-se, aqui, a intenção dolosa do segurado de lucrar com o sacrifício do objeto segurado. Há ainda a possibilidade de ação penal contra o segurado.

[Boa-fé do segurado]

Por outro lado, se o segurado estiver de boa-fé, o segurador poderá resolver o contrato, caso o sinistro ainda não tenha ocorrido, ou manter o contrato reduzindo o seguro ao seu valor real, de modo a restituir ao segurado o excesso do prêmio.

[Mais de um seguro sobre o mesmo interesse]

Em razão da necessidade de se observar, no momento da contratação, o limite do valor do interesse segurado, se o segurado pretender obter novo seguro sobre o mesmo interesse contra o mesmo risco junto a outro segurador, deverá comunicar por escrito ao primeiro segurador quanto a esta intenção, indicando o valor do novo seguro (CC, art. 782).<sup>114</sup> Tal exigência decorre do princípio da boa-fé objetiva e do princípio indenitário, garantindo-se, assim, que eventual indenização se limite ao valor do objeto segurado. Caso assim não proceda, o segurado incorrerá nas consequências do art. 766 do Código Civil.

[Apreciação do interesse segurado no momento do sinistro]

A norma do art. 778 é reforçada pelo art. 781 do Código Civil,<sup>115</sup> que estabelece que a indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro e, em hipótese alguma, o limite máximo fixado na apólice, salvo na hipótese de mora do segurador. O valor do interesse segurado constitui, assim, o limite da obrigação do segurador. A norma pressupõe que, após a contratação do seguro e até o momento do sinistro, pode haver valorização ou desvalorização do bem. Na hipótese de valorização ou desvalorização, a indenização do segurador poderá refletir esse aumento ou depreciação. Busca-se, assim, limitar a indenização aos prejuízos efetivamente sofridos pelo segurado com o sinistro, em aplicação ao princípio indenitário, observado o limite máximo de indenização estabelecido pela apólice.<sup>116</sup>

[Exceção ao princípio indenitário]

A exceção ao princípio indenitário só ocorre na hipótese de mora do segurador, caso em que o valor do interesse segurado será acrescido de juros moratórios e correção monetária (CC, art. 772). O segurado pode, ainda, vir a apurar eventual responsabilidade do segurador por outras perdas e danos decorrentes do atraso deste no pagamento da indenização securitária. Tal indenização, fundada na responsabilidade pelo inadimplemento contratual do segurador, não se confunde com aquela devida em decorrência do implemento do risco coberto na apólice.

[Seguro de veículos]

No que tange ao seguro de veículos, a Circular nº 145 da SUSEP abre a possibilidade de escolha, pelo segurado, de duas modalidades de contratação, com indenizações diversas: a primeira que, consoante o art. 781 do Código Civil, determina que a indenização em caso de perda total do veículo levará em conta o valor do bem na data da ocorrência do dano; e a segunda, em que o

contrato estabelece a indenização no valor do bem segurado à época da contratação do seguro.

[Sub-seguro e seguro a primeiro risco]

As partes poderão, por outro lado, pactuar seguro que não cubra o valor total da coisa segurada, denominado sub-seguro, por meio da cláusula de rateio. Nesse caso, o titular do bem será considerado o próprio segurador da parte não abrangida pela cobertura securitária. Assim, em caso de prejuízo à totalidade da coisa, o segurador só deverá indenizar na proporção à que se obrigou, sofrendo o segurado o prejuízo em relação à diferença entre o valor real do bem segurado e a importância prevista na apólice. O segurado é considerado, assim, cossegurador da diferença e deverá participar do montante dos prejuízos proporcionalmente à sua participação nos riscos cobertos, no caso de sinistro parcial (CC, art. 783).<sup>117</sup>

As partes podem também pactuar que o segurador ofereça cobertura integral, no limite da importância segurada, mesmo em caso de sinistros parciais, denominado seguro a primeiro risco.

[Vício intrínseco da coisa não declarado]

Se o sinistro for provocado por vício intrínseco da coisa, conhecido pelo segurado, mas por ele não declarado, não caberá indenização pelo segurador (CC, art. 784). O vício intrínseco é aquele inerente à coisa, que não se encontra normalmente em outras da mesma espécie. O segurador, contudo, poderá se obrigar pelo vício intrínseco por cláusula expressa.

[Seguro em contrato de transporte]

Nos contratos de transporte, no seguro das coisas transportadas, a vigência da garantia se inicia no momento em que a coisa é recebida pelo transportador e termina com sua entrega ao destinatário, segundo o art. 780 do Código Civil.<sup>118</sup> Esta norma corrobora o disposto no art. 750 do Código Civil, segundo o qual a responsabilidade do transportador tem início no momento do

recebimento da coisa e termina quando esta é entregue ao destinatário. Cuida-se de norma dispositiva, de modo que as partes poderão dispor diversamente.

## **6. DIREITOS E DEVERES DAS PARTES**

Conforme se extrai da própria definição do contrato de seguro, o principal dever do segurado consiste no pagamento do prêmio ao segurador, que, por sua vez, assume prestação de garantia em favor do interesse legítimo do segurado sobre determinada coisa, indenizando-o em caso de sinistro.

[Dever de informação do segurado]

No seguro de dano, incidirão, como visto, os deveres decorrentes da boa-fé objetiva e subjetiva, dentre os quais a obrigação de atuar na mais estreita transparência, lealdade e probidade. Relativamente ao segurado, este deverá, por ocasião do envio da proposta de contratação, indicar todas as circunstâncias relevantes sobre a coisa, que influirão no cálculo do prêmio pelo segurador. Neste particular, mostra-se fundamental que o segurado preste todas as informações relativas ao bem objeto do contrato, suas condições físicas e de conservação, o modo em que se dará sua guarda, a destinação para qual será utilizado e todos os demais fatores relevantes no caso concreto.

[Dever de comunicar o sinistro]

Ainda no âmbito do dever de informar, no seguro de responsabilidade civil, em que o segurador garante o pagamento de indenização devida pelo segurado em face de terceiro, a norma contida no art. 787, § 1º,<sup>119</sup> reforça o dever estabelecido no art. 771, ao determinar que cabe ao segurado participar ao segurador o sinistro, logo que o saiba, sob pena de perder o direito à indenização. Destaque-se, por oportuno, decisão do STJ que flexibiliza, com fundamento no princípio da razoabilidade, o rigor do

art. 771, *caput*, do Código Civil. Ao analisar hipótese em que o segurado avisou com atraso o roubo do veículo, o STJ considerou que não seria razoável, diante das ameaças recebidas pela vítima do roubo, que se lhe fosse exigido informar o sinistro à seguradora logo após o ocorrido. Argumentou-se que “o temor de represálias era real e não seria razoável exigir do segurado comportamento diverso, que poderia colocar em risco não só sua segurança, mas também de sua família”.<sup>120</sup> O segurado, além da comunicação quanto à ocorrência do fato, deve dar ciência ao segurador da ação indenizatória que venha a ser proposta por terceiro contra o segurado (CC, art. 787, § 3º<sup>121</sup>), sendo-lhe vedado, porém, reconhecer sua responsabilidade, confessar ou transigir com o terceiro; ou, ainda, indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador, que é quem efetivamente responderá pelos prejuízos (CC, art. 787, § 2º<sup>122</sup>). Em contrapartida, se o segurador for insolvente, subsistirá a responsabilidade do segurado perante o terceiro (CC, art. 787, § 4º<sup>123</sup>).

[Prescrição anual]

Como já referido anteriormente, prescreve em 1 (um) ano a pretensão do segurado contra o segurador no caso de seguro de responsabilidade civil, contado o prazo da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado. Se o segurado indenizar o terceiro, o prazo contar-se-á desta data, com anuência da seguradora (CC, art. 206, § 1º, II).

[Seguro de reembolso]

Note-se que, segundo o clausulado das apólices de seguro de responsabilidade civil, trata-se de seguro de reembolso, de acordo com o qual o segurado paga as perdas e danos ao terceiro e depois se reembolsa junto ao segurador. Entretanto, a jurisprudência tem reconhecido a legitimidade do terceiro para ingressar com a ação indenizatória em face do segurador em atendimento à função social do contrato.



Inicialmente, reconhecia-se a legitimidade do terceiro para ingressar com a ação direta e exclusivamente contra o segurador, sem a participação do segurado. Todavia, em maio de 2015, o STJ editou o enunciado da Súmula 529, estabelecendo que “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”. Assim, faculta-se ao lesado ajuizar ação contra o segurado, que, por sua vez, poderá denunciar a lide contra a seguradora; ou contra o segurado e a seguradora, em litisconsórcio facultativo.

[Seguro de responsabilidade civil obrigatório]

Por outro lado, no seguro de responsabilidade civil obrigatório, estabelecido como garantia instituída pelo Poder Público em favor das vítimas de atividades perigosas, a indenização do sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado (CC, art. 788).<sup>124</sup> Trata-se de seguro estabelecido no interesse de terceiros. Enumerem-se, exemplificativamente, o seguro DPVAT, aplicável às vítimas de acidente de trânsito, que tenham sofrido o dano morte, invalidez permanente (total ou parcial) e/ou despesas médicas e suplementares, regulado pela Lei n.º 6.194, de 19 de dezembro de 1974; e o seguro obrigatório de danos pessoais causados por embarcações marítimas ou por sua respectiva carga, regulado pela Lei n.º 8.374, de 30 de dezembro de 1991.

Conforme o art. 788, parágrafo único,<sup>125</sup> do Código Civil, quando o segurador é demandado diretamente pela vítima do dano, não poderá opor exceção de contrato não cumprido em razão do não cumprimento de obrigações por parte do segurado no âmbito do contrato de seguro, notadamente o não pagamento do prêmio, sem promover a citação do segurado para integrar o contraditório.

[Abrangência da indenização]

Com relação à obrigação do segurador de indenizar o segurado, o segurador se obriga a ressarcir não apenas os danos diretamente

relacionados aos riscos assumidos (v.g. danos decorrentes de incêndio, em seguro contra incêndio), mas também aqueles resultantes ou consequentes do sinistro, como as perdas decorrentes da tentativa de evitar o sinistro, salvar a coisa ou diminuir o dano, que se associam ao risco concretizado (CC, art. 779).<sup>126</sup> A leitura conjunta dos arts. 779 e 771 do Código Civil determina que as despesas incorridas pelo segurado para mitigar os danos decorrentes do sinistro hão de ser ressarcidas pelo segurador quando do pagamento da indenização. Controverte-se, de outra parte, quanto à possibilidade de cláusula limitativa de responsabilidade que exclua a responsabilidade do segurador pelas despesas para evitar o sinistro ou diminuir suas consequências.<sup>127</sup>

[Sub-rogação legal]

Por outro lado, uma vez verificado o sinistro e efetuado o pagamento da indenização, o segurador se sub-roga nos direitos e ações do segurado contra o autor do dano, até o limite do valor da indenização, a traduzir hipótese de sub-rogação legal. A disposição, contida expressamente no art. 786 do Código Civil, era acolhida pela jurisprudência mesmo antes da edição do diploma de 2002, com base na sub-rogação legal da teoria geral das obrigações,<sup>128</sup> operada de pleno direito em favor de terceiro interessado que paga dívida alheia pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte. A Súmula 188 do STF, nessa direção, determinava: “O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro”.

[Sub-rogação: mesmas prerrogativas]

Na mesma esteira, o STJ entende que a seguradora que se sub-roga nos direitos do segurado terá as mesmas prerrogativas que lhe são asseguradas. À guisa de exemplo, a Terceira Turma decidiu, no julgamento do Recurso Especial nº 1.745.642, que a seguradora poderá fazer uso das garantias do CDC das quais o segurado poderia se valer. No caso, entendeu-se que, se houver relação de

consumo entre o segurado e o causador do dano, serão os dispositivos do CDC aplicáveis na ação de regresso promovida pela seguradora, bem como todas as normas que o titular do interesse poderia invocar se ingressasse com ação em face de seu ofensor.<sup>129</sup>

#### [Afastamento da sub-rogação]

Se, porém, o dano houver sido causado pelo cônjuge do segurado, seus ascendentes ou descendentes, consanguíneos ou afins, incluindo-se também o companheiro em razão da equiparação da união estável ao casamento, a sub-rogação não ocorrerá, exceto na hipótese de dolo (CC, art. 786, § 1º).<sup>130</sup> Preocupa-se o legislador com a proteção do patrimônio do próprio segurado, que poderia vir a ser atingido pela ação do segurador na hipótese de prática de ato de familiares próximos que, involuntariamente, causaram-lhe dano.<sup>131</sup>

Afasta-se, de igual modo, a sub-rogação nos seguros de pessoa, por força da natureza diversa dessa modalidade de seguro, eis que o ofendido continua legitimado a pleitear indenização contra o causador do dano, e o recebimento de pagamento securitário mostra-se, neste particular, irrelevante (CC, art. 800).<sup>132</sup>

#### [Ineficácia do ato em prejuízo ao segurador]

O art. 786, § 2º,<sup>133</sup> do Código Civil, determina ainda a ineficácia de qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos decorrentes da sub-rogação legal.

#### [Alienação ou cessão do interesse segurado]

De outra parte, dentre os direitos do segurado, insere-se o direito de transferir o contrato a terceiro, com a alienação ou cessão do interesse segurado (CC, art. 785).<sup>134</sup> Trata-se da hipótese em que o titular do interesse segurado aliena-o ou cede-o a terceiro, e transfere, juntamente com o objeto, o seguro que sobre ele recai. Ao contrário do disposto no Código Civil de 1916, essa transferência não é automática, mas será sempre possível, salvo disposição em contrário na apólice.

A depender do tipo de apólice, o modo de transferência será diferente. Se o instrumento for nominativo, a transferência será feita sob a forma de cessão da posição contratual, ou seja, por ato bilateral, e só produzirá efeitos em relação ao segurador mediante aviso escrito e assinado pelo cedente e cessionário. Se, ao contrário, a apólice for à ordem, a transferência se dará por ato unilateral consistente no endosso em preto, que é aquele que menciona o nome do endossatário, datado e assinado pelo endossante e endossatário (CC, art. 785).<sup>135</sup>

[Súmula 465 do STJ]

A Súmula 465 do STJ, no que se refere aos seguros de veículos, flexibiliza a exigência do art. 785 do Código Civil: caso as partes não comuniquem a transferência do veículo ao segurador, haverá a perda da garantia apenas se houver efetivo agravamento do risco em razão da cessão.<sup>136</sup>

[Razoabilidade da proibição]

De igual modo, a jurisprudência tem se posicionado no sentido de que a proibição contratual quanto à transferência do interesse segurado somente terá eficácia, para efeito de eximir o segurador de obrigação em relação ao cessionário, caso o segurador demonstre que, se houvesse sido notificado da transferência, teria se recusado a autorizá-la por motivos razoáveis, devidamente comprovados.<sup>137</sup>

## **SEGURO DE PESSOA**

### **7. CONCEITO. EFEITOS ESSENCIAIS**

[Conceito]

O seguro de pessoa consiste no negócio jurídico por meio do qual o segurador se obriga a garantir interesse legítimo do segurado relativo à pessoa contra riscos predeterminados. Diversamente do

seguro de dano, o seguro de pessoa não desempenha função indenizatória, de sorte que seu valor pode ser estipulado livremente, sem limitação.

[Diversa função]

A estrutura do seguro de pessoas se aproxima muito daquela do seguro de danos. As duas modalidades, porém, se diferenciam em sua função e, por isso mesmo, inspiram disciplinas jurídicas diferenciadas, sendo tratadas em seções distintas do Código Civil. No seguro de dano, a função do seguro consiste em garantir interesse legítimo do segurado em relação à determinada coisa, indenizando-o na hipótese de sinistro. Em consequência, vige o princípio indenitário, segundo o qual o segurado não pode contratar seguro que ultrapasse o valor do bem segurado, com vistas a impedir que o contrato de seguro constitua meio de especulação, desvirtuando-se sua finalidade indenizatória.

[Inaplicabilidade do princípio indenitário]

No seguro de pessoa, em contrapartida, não incide o princípio indenitário, vez que não possui função indenizatória, já que o objeto do seguro (v.g. a vida e outros valores existenciais, como a saúde e a integridade física) não se sujeita à apreciação patrimonial. Por essa razão, o Código Civil permite que o objeto seja segurado mais de uma vez por qualquer valor. Dito diversamente, admite-se que o capital segurado seja livremente estipulado, e que o titular contrate mais de um seguro com garantia incidente sobre o mesmo interesse, seja com o mesmo segurador, seja com seguradores diversos (CC, art. 789).<sup>138</sup>

[Seguro sobre a vida de outros]

De todo modo, porém, permanece a preocupação do legislador em evitar que o seguro seja utilizado como instrumento de especulação, ou seja, que o segurado tenha a possibilidade de lucrar com a ocorrência do sinistro em razão do recebimento da verba

acordada. Por isso, no art. 790 do Código Civil,<sup>139</sup> restou determinado que, caso o seguro seja estipulado sobre a vida de terceiro, o proponente será obrigado a declarar o seu interesse pela preservação da vida do segurado, sob pena de responder pela declaração falsa que fizer. O interesse poderá ser material ou afetivo.

Se o segurado for cônjuge, ascendente ou descendente do proponente, haverá presunção desse interesse, tendo em vista que, nesses casos, em razão do parentesco, a relação afetiva é manifesta, dispensando-se, assim, a declaração. Cuida-se, contudo, de presunção relativa, de sorte que a seguradora poderá solicitar ao proponente que produza prova de tal interesse. A interpretação constitucional da norma determina a sua ampliação no sentido de abranger o companheiro no escopo de sua proteção.

[Impossibilidade de sub-rogação]

Também decorre da inaplicabilidade do princípio indenitário a vedação, presente no art. 800 do Código Civil,<sup>140</sup> de que o segurador se sub-rogue nos direitos e ações do segurado ou do beneficiário contra o causador do sinistro. O valor pago pelo segurador na hipótese de sinistro não consiste em indenização, mas apenas em capital ajustado contratualmente, que não reflete o valor existencial objeto do seguro, tais como a vida, a integridade e a saúde, inestimável economicamente. Por essa razão, o segurador, ao pagar o acordado, não tem direito de regresso contra o causador do dano, pretensão que permanece com o segurado ou beneficiário ofendido. Considera-se, assim, nula a cláusula que preveja a sub-rogação no seguro de pessoa.

[Espécies]

O seguro de pessoa consiste em gênero, que abrange diversas espécies. A primeira delas é o seguro de vida, que oferece garantia pela morte natural ou acidental, e pode ser estabelecido por toda a vida do segurado, por lapso temporal determinado, em razão da

sobrevida de um beneficiário em relação ao segurado; ou o seguro misto comum, em que o segurador é obrigado a pagar determinada quantia ao segurado ou a beneficiários por ele indicados a depender do estado de vida ou morte do segurado em data estipulada (CC, art. 796, *caput*).<sup>141</sup> Além do seguro de vida, há o seguro de acidentes pessoais, com garantia para invalidez permanente total ou parcial, por acidente ou doença; e a garantia de pensão futura ou renda vitalícia.

Garantia de reembolso de despesas hospitalares ou de tratamento médico, bem como custeio de despesas de luto e funeral do segurado, embora possam ser considerados seguros de pessoa, se subordinam à regulamentação especial (CC, art. 802).<sup>142</sup> É o caso do seguro de saúde, que figura como espécie de seguro de pessoas e tem por finalidade a cobertura das despesas médico-hospitalares na forma e nos limites da apólice, sendo regulado pela Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998.

[Seguro coletivo]

O contrato de seguro de pessoa também pode ser individual ou coletivo. Nos contratos coletivos, há um só contrato entabulado entre estipulante, pessoa física ou jurídica, e o segurador, em benefício de coletividade de segurados. No seguro coletivo, o estipulante se obriga ao pagamento de prêmio global (para cuja formação os segurados poderão ou não concorrer) e o segurador se compromete a ressarcir pessoas pertencentes a determinado grupo, denominado grupo segurado, ligadas por interesse comum. Desse modo, entre o estipulante e o grupo segurado deve haver um vínculo, como, por exemplo, uma relação de emprego ou profissional, a existência de sociedade civil ou comercial, associação religiosa ou de classe (CC, art. 801, *caput*).<sup>143</sup>

[Obrigações do estipulante e do segurador]

O estipulante responde perante o segurador pelo cumprimento das obrigações contratuais, como por exemplo o pagamento do

prêmio e a comunicação de todo incidente que possa agravar consideravelmente o risco coberto (CC, art. 801, § 1º).<sup>144</sup> O estipulante assume, portanto, a função de representante ou mandatário dos segurados, salvo cláusula expressa em contrário no contrato. Por outro lado, o estipulante não representa o segurador perante o grupo segurado, sendo, portanto, o segurador o único responsável pelo adimplemento das obrigações contratuais.

[Mutação da relação]

A relação jurídica principal, estabelecida entre o estipulante e o segurador, permanece estável e inalterável durante toda a vida do contrato, ao passo que, no âmbito do grupo, ocorre constante mutação, em razão da permanente entrada e saída de segurados. O art. 801, § 2º,<sup>145</sup> do Código Civil, determina que a modificação da apólice em vigor dependerá da anuência expressa de segurados que representem três quartos do grupo, a fim de garantir os segurados contra acordos que poderiam ser feitos entre o estipulante e o segurador em prejuízo de seus interesses.

## **8. DIREITOS E DEVERES DAS PARTES**

[Deveres principais]

Assim como no seguro de dano, o principal dever do segurado é o pagamento do prêmio, em contrapartida à obrigação do segurador de prestar garantia ao interesse segurado durante a vigência do contrato, bem como de pagar a quantia estipulada por ocasião do sinistro.

[Impossibilidade de transação]

Consoante já referido, em razão da não incidência do princípio indenitário, o pagamento do valor estipulado funciona como espécie de compensação contratualmente ajustada, já que a vida e os valores humanos não podem ser precificados, não tendo finalidade



indenizatória. O capital segurado resulta, assim, de avaliação eminentemente subjetiva, cuja fixação fica na dependência exclusiva do próprio segurado. Por esse motivo, verificado o sinistro, veda-se qualquer transação para reduzir o valor a ser pago pelo segurador (CC, art. 795).<sup>146</sup> Na hipótese de seguros de acidentes pessoais, o valor do capital segurado é pago proporcionalmente ao grau de invalidez sofrido pelo segurado, não por se tratar de redução – o que não seria admitido –, mas por força de verificação parcial do risco.

[Deveres de boa-fé]

Tal como no seguro de dano, incidem no seguro de pessoa, com especial força, todos os deveres oriundos da aplicação da boa-fé objetiva e subjetiva, descritos pelo legislador nas normas gerais do tipo contratual.

[Mora do segurado]

No que tange à mora do segurado no pagamento do prêmio, diversamente do que determina a regra geral constante do art. 763 do Código Civil, no caso do seguro de vida, o segurador poderá resolver o contrato, com a restituição da reserva já formada, caso ainda não tenha se verificado o sinistro, ou reduzir o capital garantido proporcionalmente ao prêmio pago, se o sinistro tiver ocorrido.<sup>147</sup> Em qualquer hipótese, no seguro individual, o segurador não terá “ação” para cobrar o prêmio vencido (CC, art. 796).<sup>148</sup> No caso dos seguros coletivos, os segurados não serão prejudicados se o estipulante, responsável pelo recolhimento dos prêmios, recebendo-os regularmente, não os verter à sociedade seguradora no prazo devido. Neste caso, as importâncias seguradas deverão ser normalmente pagas pela seguradora, que, por sua vez, poderá lançar mão de todos os meios legais para haver os prêmios indevidamente retidos.<sup>149</sup>

[Beneficiário do seguro de pessoa]

No seguro de pessoa, mostra-se corriqueira a figura do beneficiário, que será a pessoa indicada pelo segurado ou estipulante para receber o valor definido na apólice em caso de sinistro. Do ponto de vista técnico, configura-se, nessa hipótese, estipulação em favor de terceiro.

[Quem pode ser beneficiário]

Por se equiparar a ato de liberalidade, o Código Civil de 1916, em norma não reproduzida pelo Código Civil de 2002, vedava que a estipulação fosse feita em favor de pessoa proibida de receber doações do segurado.<sup>150</sup> Mostrava-se impossível, por exemplo, a instituição de seguro em favor da concubina do segurado. Ainda sob a égide do Código anterior, porém, a jurisprudência procedia a interpretações baseadas na isonomia, havendo precedente do STJ permitindo a repartição igualitária da indenização securitária entre a concubina – instituída como beneficiária de seguro de vida – e a esposa, no caso em que o segurado mantinha famílias simultâneas e possuía prole com ambas.<sup>151</sup> Embora o Código atual não contenha essa proibição, parte da doutrina defende a aplicação analógica do art. 550<sup>152</sup> do Código Civil, que estabelece que a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até 2 (dois) anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.<sup>153</sup>

[Companheiro como beneficiário]

A situação é diversa, contudo, caso o segurado seja separado de fato ou judicialmente e viva em união estável. Nesses casos, o Código Civil de 2002 garantiu expressamente a possibilidade de instituição do companheiro como beneficiário (CC, art. 793).<sup>154</sup> Ainda sobre o tema, o STJ decidiu pela possibilidade de pessoa, já casada pela segunda vez, optar por fazer seguro em favor do ex-cônjuge, em detrimento da viúva, a prestigiar a autonomia privada.<sup>155</sup>

[Alteração do beneficiário]

Admite-se, a princípio, a possibilidade de alteração do beneficiário, por ato entre vivos ou de última vontade, independentemente da vontade do segurador. Vale dizer: é direito do estipulante modificar o beneficiário, se não houver renúncia a essa faculdade ou se o seguro não tiver como causa declarada a garantia de alguma obrigação, já que, nesse último caso, o seguro teria sido contratado em favor de beneficiário específico (CC, art. 791, *caput*).<sup>156</sup> Não incidindo qualquer das exceções, o segurado poderá proceder a seu nuto à modificação, sem necessidade de apresentar justificativa. Nem o segurador nem o beneficiário originalmente indicado poderão fazer objeções à mudança, sendo certo que o beneficiário tem apenas expectativa de direito. Note-se, contudo, que o exercício desse direito de substituição do beneficiário sofre controle valorativo, sendo certo que, em algumas hipóteses, pode ser desconsiderado, por contrariedade à sua função.<sup>157</sup>

Vale ressaltar que, se o segurado não avisa à seguradora quanto à substituição do beneficiário, a seguradora se libera pagando ao beneficiário original, já que a alteração não lhe é eficaz (CC, art. 791, parágrafo único).<sup>158</sup>

[Beneficiário]

O beneficiário pode ser incerto ou desconhecido, ou mesmo à ordem, assim entendido quando o segurado se reserva o direito de designar o beneficiário oportunamente, a qualquer momento, por ato entre vivos ou testamento. A indicação posterior não se confunde com a substituição do beneficiário.

Se o proponente falecer sem indicar o beneficiário – no caso da apólice emitida à ordem – ou, por qualquer motivo, não prevalecer a indicação feita – impedimento legal ou falecimento do indicado –, o segurador deverá pagar metade da importância segurada ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, e a outra metade aos herdeiros necessários, obedecida a ordem de vocação hereditária, entre os quais poderá se incluir o mesmo cônjuge, conforme seja o regime de bens, embora tal benefício não constitua herança (CC, art. 792, *caput*).<sup>159</sup> Apesar da literalidade da

norma, o art. 792 do Código Civil também deverá contemplar o companheiro, considerado herdeiro (CC, art. 1.790). Não existindo as pessoas indicadas no dispositivo, o beneficiário será aquele que fizer prova de que a morte do segurado o privou do necessário para o sustento (CC, art. 792, parágrafo único).<sup>160</sup>

[Exclusão da herança]

Sublinhe-se que o montante conferido a título de indenização no seguro de vida ou de acidente pessoal para o caso de morte não se caracteriza como herança, razão pela qual não estará sujeito às dívidas do falecido, não integrando o inventário (CC, art. 794).<sup>161</sup> O capital estipulado é, portanto, impenhorável e não se sujeita à colação.

## **9. SEGURO DE VIDA PARA O CASO DE MORTE. A QUESTÃO DO SUICÍDIO**

[Período de carência]

O seguro de pessoas pode ser estipulado por prazo limitado, nos casos em que o benefício será deferido quando o segurado atingir certa idade, ou por toda a vida do segurado, caso clássico de seguro de vida em que o beneficiário receberá o montante estipulado quando da morte do segurado. Via de regra, ocorrendo o sinistro, o beneficiário poderá exigir o pagamento do montante estipulado imediatamente do segurador. Entretanto, é possível, no seguro de pessoas para o caso de morte, estipular-se período de carência, durante o qual o segurador poderá se eximir da responsabilidade em caso de ocorrência do sinistro (CC, art. 797, *caput*).<sup>162</sup>

[Prazo máximo de carência]

A Resolução nº 117/2004 do Conselho Nacional de Seguros Privados determina limite máximo do prazo de carência, fixando-o em

2 (dois) anos. Tal prazo de carência, salvo nos casos de suicídio ou tentativa, não poderá ultrapassar metade do prazo contratual.<sup>163</sup>

Caso, porém, venha a ocorrer o sinistro durante o período de carência, o segurador será obrigado a devolver ao beneficiário o montante de reserva técnica já formada (CC, art. 797, parágrafo único).<sup>164</sup>

#### [Cobertura por suicídio]

No que se refere ao seguro de pessoa por morte em caso de suicídio, doutrina e jurisprudência por longos anos controvertiam quanto à incidência da cobertura securitária na hipótese de suicídio premeditado. Quando da vigência do Código Civil de 1916, a morte voluntária, que incluía o suicídio premeditado por pessoa em seu juízo, era excluída da cobertura de seguro de vida.<sup>165</sup> Em consequência, entendia-se que o suicídio não premeditado poderia ser objeto de cobertura.

A nomenclatura do Código Civil de 1916 oferecia problemas, vez que, por sua própria definição, o suicídio é um ato premeditado de retirar a própria vida. Fosse um ato não pensado, ou seja, se o falecido não tivesse intenção de se matar, não haveria que se falar em suicídio, mas em morte por acidente. Por essa razão, a premeditação deveria ser compreendida como o ato doloso contra a comunidade segurada, contraposto ao ato não premeditado, ou seja, ao suicídio no qual o agente não tinha a intenção de fraudar o seguro.

#### [Imprevisibilidade]

De fato, a imprevisibilidade do risco e o fato de ele ter advindo de fatores externos é fundamental ao contrato de seguro, pois se o segurado pudesse decidir sobre a ocorrência do sinistro, restaria rompida a relação de solidariedade e mutualismo, necessária a esse tipo contratual.

#### [Carência no suicídio]

As seguradoras passaram, então, a estipular nas apólices de seguro de vida, período de carência, no qual estaria afastada a cobertura de qualquer modalidade de suicídio, independentemente da intenção do agente. O STF, porém, se posicionou em sentido contrário a essa prática, editando, em 1963, o enunciado da Súmula 105,<sup>166</sup> determinando que o período de carência só valeria para o suicídio premeditado, de modo que o suicídio não premeditado ensejaria cobertura mesmo durante o período de carência. Algumas décadas depois, o STJ reforçou esse entendimento, consagrando no enunciado da Súmula 61 de 1992, posteriormente cancelada, segundo a qual “o seguro de vida cobre o suicídio não premeditado”.

Segundo este entendimento sumulado, cabia ao segurador o ônus de provar que o suicídio do segurado fora premeditado para se eximir de pagar o capital estipulado. Tratava-se de prova diabólica, cuja obtenção dependia, muitas vezes, da invasão, pelo segurador, do luto familiar, o que poderia acabar por desrespeitar direitos da personalidade do segurado, que sabidamente se projetam após a morte.

[Critério objetivo]

Ciente da imprecisão da redação anterior, o Código Civil de 2002, inspirando-se no Código Civil italiano de 1942, eliminou as indagações subjetivas quanto à premeditação do segurado e estabeleceu critério objetivo, de caráter temporal, para fins de determinação da cobertura securitária em caso de suicídio. Segundo o art. 798 do atual diploma, “o beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente”.

[Reincidência do elemento intencional]

Apesar de o novo dispositivo romper com a lógica da premeditação, o STJ, após a edição do Código Civil de 2002,

continuou baseando seu entendimento no estado anímico do segurado. Em 2011, em precedente de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, a 2ª Seção do STJ,<sup>167</sup> baseada no princípio da boa-fé objetiva, entendeu que a redação do art. 798 do Código Civil não autoriza a seguradora a se eximir automaticamente da cobertura em razão de suicídio verificado no período de carência, sendo necessário para tanto a comprovação, pela própria seguradora, “da premeditação por parte do segurado”.

[Presunção relativa de premeditação]

Ao lado dessa interpretação, parte da doutrina se posicionou no sentido de que o art. 798 do Código Civil impõe presunção relativa de premeditação pelo suicida nos dois primeiros anos da contratação, de modo que seria possível que o beneficiário fizesse prova da ausência de premeditação, a retomar o dever da seguradora de pagar a compensação acordada.<sup>168</sup> Nesse sentido, destaque-se o Enunciado 187 da III Jornada de Direito Civil: “no contrato de seguro de vida, presume-se, de forma relativa, ser premeditado o suicídio cometido nos dois primeiros anos de vigência da cobertura, ressalvado ao beneficiário o ônus de demonstrar a ocorrência do chamado suicídio involuntário.

[Prevalência do critério objetivo]

De outra parte, sustenta-se a interpretação literal do art. 798 do Código Civil, de modo a afastar quaisquer perquirições subjetivas acerca da premeditação do segurado, atendo-se apenas à limitação temporal do novo Código.<sup>169</sup> Esse é o entendimento que vem prevalecendo na jurisprudência desde 2015 após o julgamento paradigmático do Recurso Especial n.º 1.334.005,<sup>170</sup> em respeito à nova redação do diploma civil e que originou o enunciado da Súmula 610 do STJ: “O suicídio não é coberto nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, ressalvado o direito do beneficiário à devolução do montante da reserva técnica formada”. Vale dizer: o suicídio verificado no período de carência referente aos

2 (dois) primeiros anos de vigência do contrato encontra-se excluído da cobertura, independentemente do elemento intencional do agente, devendo o segurador, nesta hipótese, restituir o montante da reserva técnica formada.

[Hipóteses de incidência da cobertura]

Ainda quanto aos seguros de pessoa, em que o risco segurado seja a morte ou incapacidade, não se admite que o segurador se exima do pagamento da indenização caso a morte ou incapacidade decorra do uso de meio de transporte mais arriscado, da prestação de serviço militar, prática de esporte ou ato de humanidade em auxílio de outrem, mesmo que a restrição conste da apólice (CC, art. 799).<sup>171</sup> Parte-se da ideia de que a função do seguro de pessoa é garantir o risco na sua maior extensão possível. Em consequência, se o segurado prestou todas as informações de modo satisfatório, a cobertura será devida.<sup>172</sup> A cláusula que exclua a cobertura nessas hipóteses deverá ser considerada inválida. A norma não se aplica, contudo, a transporte ilegal ou esporte proibido, quando não será devida a cobertura.

[Seguro de vida e seguro de acidentes pessoais: distinção]

Releva, ainda, a distinção, efetuada pela jurisprudência, entre o seguro de vida e por acidentes pessoais. Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o seguro de vida tem por objeto a cobertura de morte decorrente de causas naturais e acidentais; ao passo que o seguro de acidentes pessoais apenas abrange em sua cobertura infortúnios causados por acidente pessoal, a exemplo da morte acidental. Nessa direção, entendeu-se que não seria devida a cobertura em seguro de acidente pessoal em que a morte do segurado decorreu de doença, especificamente acidente vascular cerebral, por se tratar de morte natural, desencadeada por fatores internos à pessoa.<sup>173</sup>



## 10. OS EFEITOS DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS NO CONTRATO DE SEGURO

[Cláusulas excludentes da cobertura em caso de fortuito]

As partes, no livre exercício de sua autonomia privada, não raro, estipulam, no contrato de seguro, cláusulas excludentes da cobertura. Essas disposições têm o condão de afastar a responsabilidade do segurador nas hipóteses especificamente previstas na cláusula, dentre as quais se destaca a previsão que exclui a cobertura na hipótese de caso fortuito ou de força maior. Nesses casos, as partes entendem que os eventos listados, embora previsíveis, escapam ao ordinário, de modo que sua verificação não é levada em conta na precificação do prêmio.

[Caso fortuito e força maior no contrato de seguro]

Segundo o parágrafo único do art. 393 do Código Civil, o caso fortuito e a força maior consistem em fatos necessários, cujos efeitos não eram possíveis de evitar ou impedir. Do conceito legal se extraem dois elementos indispensáveis para sua caracterização: (i) a inevitabilidade do evento, ou seja, o fato de o acontecimento ser irresistível às possibilidades humanas; e (ii) a ausência de culpa.<sup>174</sup> Observe-se que a imprevisibilidade do evento não consiste, necessariamente, em pressuposto caracterizador do caso fortuito ou da força maior, de modo que mesmo os eventos previsíveis podem causar impossibilidade objetiva no cumprimento da obrigação,<sup>175</sup> a revelar a sua inevitabilidade.

[Pandemia do novo coronavírus]

Nesse cenário, questiona-se se a pandemia do novo coronavírus se caracteriza como caso fortuito ou força maior apta a afastar a cobertura em contratos de seguro. Essa análise é relevante, pois diversas apólices estabelecem as epidemias e pandemias como riscos excluídos da cobertura securitária, o que motivou a eclosão de

diversas discussões sobre a validade da estipulação diante da expansão da Covid-19.

A propósito, a Organização Mundial de Saúde (OMS) define pandemia como o espalhamento, pelo mundo, de doença infecciosa que afeta grande número de pessoas.<sup>176</sup> Não restam dúvidas, portanto, de que a pandemia é evento externo aos contratantes, que atinge a avença independentemente de culpa e que tem efeitos inevitáveis. Dessa forma, as consequências da pandemia escapam à alocação de riscos estabelecida entre as partes, de modo que se pode afirmar que a pandemia consiste, potencialmente, em evento de força maior.

[Atos infralegais autorizando a exclusão]

Por essa razão, diversos atos infralegais autorizam expressamente a exclusão de epidemias e pandemias da cobertura do seguro. É o caso da Resolução nº 31/1994 do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), que autoriza referida estipulação nos seguros de assistência médica ou hospitalar.<sup>177</sup> No mesmo sentido se posiciona a SUSEP na Circular nº 440/2012, que trata das apólices de microsseguro.<sup>178</sup>

Afirma-se que a exclusão é legítima em razão da universalidade dos efeitos da pandemia. Isso porque, caso esses riscos estivessem incluídos na cobertura, o segurador seria demandado por uma multiplicidade de pleitos indenizatórios concomitantes, o que geraria sacrifício econômico desproporcional por parte do segurador, comprometendo o equilíbrio contratual.<sup>179</sup>

Apesar disso, diante da diversidade de modalidades de seguros, é fundamental investigar se a genérica autorização de exclusão de cobertura afigura-se válida e eficaz na hipótese concreta, especialmente no que diz respeito aos efeitos da pandemia da Covid-19. Ou seja, para além dos requisitos de validade, atinentes à formação do negócio, deve-se atentar para a eficácia da incidência da disposição no concreto regulamento de interesses estabelecido entre as partes.

No plano da validade, há de se verificar inicialmente se, na hipótese de relação de consumo, restam atendidos os requisitos de validade previstos no CDC. Além disso, o segurador deve se desincumbir de seu dever de informação, em momento prévio à contratação, prestando informações claras, completas e precisas ao segurado em relação aos limites da cobertura e aos riscos excluídos. No plano da eficácia, há de se verificar se o grau de sinistralidade decorrente da pandemia se mostra hábil a romper o equilíbrio contratual, ou seja, a margem de segurança atuarial prevista para a garantia do risco contratado. É dizer: caso reste demonstrado que, a despeito da previsão de cláusula de exclusão da cobertura no caso de epidemia ou pandemia, a incidência da cobertura na hipótese de sinistros efetivamente verificados, em razão da pandemia do novo coronavírus, entre o grupo de segurados, não desequilibra o contrato, por estar remunerada no preço do prêmio correspondente aos cálculos atuariais que lhe serviram de base, há de incidir a cobertura, sob pena de desvirtuar a finalidade do contrato. Em uma palavra, embora a pandemia e a epidemia consistam, em tese, em fatos extraordinários, que atingiriam indistintamente a multiplicidade de contratos, e que, por isso mesmo, são objetos das cláusulas de exclusão de cobertura, *in concreto* poderão se situar na margem de risco assumida pelo segurador.

Essa análise casuística é fundamental, pois as variadas espécies de seguros se distinguem em razão da diversidade dos legítimos interesses segurados. Como consequência, cada tipo negocial sofrerá impacto diferente decorrente da pandemia da Covid-19.

Nos seguros de pessoas, por exemplo, o interesse segurado é justamente a incolumidade física do segurado, sujeitando-se, por isso mesmo, aos efeitos da crise sanitária global. Nesses negócios, a estipulação de cláusula excludente que impeça a cobertura em caso de pandemias e epidemias restringirá sensivelmente a proteção ao interesse legitimamente segurado, demandando maior cautela no exame quanto à preservação da finalidade do negócio jurídico.

Dessa forma, a análise da eficácia da causa excludente deverá levar em conta não apenas os índices de sinistralidade em abstrato, mas especificamente o número de sinistros verificados no grupo segurado, com suas características e perfis determinados. Nesse sentido, é fundamental que as cláusulas de exclusão de cobertura sejam consentâneas com o princípio da boa-fé objetiva, para assegurar, a um só tempo, a vontade declarada pelas partes e o equilíbrio econômico construído atuarialmente entre apólice e risco segurado.

## PROBLEMA PRÁTICO

No seguro de responsabilidade civil, mostra-se válida e eficaz a cláusula contratual que exclui a cobertura securitária na hipótese de acidente ocasionado por embriaguez do segurado na condução do veículo?



**Acesse o QR Code e assista à aula explicativa sobre este assunto.**

> <https://uqr.to/ntj8>

- **Vide Casoteca**

- 
- 1 Sobre o ponto, André Javier Ferreira Payar, *A escravidão entre os seguros: as seguradoras de escravos na província do Rio de Janeiro (1831-1888)*, Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012, pp. 62-63.
  - 2 Segundo o art. 666 do Código Comercial, “O contrato de seguro marítimo, pelo qual o segurador, tomando sobre si a fortuna e riscos do mar, se obriga a indenizar ao segurado da perda ou dano que possa sobrevir ao objeto do seguro, mediante um prêmio ou soma determinada, equivalente ao risco tomado, só pode provar-se por escrito, a cujo instrumento se chama apólice; contudo julga-se subsistente para obrigar reciprocamente ao segurador e ao segurado desde o momento em que as partes se convierem, assinando ambas a minuta, a qual deve conter todas as declarações, cláusulas e condições da apólice”.
  - 3 “Art. 1443. O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”.
  - 4 Em comentário ao dispositivo, asseverou Clovis Bevilacqua: “A definição legal do contrato de seguro é satisfatória. O fim desse contrato é proporcionar ao segurado indenização pelos prejuízos provenientes do sinistro sofrido. Para esse efeito associam-se segurado e segurador. O primeiro contribui com os seus prêmios, e o segundo indenizar-lhe-á os prejuízos resultantes dos riscos previstos no contrato” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, edição histórica, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1957, p. 561).
  - 5 Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*. Fonte das obrigações: contratos, vol. IV, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1993, p. 384.
  - 6 Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, cit., p. 563. Sobre a discussão doutrinária acerca do conceito unitário de seguro, cf. Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil*. cit, cit., p. 383 e ss.
  - 7 “Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados. Parágrafo

único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada”.

- 8 V., sobre o tema, Agostino Gambino, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 320 e ss., o qual passa em revista a controvérsia indicada no texto, com farta referência bibliográfica; e, ainda, Luca Buttaró, *L'interesse nell'assicurazione*, Milano: Giuffrè, 1954, *passim*.
- 9 “Art. 777. O disposto no presente Capítulo aplica-se, no que couber, aos seguros regidos por leis próprias”.
- 10 “Art. 775. Os agentes autorizados do segurador presumem-se seus representantes para todos os atos relativos aos contratos que agenciarem”.
- 11 “Art. 74. A autorização para funcionamento será concedida através de Portaria do Ministro da Indústria e do Comércio, mediante requerimento firmado pelos incorporadores, dirigido ao CNSP e apresentado por intermédio da SUSEP”.
- 12 “Destaque-se que a recente MP 905/2019 revogou a Lei 4.594/64, que regulava a profissão do corretor de seguros”.
- 13 “Art. 775. Os agentes autorizados do segurador presumem-se seus representantes para todos os atos relativos aos contratos que agenciarem”.
- 14 “Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.
- 15 “Art. 3º (...) § 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”.
- 16 “Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.
- 17 “Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.
- 18 É ver-se: “(...) Sendo evidente a existência de datas diferentes relacionadas a uma mesma proposta de seguro, a condição contratual

mais benéfica ao consumidor deve ser prestigiada. 5. A dubiedade em relação a elemento essencial ao aperfeiçoamento da contratação reclama do julgador uma interpretação favorável ao consumidor, parte presumidamente hipossuficiente da relação de consumo. 6. Ao interpretar o contrato de seguro de forma desfavorável ao consumidor, o acórdão vergastado acabou por ofender o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, revestindo-se de ilegalidade, visto que negou o direito dos herdeiros beneficiários à indenização contratualmente estabelecida” (STJ, 3ª T., REsp. 1726225, Rel. Min. Moura Ribeiro, julg. 18.9.2018, publ. DJ 24.9.2018).

- 19 “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas que gerem dúvida quanto à sua interpretação, será adotada a mais favorável ao aderente”.
- 20 “Art. 764. Salvo disposição especial, o fato de se não ter verificado o risco, em previsão do qual se faz o seguro, não exime o segurado de pagar o prêmio ”.
- 21 “Art. 1.433. Este contrato não obriga antes de reduzido a escrito, e considera-se perfeito desde que o segurador remete a apólice ao segurado, ou faz nos livros o lançamento usual de operação”.
- 22 “Art. 758. O contrato de seguro prova-se com a exibição da apólice ou do bilhete do seguro, e, na falta deles, por documento comprobatório do pagamento do respectivo prêmio”.
- 23 “Art. 759. A emissão da apólice deverá ser precedida de proposta escrita com a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco”.
- 24 “Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.
- 25 “Art. 2º. A sociedade seguradora terá o prazo de 15 (quinze) dias para manifestar-se sobre a proposta, contados a partir da data de seu recebimento, seja para seguros novos ou renovações, bem como para alterações que impliquem modificação do risco.

§ 1º. Caso o proponente do seguro seja pessoa física, a solicitação de documentos complementares, para análise e aceitação do risco ou da alteração proposta, poderá ser feita apenas uma vez, durante o prazo previsto no caput deste artigo.

§ 2º. Se o proponente for pessoa jurídica, a solicitação de documentos complementares, poderá ocorrer mais de uma vez, durante o prazo previsto no caput deste artigo, desde que a sociedade seguradora indique os fundamentos do pedido de novos elementos, para avaliação da proposta ou taxaço do risco.

§ 3º. No caso de solicitação de documentos complementares, para análise e aceitaço do risco ou da alteraço proposta, conforme disposto nos parágrafos anteriores, o prazo de 15 (quinze) dias previsto no caput deste artigo ficará suspenso, voltando a correr a partir da data em que se der a entrega da documentação.

§ 4º. Ficará a critério da sociedade seguradora a decisáo de informar ou não, por escrito, ao proponente, ao seu representante legal ou corretor de seguros, sobre a aceitaço da proposta, devendo, no entanto, obrigatoriamente, proceder à comunicaço formal, no caso de sua não aceitaço, justificando a recusa.

§ 5º. Tratando-se de contrato de seguro do ramo transportes, cuja cobertura se restrinja a uma viagem apenas, o prazo previsto no caput deste artigo será reduzido para 7 (sete) dias.

§ 6º. A ausência de manifestaço, por escrito, da sociedade seguradora, nos prazos previstos neste artigo, caracterizará a aceitaço tácita da proposta”.

26 Em relaço à motivaço, a jurisprudência já se posicionou no sentido de que não há forma específica para a veiculaço da recusa, que pode ser justificada de forma genérica e sucinta: “(...) Com relaço à justificativa a ser apresentada quando da recusa, não especifica a Circular da SUSEP n. 251/04, em seu art. 4º, § 2º, qual o seu conteúdo, não havendo parâmetros para se afirmar que a não aceitaço do seguro em referência, ‘por motivo de ordem técnica’ (fl. 50), é insuficiente como motivaço. Por conseguinte, tem-se que a Seguradora, como mencionado, recusou em tempo hábil a proposta de seguro, fundamentando a sua resposta, ainda que de forma sucinta, e devolveu, devidamente, o montante pago pelo segurado. Desse modo, infere-se que não há razão para ser compelida judicialmente a contratar, não possuindo o recorrente direito algum nesse sentido” (TJSC, 3ª C. D. Civil, Ap. 2005.014728-6, Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, julg. 8.7.2005, publ. DJ 8.7.2005). Entretanto, em precedentes mais recentes, fundamentados nos deveres decorrentes da boa-fé objetiva e da lealdade, decidiu-se que o proponente deve ter acesso às reais razões que levaram à recusa da contrataço: “Propostas de seguros



recusadas pela ré sem a devida motivação, sob alegação de ‘risco fora do plano de aceitação’. Liberdade contratual da parte que permite a recusa; todavia, o consumidor tem direito de conhecer as razões que motivaram a não aceitação de sua proposta. Aplicação do Princípio da boa-fé, norteador das relações contratuais. Possibilidade jurídica do pedido. Extinção afastada. Recurso provido” (TJSP, 32ª C. D. Priv., Ap. 00113800620108260637, Rel. Des. Francisco Occhiuto Júnior, julg. 4.4.2013, publ DJ 8.4.2013); V. tb.: TJSP, 28ª C. D. Priv., Ap. 00087720820108260161, Rel. Des. Gilson Delgado Miranda, julg. 10.9.2013, publ DJ 13.9.2013.

- 27 “Art. 761. Quando o risco for assumido em cosseguro, a apólice indicará o segurador que administrará o contrato e representará os demais, para todos os seus efeitos”.
- 28 “Art. 10. É autorizada a contratação de seguros por simples emissão de bilhete de seguro, mediante solicitação verbal do interessado.
- § 1º. O CNSP regulamentará os casos previstos neste artigo, padronizando as cláusulas e os impressos necessários.
- § 2º. Não se aplicam a tais seguros as disposições do artigo 1.433 do Código Civil”.
- 29 “Art. 785. Salvo disposição em contrário, admite-se a transferência do contrato a terceiro com a alienação ou cessão do interesse segurado. § 1º. Se o instrumento contratual é nominativo, a transferência só produz efeitos em relação ao segurador mediante aviso escrito assinado pelo cedente e pelo cessionário. § 2º. A apólice ou o bilhete à ordem só se transfere por endosso em preto, datado e assinado pelo endossante e pelo endossatário”.
- 30 “Art. 760. A apólice ou o bilhete de seguro serão nominativos, à ordem ou ao portador, e mencionarão os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e o do beneficiário”.
- 31 “Art. 760. (...) Parágrafo único. No seguro de pessoas, a apólice ou o bilhete não podem ser ao portador”.
- 32 Confira-se na doutrina: “Salvo no caso de seguro de pessoa, em que ela deve ser identificada, a apólice ou bilhete, além de nominativos, podem ser emitidos à ordem e ao portador. Serão nominativos pela indicação do segurador e do segurado e, quando estipulados em favor de terceiro, do beneficiário. Serão à ordem quando transferíveis por

endosso, mas em preto, como exige o art. 785. Quando emitidos ao portador, sua transferência se dá por mera tradição, não obstante, como ressalva José Maria Trepas Cases (*Código Civil Comentado*, coord. Álvaro Vilaça Azevedo. São Paulo, Atlas, 2003, v. VIII, p. 222), o disposto na Lei n. 8.021/90, que veda o resgate de qualquer título sem identificação do beneficiário” (Claudio Luiz Bueno de Godoy. In: Cezar Peluso, *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*, Barueri: Manole, 2013, 7. ed., p. 762).

- 33 Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2017, 21ª ed., p. 327).
- 34 “Art. 760. A apólice ou o bilhete de seguro serão nominativos, à ordem ou ao portador, e mencionarão os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e o do beneficiário. Parágrafo único. No seguro de pessoas, a apólice ou o bilhete não podem ser ao portador”.
- 35 Colhe-se da doutrina especializada: “Em sede de resseguro, devem, segurador e ressegurador, agir com a mais lúdima transparência a respeito do objeto e das circunstâncias que o cercam, facilitando o conhecimento de todos os elementos extrínsecos e intrínsecos possíveis pelo subscritor dos efeitos econômicos do risco.” (Sergio Ruy Barroso de Mello, A importância da extrema boa-fé no resseguro, in: *Resseguro Online*, vol. 44, São Paulo: Pellon & Associados, 2015, p. 4. Disponível em: <<http://www.pellon-associados.com.br/portal/index.php/pt/informativos/resseguro-online/item/2593-resseguro-online-44>>; acesso em: 24.3.2019).
- 36 Sobre o princípio da boa-fé em contratos de resseguro, anota a doutrina especializada: “é possível reportá-la, de um lado, à exigência do ressegurador de confiar na declaração do segurador, e, de outro, à administração quase total do contrato por parte do ressegurador, menos no que tange à gestão dos riscos sobre os quais se volta a atividade securitária, sempre inteiramente afeta ao segurador. Uma absoluta correção de comportamento, dadas essas e outras características, não poderia deixar de ser essencial ao desenvolvimento do fenômeno” (Paulo Luiz de Toledo Piza, *Contrato de Resseguro*, São Paulo: IBDS, 2002, p. 320). V. tb. Sergio Ruy Barroso de Mello, *A importância da extrema boa-fé no resseguro*, cit., p. 5).
- 37 Na jurisprudência do STJ: “1. A decisão da Corte estadual que entendeu pela incidência da prescrição anual, prevista no art. 206, § 1º,

II, do Código Civil, encontra-se em harmonia com a jurisprudência sedimentada neste Sodalício. O termo inicial do prazo prescricional anual decorrente de contrato de seguro ocorre a partir da data em que o segurado tem conhecimento inequívoco do sinistro (Súmula 278/STJ), ficando suspenso entre eventual comunicação do sinistro à seguradora e a data da ciência do segurado da recusa do pagamento da indenização” (STJ, 4ª T., AgI no AREsp. 1370618, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 20.8.2019). V. tb. STJ, 3ª T., AgInt no AREsp 212984, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 9.8.2016, publ. DJ 16.8.2016.

- 38 “O termo inicial da prescrição da pretensão do beneficiário do seguro é o momento em que a seguradora é comunicada do evento e se recusa a indenizar. Isso porque, quando os danos no imóvel são de natureza sucessiva e gradual, sua progressão dá margem a inúmeros sinistros sujeitos à cobertura securitária, renovando seguidamente a pretensão do beneficiário e, por conseguinte, o marco inicial do prazo prescricional” (STJ, 3ª T., AgI no AREsp. 1172799, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 8.4.2019).
- 39 Nos termos da Súmula 278 do STJ: “O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral”.
- 40 Súmula 229 do STJ: “O pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão”.
- 41 Na mesma direção, cfr. Humberto Theodoro Júnior: “(...) não seria possível cogitar de prescrição sem que o segurado tivesse adquirido a pretensão contra o segurador, ou seja, antes que o direito a indenização se tornasse exigível e, por conseguinte, antes que tal direito pudesse ser violado pelo inadimplemento. Para que essa evolução conceitual se impusesse foi preciso levar em conta, primeiro, o novo conceito legal de prescrição, atrelado à ideia de extinção não da ação, mas da pretensão (art. 189 do CC/2002), e, depois, o novo critério do termo inicial do prazo da prescrição da ação do segurado, fixado em função não mais do fato autorizador da ação, mas do fato gerador da pretensão (art. 206, § 1.º, II, b, do CC/2002). (...) Nem todos os tribunais se aperceberam da grande mudança de substância sofrida pelo instituto da prescrição, com o advento do Código Civil de 2002. Por isso, a lei da inércia fez com que alguns acórdãos continuassem a se fundar na Súmula 229 do STJ, mesmo na vigência do Código atual, para contar o prazo de prescrição da ação do segurado contra o

segurador a partir da ciência do sinistro. Com isso, insistiram em atribuir à comunicação respectiva apenas a força de suspender dito prazo “até que o segurado tenha ciência da decisão” (Contrato de seguro. Ação do segurado contra o segurador. Prescrição. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 924, outubro, 2012, pp. 79-107).

- 42 Algumas decisões do STJ acolhem este entendimento: “O termo inicial da prescrição da pretensão do beneficiário do seguro é o momento em que a seguradora é comunicada do evento e se recusa a indenizar. Isso porque, quando os danos no imóvel são de natureza sucessiva e gradual, sua progressão dá margem a inúmeros sinistros sujeitos à cobertura securitária, renovando seguidamente a pretensão do beneficiário e, por conseguinte, o marco inicial do prazo prescricional” (STJ, 3ª T., AgI no AREsp. 1172799, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 8.4.2019).
- 43 “Art. 206. Prescreve: (...) § 3º Em três anos: (...) IX – a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório”.
- 44 “Art. 20. Sem prejuízo do disposto em leis especiais, são obrigatórios os seguros de: a) danos pessoais a passageiros de aeronaves comerciais; b) responsabilidade civil do proprietário de aeronaves e do transportador aéreo; c) responsabilidade civil do construtor de imóveis em zonas urbanas por danos a pessoas ou coisas; d) bens dados em garantia de empréstimos ou financiamentos de instituições financeiras públicas; e) garantia do cumprimento das obrigações do incorporador e construtor de imóveis; f) garantia do pagamento a cargo de mutuário da construção civil, inclusive obrigação imobiliária; g) edifícios divididos em unidades autônomas; h) incêndio e transporte de bens pertencentes a pessoas jurídicas, situados no País ou nêle transportados; j) crédito à exportação, quando julgado conveniente pelo CNSP, ouvido o Conselho Nacional do Comércio Exterior (CONCEX); l) danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres e por embarcações, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não; m) responsabilidade civil dos transportadores terrestres, marítimos, fluviais e lacustres, por danos à carga transportada”.
- 45 “Art. 788. Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado”.
- 46 Nesse sentido, decidiu o STJ: “(...) Contrato de financiamento imobiliário. Morte do mutuário. Herdeiros que buscam a quitação do

financiamento e o recebimento da indenização securitária. Seguro habitacional. Prazo prescrição aplicável. Art. 205 do CC/02. (...) O propósito recursal é definir se está prescrita a ação imposta pelos recorrentes que, na condição de herdeiros dos mutuários já falecidos, pretendem o recebimento de indenização referente a seguro habitacional, bem como a quitação do financiamento realizado. 4. Tendo em vista que os recorrentes, herdeiros do mutuário falecido, não podem ser considerados como segurados, inviável mostra-se a aplicação da prescrição anual prevista no art. 206, § 1º, II, do CC/02. 5. Ainda que sejam considerados beneficiários, inviável mostra-se, também, a aplicação do art. 206, § 3º, IX do CC/02, pois o seguro habitacional não pode ser considerado seguro de responsabilidade civil. 6. Sob essa ótica, aplica-se o prazo prescricional decenal previsto no art. 205 do CC/02. (...)” (STJ, REsp. 1.694.257, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 28.8.2018; grifou-se). V. tb. “2. Prazo prescricional para exercício da pretensão deduzida em face da seguradora por pessoa designada como beneficiária do seguro de vida (terceiro beneficiário), a qual não se confunde com a figura do segurado. Lapso vintenário (artigo 177 do Código Civil de 1916) ou decenal (artigo 205 do Código Civil de 2002), não se enquadrando na hipótese do artigo 206, § 1º, inciso II, do mesmo *Codex* (prescrição anual para cobrança de segurado contra segurador). Inaplicabilidade, outrossim, do prazo trienal previsto para o exercício da pretensão do beneficiário contra o segurador em caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório (artigo 206, § 3º, inciso IX, do Código Civil). Precedentes” (STJ, 4ª T., AgRg no AREsp. 545.318, Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 20.11.2014, publ. DJ 26.11.2014).

- 47 Luigi Balestra, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, cit., p. 88. Nas palavras de J. M. Carvalho Santos: “Atualmente, reveste-se o seguro de uma importância política e social tão decisiva que, em muitas de suas modalidades, tornou-se até obrigatório, em algumas legislações, como os seguros contra acidentes dos empregados, notadamente de empresas industriais” (*Código Civil Interpretado*, vol. XIX, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, 8ª ed., p. 204).
- 48 Giuseppina Capaldo, *Contratto aleatorio e alea*, Milano: Giuffrè, 2004, p. 250.
- 49 A favor da aleatoriedade do contrato de seguro, cf., na doutrina brasileira, J. M. Carvalho Santos, *Código Civil Interpretado*, vol. XIX, cit., p. 205; Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, 26. ed., p. 506; Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*.

*Direito das obrigações. 2ª Parte*, vol. V, São Paulo: Saraiva, 2007, 35. ed., p. 339; Silvio Rodrigues, *Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, vol. III, São Paulo: Saraiva, 30ª. ed., p. 332. No mesmo sentido, situa-se a jurisprudência predominante: STJ, 3ª T., AgRg no REsp 1081740, Rel. Min. Massami Uyeda, julg. 23.11.2010, publ. DJ 7.12.2010; TJRJ, 3ª CC., Ap. 0011774-70.2006.8.19.0209, Rel. Des. Adolpho Correa Mello Junior, julg. 2.10.2009, publ. DJ. 6.3.2009; TJSP, 34ª. C. D. Priv., Ap. 10033029420178260302, Rel. Des. Gomes Varjão, julg. 29.11.2018, publ. DJ 29.11.2018; TJSP, 32ª C. D. Priv., Ap. 11255213620178260100, Rel. Des. Kioitsi Chicuta, julg. 8.10.2018, publ. DJ 8.10.2018.

- 50 “O contracto de seguro é synallagmatico, por criar obrigações recíprocas e aleatório, porque o lucro ou perda para uma das partes depende do risco, que é um acontecimento incerto ou, como no seguro de vida, de data incerta. Por isso mesmo, exige que os riscos sejam futuros e incertos e que sejam previstos, como objeto, que são, do contracto” (João Luiz Alves, *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia. Editores-Livreiros, 1926, p. 1024).
- 51 Luca Buttarò, *L’interesse nell’assicurazione*, cit., p. 455.
- 52 Rosario Nicolò, *Alea*. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano: Giuffrè, 1858, pp. 1030-1031.
- 53 Nesse sentido: “No seguro, a prestação da garantia, sob pena de inadimplemento absoluto, e a de prêmio são necessariamente certas. Não se contrapõe o prêmio à indenização ou capital que porventura venha a ser devido em caso de sinistro. Ele deve ser contraposto à efetiva garantia, com lastro e determinação de atribuição patrimonial, de um interesse exposto a risco tecnicamente calculado e cuja variação, para além do “campo da álea normal”, autoriza a resolução do contrato ou a exigência de uma sobreprestação por parte do segurado” (Ernesto Tzirulnik, *Seguros de Riscos de Engenharia*: instrumento do desenvolvimento, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014, p. 39).
- 54 Giuseppe Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1962, p. 720. V. tb., a favor da comutatividade do seguro, Giuseppina Capaldo, *Contratto aleatorio e alea*, cit., p. 260.

- 55 Destaque-se a presença desse entendimento na doutrina especializada: “Analisando a operação de seguro como um todo, importante lembrar que em virtude da técnica securitária baseada na mutualidade, estatísticas e cálculos atuariais, a álea deixa de existir para as companhias seguradoras, o que reforça o caráter comutativo do contrato de seguro” (Rodrigo Ferreira Zidan, Aviso de sinistro: aspectos do descumprimento da obrigação de pronto aviso. In: Walter Polido (coord.), *Em Debate*, vol. 8, Rio de Janeiro: Funenseg, 2014, p. 206).
- 56 Sobre o ponto: “A seguradora, fundando-se nos princípios da mutualidade e da estatística atuarial, estipula prêmios que formam um capital capaz de cobrir os danos previsíveis e proporcionar-lhe um lucro para remunerar os serviços de gestão do fundo comum” (José Luiz de Queiroz, *Comutatividade no Contrato de Seguro*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 164).
- 57 Sobre o ponto, ver, por todos, Ernesto Tzirulnik, que já defendia a tese antes mesmo da edição do Código de 2002: Apontamentos sobre a operação de seguros, *Revista Brasileira de Direito de Seguros*, setembro, São Paulo: IBDS, 1997, pp. 13-35.
- 58 Aldo Boselli, *Alea*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. I, Torino: Unione Tipografica, p. 473. V., na mesma direção, Luca Buttaro, *L'interesse nell'assicurazione*, cit., p. 456. E, ainda, Francesco Messineo, *Contratto*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milano: Giuffrè, 1958, p. 924.
- 59 Agostino Gambino, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., pp. 365-366.
- 60 Agostino Gambino, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 408.
- 61 Agostino Gambino, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 409.
- 62 Na jurisprudência: “(...) A despeito da ilicitude no cancelamento, o contrato entre as partes é aleatório e sob condição suspensiva, não podendo haver o deferimento da indenização sem a ocorrência do evento danoso previsto (morte do associado), mormente por mera expectativa de direito dos beneficiários do associado. Tampouco há falar em restituição das contribuições, exatamente porque o contrato é aleatório, de maneira que a entidade previdenciária assumira o risco

durante todo esse tempo, ao passo que o associado esteve protegido. Precedentes do STJ e TJDFT. (...) Apelação parcialmente conhecida e provida em parte” (TJDFT, 7.ª. TC., Ap. 20160610125627, Rel. Des. Fábio Eduardo Marques, julg. 2.5.2018, publ. DJ 18.5.2018).

- 63 Sobre os contratos aleatórios, v. Paula Greco Bandeira, *Os Contratos Aleatórios no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, *passim*.
- 64 Agostino Gambino, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 320.
- 65 Cesare Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, vol. IV, Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1929, 5. ed., pp. 357-358.
- 66 Esse entendimento também se faz presente na doutrina securitária especializada: “Assim, apesar da prudência das seguradoras, não deixa o contrato de seguro de ser aleatório, pois não sabem as seguradoras em qual dos contratos celebrados verificar-se-á o evento futuro e incerto, cujos riscos terão assumido” (Deisy Ellen Schwanz, *Noções Sobre o Risco e sua Agravação*. In: Antonio Carlos Teixeira (coord.), *Em Debate: Contrato de Seguro, Danos, Risco e Meio Ambiente*, vol. 5, Rio de Janeiro: FUNENSEG, 2004, pp. 175-176). V. tb. Ricardo Bechara Santos, *O Contrato de Seguro e as Condenações Além do Risco Assumido: áleas do Genial ‘Homo Sapiens’*. In: *Cadernos de Seguro: Coletânea*, 1981-2001, vol. 2, Rio de Janeiro: Funseng, 2001, pp. 24-25).
- 67 Sobre o princípio do mutualismo, v. Walter A. Polido, *Contrato de Seguro: novos paradigmas*, São Paulo: Editora Roncarati, 2010, pp. 92-95.
- 68 Destaque-se na doutrina especializada: “Conforme a doutrina norte-americana, todo contrato aloca riscos, de maneira expressa ou implícita. Entretanto, o contrato de seguro é diferente de qualquer outro contrato, já que não apenas transfere riscos, mas também os distribui. É por essa característica especial da distribuição de riscos que o contrato de seguros se torna tão especial, por ser capaz de distribuir um risco específico para um grande número de pessoas sujeitas aos riscos da mesma natureza. (...) o caráter mutual do seguro é uma decorrência da sua natureza comunitária, decorrente do princípio atuarial do mutualismo. O seguro exige um volume substancial de riscos homogêneos, cujos prêmios realmente sejam equivalentes aos custos reais dos riscos assumidos pelo segurador, porque são estas contribuições menores (prêmios) de muitos participantes que pagam as



indenizações maiores dos poucos segurados que sofrem os sinistros. É o mutualismo que pulveriza o risco, permitindo que um grupo de pessoas financie as despesas geradas pelos eventos danosos sofridos por alguns participantes do fundo mutual. Para tal operação ser viável, é importante a homogeneidade dos riscos para que as estatísticas sejam exatas, bem como para que sejam fixadas tarifas corretas e justas para cada membro do grupo, que contribuirá conforme a proporção dos riscos que este mesmo membro deposita na massa comum. Ou seja, o mutualismo, além de viabilizar e configurar o contrato de seguro, simboliza o mais pleno símbolo da equidade e da justiça, dentro dos sistemas de repartição dos ganhos e custos realizados pela técnica securitária” (Thyago Lacerda Didini, *A Teoria do Risco Putativo no Contrato de Seguro*, Rio de Janeiro: Escola Nacional de Seguros – Centro de Pesquisa e Economia do Seguro, 2015, pp. 7-9).

- 69 Francesco Camilletti associa o equilíbrio contratual à finalidade almejada pelos contratantes ou ao interesse que pretendem realizar com o sinalagma ou a correspectividade entre as prestações. Em suas palavras: “(...) o legislador, portanto, se absteve de considerar a validade do contrato com base em valorações quantitativas do sinalagma, tendo, ao revés, deslocado a própria valoração sobre a função teleológica da correspectividade, que é aquela destinada a satisfazer os interesses de ambas as partes, às quais apenas compete estabelecer quais valores econômicos atribuir às prestações que satisfazem aos seus interesses” (Profili del problema dell’equilibrio contrattuale. In: *Collana diritto privato*. Università Degli Studi di Milano. Dipartimento Giuridico-Politico: sezione di diritto privato, Milano: Giuffrè, 2004, v. 1, p. 44; tradução livre). No original: “(...) *il legislatore si è quindi astenuto dal considerare la validità del contratto sulla base di valutazioni quantitative del sinallagma, avendo invece spostato la propria valutazione sulla funzione teleologica della corrispettività, che è quella di soddisfare gli interessi di entrambe le parti, alle quali sole spetta di stabilire quale valore economico attribuire alle prestazioni che quegli interessi soddisfano*”.
- 70 Sobre a matéria, Anderson Schreiber adverte quanto à ampla incidência do princípio do equilíbrio contratual em *Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar*, São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 53.
- 71 Sobre o ponto, v. Paula Greco Bandeira, *Contratos aleatórios no direito brasileiro*, cit., p. 190 e ss.

- 72 Sobre o equilíbrio contratual nos contratos de seguro, elucida a doutrina especializada: “O equilíbrio desses contratos é baseado nos cálculos atuariais e previsões técnicas realizadas pelas seguradoras que darão a dimensão das contribuições aportadas pelos segurados objetivando o pagamento das indenizações a cargo da respectiva seguradora. (...)” (Voltaire Giavarina Marensi, A reciprocidade e cooperação nos contratos de seguro, in: *Revista dos Tribunais Sul*, vol. 8, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 71 – 86).
- 73 Na jurisprudência do Eg. 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 mutualidade contratual (base econômica do seguro)” (STJ, 3ª T., REsp 1340100/GO, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 21.8.2014, publ. DJ 8.9.2014).
- 74 Como sublinha a doutrina: “O que se deve ter em mente é que, quando se afirma que os contratos aleatórios não reservam lugar à cláusula *rebus sic stantibus*, o que se quer dizer é que não se pode reconhecer direito àquele que assumiu certo risco de, exatamente com base nesse risco assumido, invocar as benesses da revisão do contrato. É como se o segurador se negasse a pagar a indenização, alegando que o acidente em que se envolveu o automóvel segurado foi fato imprevisto. Mesmo assim, dependendo das circunstâncias, será possível, por princípio de equidade, a aplicação da norma contida na cláusula revisionista, se as consequências do risco assumido ultrapassarem os lindes do razoavelmente aceitável, conduzindo a relação contratual a desequilíbrio insensato e injusto” (César Fiuza, Aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos aleatórios. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol. 36, n. 144, 1999, pp. 5-10).
- 75 Tal entendimento já estava assentado no Enunciado 440 da V Jornada de Direito Civil: “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”.

- 76 Sobre o ponto, cfr. Paula Greco Bandeira, *Os contratos aleatórios no direito brasileiro*, cit., p. 190 e ss. Na mesma esteira, Thiago Villela Junqueira, *Os contratos aleatórios e os mecanismos de equilíbrio contratual*. In: César Augusto de Castro Fiuza; Rafael Peteffi da Silva; Otávio Rodrigues Júnior. (Org.). *(Re)Pensando o Direito: Desafios para a Construção de novos Paradigmas*, Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 246-273).
- 77 Confira-se: “Civil e Processual Civil. Seguro saúde anterior à lei 9.656/98. Submissão do segurado à cirurgia que se desdobrou em eventos alegadamente não cobertos pela apólice. Necessidade de adaptação à nova cobertura, com valores maiores. Segurado e familiares que são levados a assinar aditivo contratual durante o ato cirúrgico. Estado de perigo. Configuração. É excessivamente oneroso o negócio que exige do aderente maior valor por aquilo que já lhe é devido de direito. Dano moral configurado (...). Deve-se aceitar a aplicação do estado de perigo para contratos aleatórios, como o seguro, e até mesmo para negócios jurídicos unilaterais. – O segurado e seus familiares que são levados a assinar aditivo contratual durante procedimento cirúrgico para que possam gozar de cobertura securitária ampliada precisam demonstrar a ocorrência de onerosidade excessiva para que possam anular o negócio jurídico. – A onerosidade configura-se se o segurado foi levado a pagar valor excessivamente superior ao preço de mercado para apólice equivalente, se o prêmio é demasiado face às suas possibilidades econômicas, ou se sua apólice anterior já o assegurava contra o risco e a assinatura de novo contrato era desnecessária. (...) Impõe-se condições negociais excessivamente onerosas quando o aderente é levado a pagar maior valor por cobertura securitária da qual já gozava, revelando-se desnecessária a assinatura de aditivo contratual” (STJ, 3ª T., REsp. 918392, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 11.3.2008, publ. DJ 1.4.2008). O mesmo raciocínio deve ser aplicado à possibilidade evicção e aos vícios redibitórios: Paula Greco Bandeira, *Contratos aleatórios no Direito brasileiro*, cit., pp. 191-195).
- 78 “Art. 765. 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”.
- 79 A respeito da boa-fé pré-contratual no contrato de seguros, destaque-se a doutrina especializada de Ilan Goldberg: “Anteriormente à celebração

de qualquer contrato dessa natureza, o proponente presta informações referentes ao seu perfil ou à sua atividade profissional ao segurador, a fim de que este possa analisar o risco que subscreverá caso se interesse pelo negócio em exame. Essas informações constituem o único alicerce sobre o qual o segurador realizará a sua análise, favoravelmente ou não à celebração do contrato. Por isso, não importando o ramo do seguro que se esteja analisando (vida, saúde, automóvel, residencial, acidentes pessoais ou responsabilidade civil), as informações prestadas pelo segurado ganham grande relevância já que é justamente com base nestas que será cotado o risco e calculado o prêmio a ser pago ou, ainda, será recusada a proposta” (*Direito de Seguro e Resseguro*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 99-101).

- 80 Sobre a omissão ou inexatidão de informações: “O artigo 766 menciona que o segurado, além de não ter permissão de fazer declarações inexatas, não deve omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta. Circunstância, no sentido jurídico, tem a ideia de que seja aspecto que acompanha determinado fato ou direito, embora não represente certa peculiaridade, porém, elemento central de sua composição. O segurado há, na proposta, de defini-lo com clareza, especificando o seu estado, o local onde se encontra, a função exercida, o grau de exposição ao risco e qualquer outra situação que possa influir no preço do prêmio e no valor do capital”. (José Augusto Delgado, *Comentários ao Novo Código Civil: das várias espécies de contrato de seguro: arts. 757 a 802*, vol. XI, tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 204-209).
- 81 “Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido. Parágrafo único. Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio”.
- 82 Confira-se os precedentes: “Nos termos jurisprudência dominante do STJ, a seguradora não pode se eximir do dever de indenizar, alegando omissão de informações por parte do segurado, se dele não exigiu exames clínicos, ou não houve prova de má fé” (STJ, 4ª T., AgRg no AREsp. 104987, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 7.3.2013, publ. DJ 18.3.2013); “É indevida a negativa de cobertura do seguro de vida por doença preexistente sem a realização de exames prévios e

comprovação da má-fé da parte contratante” (STJ, 3ª T., AgRg no AREsp. 330295, 3ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. 10.2.2015, publ. DJ 13.2.2015).

- 83 Na jurisprudência do STJ: “É lícita a recusa de cobertura securitária, por motivo de doença preexistente à celebração do contrato, se comprovada a má-fé do segurado, hipótese que não depende da exigência pela seguradora de exames prévios à contratação” (STJ, 4ª T., Agl no AREsp. 637787, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julg. 24.10.2017, publ. DJ 31.10.2017); STJ, 4ª T., AgRg no AREsp. 704606, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julg. 18.6.2015, publ. DJ 26.6.2015; STJ, 4ª T., AgRg no REsp. 1357593, Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 20.4.2017, publ. DJ 2.5.2017; STJ, 4ª T., Agl no REsp. 1296733, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 21.9.2017, publ. DJ 20.10.2017.
- 84 “(...) 3. A má-fé do segurado somente implicará isenção de cobertura caso tenha tido o condão de ocultar ou dissimular o próprio risco segurado, isto é, a omissão do segurado deve ter sido causa determinante para a seguradora assumir o risco da cobertura que se pretende afastar. 4. Somente se pode falar em vício da livre manifestação de vontade caso o comportamento do segurado tenha efetivamente influenciado a análise do risco, afetando de forma decisiva o desígnio da seguradora. 5. O princípio da boa-fé contratual, contido nos arts. 422 do CC/02 e 4º, III, do CDC, inclui o dever de não se beneficiar da má-fé da parte contrária. Ter-se-á caracterizada, nessa situação, o dolo recíproco ou bilateral, previsto no art. 150 do CC/02, consistente em tirar proveito da leviandade da outra parte para obter vantagem indevida no negócio. 6. Recurso especial provido” (STJ, 3ª T., REsp 1230233/MG, Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. 03.05.2011, publ. DJ 11.5.2011, grifou-se, grifou-se).
- 85 “Art. 762. Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro”.
- 86 A respeito do dever de informação do segurador: “(...) igual comando obrigacional determina ao segurador informar ao proponente do seguro sobre todas as características do produto ofertado: sua abrangência (riscos cobertos e riscos excluídos); custos envolvidos; limites de importâncias seguradas; prazos de coberturas; formas de pagamento do prêmio; bens não garantidos pelo seguro; condições prévias de aceitação (inspeções técnicas nos locais que serão compreendidos pelo contrato de seguro; execução de melhorias nos riscos; outras). É

inescusável qualquer omissão do dever-anexo de informar” (Walter A. Polido, *Contrato de Seguro: novos paradigmas*, cit., pp. 99-100).

- 87 “Art. 773. O segurador que, ao tempo do contrato, sabe estar passado o risco de que o segurado se pretende cobrir, e, não obstante, expede a apólice, pagará em dobro o prêmio estipulado”.
- 88 “Art. 768. O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”.
- 89 “(...) 2. No seguro de vida, ao contrário do que ocorre no seguro de automóvel, é vedada a exclusão de cobertura na hipótese de sinistros ou acidentes decorrentes de atos praticados pelo segurado em estado de insanidade mental, de alcoolismo ou sob efeito de substâncias tóxicas (Carta Circular SUSEP/DETEC/GAB nº 8/2007). Precedentes. 3. As cláusulas restritivas do dever de indenizar no contrato de seguro de vida são mais raras, visto que não podem esvaziar a finalidade do contrato, sendo da essência do seguro de vida um permanente e contínuo agravamento do risco segurado. 4. Agravo interno não provido” (STJ, 3ª T., AgI no REsp. 1728428, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 25.2.2019, publ. DJ 1.3.2019). V. tb. STJ, 2ª Seção, EREsp 973725/SP, Rel. Min. Lázaro Guimarães, julg. 25.4.2018, publ. DJ 2.5.2018.
- 90 “1) Nos Seguros de Pessoas e Seguros de Danos, é VEDADA A EXCLUSÃO DE COBERTURA na hipótese de “*sinistros ou acidentes decorrentes de atos praticados pelo segurado em estado de insanidade mental, de alcoolismo ou sob efeito de substâncias tóxicas*”. 2) Excepcionalmente, nos Seguros de Danos cujo bem segurado seja um VEÍCULO, é ADMITIDA A EXCLUSÃO DE COBERTURA para “*danos ocorridos quando verificado que o VEÍCULO SEGURADO foi conduzido por pessoa embriagada ou drogada, desde que a seguradora comprove que o sinistro ocorreu devido ao estado de embriaguez do condutor*”.
- 91 “Art. 769. O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé. § 1º O segurador, desde que o faça nos quinze dias seguintes ao recebimento do aviso da agravação do risco sem culpa do segurado, poderá dar-lhe ciência, por escrito, de sua decisão de resolver o contrato. § 2º A resolução só será eficaz trinta dias após a notificação, devendo ser restituída pelo segurador a diferença do prêmio”.

- 92 Gustavo Tepedino, *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, cit., p. 581: “Muito embora o dispositivo não preveja a possibilidade de o segurador promover o aumento do valor do prêmio como alternativa à resolução do contrato, esta é a interpretação que melhor se coaduna com o princípio da conservação dos negócios”.
- 93 “Art. 770. Salvo disposição em contrário, a diminuição do risco no curso do contrato não acarreta a redução do prêmio estipulado; mas, se a redução do risco for considerável, o segurado poderá exigir a revisão do prêmio, ou a resolução do contrato”.
- 94 “Art. 771. Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências. Parágrafo único. Correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento consequente ao sinistro”.
- 95 No Código Civil de 1916, dispunha o art. 1.457: “Verificando o sinistro, o segurado, logo que saiba, comunicá-lo-á ao segurador. Parágrafo único. A omissão injustificada exonera o segurador, se este provar que, oportunamente avisado, lhe teria sido possível evitar, ou atenuar, as consequências do sinistro”.
- 96 “Art. 763. Não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação”.
- 97 “Súmula 616. A indenização securitária é devida quando ausente a comunicação prévia do segurado acerca do atraso no pagamento do prêmio, por constituir requisito essencial para a suspensão ou resolução do contrato de seguro”.
- 98 “Art. 772. A mora do segurador em pagar o sinistro obriga à atualização monetária da indenização devida segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, sem prejuízo dos juros moratórios”.
- 99 STJ, REsp. 76362, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 11.12.1995. Em decisão mais recente: “1. O contrato de previdência privada com plano de pecúlio por morte se assemelha ao seguro de vida, podendo também as normas aplicáveis às sociedades seguradoras estender-se, no que couber, às entidades abertas de previdência privada (art. 73, LC n. 109/2001). 2. Portanto, à pretensão de recebimento de pecúlio devido por morte, aplica-se a jurisprudência da Segunda Seção relativa a contratos de seguro, segundo a qual “o mero atraso no pagamento de prestação do prêmio do seguro não

importa em desfazimento automático do contrato, para o que se exige, ao menos, a prévia constituição em mora do contratante pela seguradora, mediante interpelação” (REsp 316.552/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, julgado em 9/10/2002, DJ 12/4/2004, p. 184). 3. Ademais, incide a teoria do adimplemento substancial, que visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato” (STJ, 4ª T., REsp 877965, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 22.11.2011, publ. DJ 1.2.2012).

- 100 “Agravos regimental no agravo de instrumento. Contrato de seguro. Cancelamento unilateral. Abusividade. Incidência da súmula 83/STJ. Agravo regimental desprovido. 1. É entendimento pacificado pela jurisprudência da Segunda Seção que o simples atraso da prestação mensal ou o seu não pagamento, sem a prévia notificação do segurado, não enseja suspensão ou cancelamento automático do contrato de seguro” (STJ, 3ª T., AgRg no AgRg no Ag 1125074, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 28.9.2010, publ. DJ 6.10.2010).
- 101 Sobre o princípio da função social, v., em perspectiva crítica, Gustavo Tepedino, Notas sobre a função social dos contratos. In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (Coord.), *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 396-397.
- 102 *Perfis de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 3ª. ed., pp. 226-279.
- 103 “(...) 3. A interpretação do contrato de seguro dentro de uma perspectiva social autoriza e recomenda que a indenização prevista para reparar os danos causados pelo segurado a terceiro seja por este diretamente reclamada da seguradora. 4. Não obstante o contrato de seguro ter sido celebrado apenas entre o segurado e a seguradora, dele não fazendo parte o recorrido, ele contém uma estipulação em favor de terceiro. E é em favor desse terceiro – na hipótese, o recorrido – que a importância segurada será paga. Daí a possibilidade de ele requerer diretamente da seguradora o referido pagamento. 5. O fato de o segurado não integrar o polo passivo da ação não retira da seguradora a possibilidade de demonstrar a inexistência do dever de indenizar. 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido” (STJ, 3ª T., REsp. 1245618, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 22.11.2011, publ. DJ 30.11.2011). Destaque-se, entretanto, decisões



que apenas permitiam o ajuizamento de ação diretamente contra a seguradora nos casos em que também constasse no polo passivo o segurado: STJ, 4ª T., REsp 256.424, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julg. 29.11.2005, publ. DJ 7.8.2006. Em 2015, a Corte sumulou este posicionamento por meio do enunciado 529: “no seguro de responsabilidade civil facultativo, não cabe o ajuizamento de ação pelo terceiro prejudicado direta e exclusivamente em face da seguradora do apontado causador do dano”.

- 104 “O seguro obrigatório foi objeto da MP 904/2019, que extinguiu o DPVAT e o DPEM (Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Embarcações ou por suas Cargas). A eficácia da MP, porém, está suspensa em razão de decisão liminar proferida pelo STF no âmbito da ADin 6262, proposta pelo partido Rede. A Ação Direta e Inconstitucionalidade é de relatoria do Ministro Edson Fachin e o seu julgamento de mérito ainda está pendente”
- 105 “Art. 1º. O prêmio do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres – DPVAT será arrecadado pela rede bancária e repassado diretamente e sem qualquer retenção, do seguinte modo: I – quarenta e cinco por cento do valor bruto recolhido do segurado a crédito direto do Fundo Nacional de Saúde, para custeio da assistência médico-hospitalar dos segurados vitimados em acidentes de trânsito, nos termos do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991; II – cinco por cento do valor bruto recolhido do segurado ao Departamento Nacional de Trânsito, por meio de crédito direto à conta única do Tesouro Nacional, para aplicação exclusiva em programas destinados à prevenção de acidentes de trânsito, nos termos do parágrafo único do art. 78 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997; III – cinquenta por cento do valor bruto recolhido do segurado à companhia seguradora, na forma da regulamentação vigente”.
- 106 “Art. 27. (...) Parágrafo único. As companhias seguradoras que mantêm o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres, de que trata a Lei nº 6.194, de dezembro de 1974, deverão repassar à Seguridade Social 50% (cinquenta por cento) do valor total do prêmio recolhido e destinado ao Sistema Único de Saúde-SUS, para custeio da assistência médico-hospitalar dos segurados vitimados em acidentes de trânsito”.
- 107 “Art. 78. Os Ministérios da Saúde, da Educação e do Desporto, do Trabalho, dos Transportes e da Justiça, por intermédio do CONTRAN,

desenvolverão e implementarão programas destinados à prevenção de acidentes.

Parágrafo único. O percentual de dez por cento do total dos valores arrecadados destinados à Previdência Social, do Prêmio do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Via Terrestre – DPVAT, de que trata a Lei nº 6.194, de 19 de dezembro de 1974, serão repassados mensalmente ao Coordenador do Sistema Nacional de Trânsito para aplicação exclusiva em programas de que trata este artigo”.

- 108 Sobre a finalidade social do DPVAT, cfr. a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “O seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não, é seguro com finalidade social, pois transfere para o segurador os efeitos econômicos do risco da responsabilidade civil do proprietário de veículo automotor terrestre, independentemente da apuração de culpa” (STJ, 4ª T., REsp. 1325874/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 28.11.2014, publ. DJ 25.11.2014). No mesmo sentido, v. STJ, 2ª S., REsp. 1357813, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 11.9.2013, publ. DJ 24.9.2013; STJ, 4ª T., REsp. 876102/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 22.11.2011, publ. DJ 1.2. 2012. Também na doutrina Rafael Tárrega Martins, *Seguro DPVAT: seguro obrigatório de veículos automotores de vias terrestres*, Campinas: LZN Editora, 2007, 2. ed., p. 15.
- 109 “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.
- 110 “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana;”.
- 111 Na doutrina especializada, “(...) Na medida em que o impacto social do Seguro DPVAT tornou-se relevante como consequência do constante aumento do número de mortos e inválidos por acidentes de trânsito, cresceu, por outro lado, a percepção do legislador e da jurisprudência de que o Seguro DPVAT é um seguro privado e, como tal, deve ser entendido e aplicado. (...) Por sua vez, a jurisprudência começa a fixar o conceito de que o Seguro DPVAT, apesar da reconhecida função social, não se confunde com programas públicos a fundo perdido. As regras do

seguro privado indicam, dentre outros aspectos, que ‘qualquer risco segurável precisa ser necessariamente mensurável’. Por isso, essenciais os verbetes 405, 426 e 474 da Súmula do STJ, que, respectivamente, trataram do prazo prescricional, do termo inicial de juros e da aplicação do princípio da correspondência aos casos de invalidez” (André Faoro e José Inácio Fucci, *As coberturas do Seguro DPVAT*, in: DPVAT: um seguro em evolução. O seguro DPVAT visto por seus administradores e pelos juristas, Rio de Janeiro: Renovar, pp. 134-164).

- 112 “Art. 778. Nos seguros de dano, a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato, sob pena do disposto no art. 766, e sem prejuízo da ação penal que no caso couber”.
- 113 Nesse sentido, destaca Pedro Alvim, em obra especializada: “O seguro não constitui fonte de renda, mas apenas garantia e segurança. Não é uma operação de jogo ou aposta, mas de previdência. A especulação é contrária à sua natureza. O risco é algo indesejável nos seguros de dano. Não deve ser querido pelo segurado. Ora, se a operação der margem a que possa tirar algum proveito da ocorrência, poderá haver mudança no seu comportamento. A instituição do seguro estará, então, comprometida, pois o risco deixará de ser uma eventualidade temida para tornar-se um estímulo ao enriquecimento do segurado” (*O contrato de seguro*, cit., p. 313).
- 114 “Art. 782. O segurado que, na vigência do contrato, pretender obter novo seguro sobre o mesmo interesse, e contra o mesmo risco junto a outro segurador, deve previamente comunicar sua intenção por escrito ao primeiro, indicando a soma por que pretende segurar-se, a fim de se comprovar a obediência ao disposto no art. 778”.
- 115 “Art. 781. A indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador”.
- 116 “(...) Impõe a lei que o pagamento se faça pelo valor da coisa ao tempo do sinistro, e sempre limitado ao importe máximo da garantia, o que significa patentear que o seguro de dano tem dois importes: o da apólice, que representa o limite máximo da indenização que poderá ser paga, em caso de sinistro, e o da cobertura pelo sinistro havido, correspondente, observado aquele teto máximo, ao exato importe do

prejuízo experimentado, no momento em que ocorrido” (Claudio Luiz Bueno de Godoy. In: Cezar Peluso (coord.), *Código Civil Comentado*, Barueri: Manole, 2013, 7. ed., p. 784).

- 117 “Art. 783. Salvo disposição em contrário, o seguro de um interesse por menos do que valha acarreta a redução proporcional da indenização, no caso de sinistro parcial”.
- 118 “Art. 780. A vigência da garantia, no seguro de coisas transportadas, começa no momento em que são pelo transportador recebidas, e cessa com a sua entrega ao destinatário”.
- 119 “Art. 787. (...) § 1º. Tão logo saiba o segurado das consequências de ato seu, suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia, comunicará o fato ao segurador”.
- 120 STJ, 3ª T. REsp nº 1.546.178/SP. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 13.9.2016, no qual se lê: “A pena de perda do direito à indenização securitária inscrita no art. 771 do CC, ao fundamento de que o segurado não participou do sinistro ao segurador logo que teve ciência, deve ser interpretada de forma sistemática com as cláusulas gerais da função social do contrato e de probidade, lealdade e boa-fé previstas nos arts. 113, 421, 422 e 765 do CC, devendo a punição recair primordialmente em posturas de má-fé ou culpa grave, que lesionem legítimos interesses da seguradora. A sanção de perda da indenização securitária não incide de forma automática na hipótese de inexistir pronta notificação do sinistro, visto que deve ser imputada ao segurado uma omissão dolosa, injustificada, que beire a má-fé, ou culpa grave, que prejudique, de forma desproporcional, a atuação da seguradora, que não poderá se beneficiar, concretamente, da redução dos prejuízos indenizáveis com possíveis medidas de salvamento, de preservação e de minimização das consequências”.
- 121 “Art. 787. (...) § 3º Intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador”.
- 122 “Art. 787. (...) § 2º É defeso ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador”.
- 123 “Art. 787. (...) § 4º Subsistirá a responsabilidade do segurado perante o terceiro, se o segurador for insolvente.

- 124 “Art. 788. Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado”.
- 125 “Art. 788. (...) Parágrafo único. Demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório”.
- 126 “Art. 779. O risco do seguro compreenderá todos os prejuízos resultantes ou consequentes, como sejam os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano, ou salvar a coisa”. Seria o caso, por exemplo, de “demolições que se fizerem necessárias para evitar a propagação do fogo, ou pela água usada para debelar o incêndio” (Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil brasileiro*, vol. 3, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 511).
- 127 Pela impossibilidade de excluir a indenização: “a regra em discussão estabelece que justamente essas despesas, que experimenta o segurado no cumprimento do dever que possui de tomar medidas de diminuição dos efeitos do sinistro, fazem parte do risco coberto pelo segurador. E isso, agora, com a supressão da permissão de disposição em contrário na apólice, contida no art. 1.438 do CC/1916, sem que essa mesma responsabilidade do segurador possa ser afastada por convenção. Em outras palavras, tem-se hoje regra cogente de responsabilidade do segurador pelas despesas já mencionadas, independentemente de expressa alusão do ajuste e sem que nele se possa, portanto, excluir a respectiva cobertura” (Claudio Luiz Bueno de Godoy. In: Cezar Peluso (coord.), *Código Civil Comentado*, cit., p. 783). Em sentido contrário: “Embora o risco não possa ser alargado, incluem-se na cobertura todos os prejuízos dele resultantes ou consequentes, como estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano ou salvar a coisa, salvo expressa restrição na apólice (art. 779). O Código em vigor não menciona a possibilidade de a apólice excluir essas indenizações, mas continua evidente que os contratantes podem fazê-lo, suprimindo expressamente determinada categoria de prejuízos” (Silvio de Salvo Venosa, *Direito Civil*, vol. 3, São Paulo: Atlas, 2013, 13. ed., p. 407).
- 128 “Art. 346. A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor: (...) III – do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte”.

- Confira-se: “Sub-rogando-se a seguradora nos direitos do segurado, o  
129 prazo de prescrição da ação contra a seguradora para cobrar a indenização será o mesmo estabelecido para a ação que poderia ter sido manejada pelo titular originário dos direitos. 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (...) Portanto, a recorrida seguradora manterá os mesmos direitos e deveres que a segurada possuía em face da recorrente. Em consequência, se entre FUJICOM e TAM havia uma relação de consumo, a seguradora gozará das mesmas prerrogativas que sua segurada. Sendo a relação originariamente estabelecida de natureza comercial, da mesma forma será a relação entre seguradora e empresa aérea na hipótese” (STJ, 3ª T., REsp. 1745642 Rel. Min. Nancy Andrighi, julg.19.2.2019, publ. DJ 22.2.2019).
- 130 “Art. 786. (...) § 1º. Salvo dolo, a sub-rogação não tem lugar se o dano foi causado pelo cônjuge do segurado, seus descendentes ou ascendentes, consanguíneos ou afins”.
- 131 Registra, ao propósito, a doutrina: “O parágrafo sob análise impede assim que o segurador se volte contra o patrimônio do segurado, protegendo interesses familiares, não podendo estar prevista no contrato de seguro cláusula em sentido contrário ao previsto neste dispositivo. Caso o segurador comprove o dolo do cônjuge do segurado, de seus descendentes ou ascendentes, poderá ingressar com a ação regressiva, devendo, contudo indenizar o segurado” (Flávio H. A. Tersi. In: Costa Machado (org.) e Silmara Juny Chinellato (coord.), *Código Civil Interpretado*, Barueri: Manole, 2017, 10. ed., p. 599).
- 132 “Art. 800. Nos seguros de pessoas, o segurador não pode sub-rogar-se nos direitos e ações do segurado, ou do beneficiário, contra o causador do sinistro”.
- 133 “Art. 786. (...) § 2º. É ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos a que se refere este artigo”.
- 134 “Art. 785. Salvo disposição em contrário, admite-se a transferência do contrato a terceiro com a alienação ou cessão do interesse segurado. § 1º Se o instrumento contratual é nominativo, a transferência só produz efeitos em relação ao segurador mediante aviso escrito assinado pelo cedente e pelo cessionário. § 2º A apólice ou o bilhete à ordem só se transfere por endosso em preto, datado e assinado pelo endossante e pelo endossatário”.

- 135 As regras sobre a transferência do seguro são previstas no art. 785, Código Civil: “Art. 785. Salvo disposição em contrário, admite-se a transferência do contrato a terceiro com a alienação ou cessão do interesse segurado. § 1º. Se o instrumento contratual é nominativo, a transferência só produz efeitos em relação ao segurador mediante aviso escrito assinado pelo cedente e pelo cessionário. § 2º A apólice ou o bilhete à ordem só se transfere por endosso em preto, datado e assinado pelo endossante e pelo endossatário”.
- 136 “Súmula 465: Ressalvada a hipótese de efetivo agravamento do risco, a seguradora não se exime do dever de indenizar em razão da transferência do veículo sem a sua prévia comunicação”. Leia-se, nessa direção, o seguinte precedente do STJ: “A só e só transferência de titularidade do veículo segurado sem comunicação à seguradora não constitui agravamento do risco. Na hipótese, como retratado pela decisão recorrida, não houve má-fé por parte do anterior e do atual proprietários do veículo no que seja atinente à sua transferência, não tendo havido, objetivamente, ofensa aos termos do contrato, pois ausente qualquer comprovação de que a transferência se fizera para uma pessoa inabilitada, seja técnica ou moralmente. (...) É que se deve, com essas peculiaridades, como destacado pela Douta Câmara Julgadora, entender que “*o seguro incidente sobre bens tem quase a natureza de jus in re, ou seja, acompanha o bem*”. Assim, em linha de princípio, perdura a responsabilidade da seguradora perante o novo proprietário do veículo, ainda que não seja feita a comunicação da transferência, quando ausentes má-fé ou inabilitação técnica ou moral do adquirente” (STJ, 4ª T., REsp. 188694, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior, julg. 18.4.2000, publ. DJ 12.6.2000).
- 137 Nesse sentido, já afirmou o TJSP sobre cláusula constante da apólice que estabelecia a perda da indenização securitária na hipótese de inadimplemento, pelo segurado, da obrigação de comunicar por escrito à seguradora quanto à transferência da propriedade do bem segurado: “ainda que se reconheça tal dever por parte do segurado, ditado pelo princípio da boa-fé objetiva, a aplicação de referida cláusula mostra-se abusiva por eliminar ao todo o direito à indenização no caso de ausência de comunicação, o que fere o princípio da razoabilidade” (TJSP, 25ª Câmara. Dir. Priv., Ap. Civ. 9000007-85.2010.8.26.0615, Rel. Des. Edgard Rosa, julg. 31.7.2014, publ. DJ 21.8.2014).
- 138 “Art. 789. Nos seguros de pessoas, o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente, que pode contratar mais de um seguro

sobre o mesmo interesse, com o mesmo ou diversos seguradores”.

- 139 “Art. 790. No seguro sobre a vida de outros, o proponente é obrigado a declarar, sob pena de falsidade, o seu interesse pela preservação da vida do segurado.

Parágrafo único. Até prova em contrário, presume-se o interesse, quando o segurado é cônjuge, ascendente ou descendente do proponente”.

- 140 “Art. 800. Nos seguros de pessoas, o segurador não pode sub-rogar-se nos direitos e ações do segurado, ou do beneficiário, contra o causador do sinistro”.

- 141 “Art. 796. O prêmio, no seguro de vida, será conveniado por prazo limitado, ou por toda a vida do segurado”.

- 142 “Art. 802. Não se compreende nas disposições desta Seção a garantia do reembolso de despesas hospitalares ou de tratamento médico, nem o custeio das despesas de luto e de funeral do segurado”.

- 143 “Art. 801. O seguro de pessoas pode ser estipulado por pessoa natural ou jurídica em proveito de grupo que a ela, de qualquer modo, se vincule”.

- 144 “Art. 801. (...) § 1º. O estipulante não representa o segurador perante o grupo segurado, e é o único responsável, para com o segurador, pelo cumprimento de todas as obrigações contratuais”.

- 145 “Art. 801. (...) § 2º. A modificação da apólice em vigor dependerá da anuência expressa de segurados que representem três quartos do grupo”.

- 146 “Art. 795. É nula, no seguro de pessoa, qualquer transação para pagamento reduzido do capital segurado”.

- 147 Sobre o tema, assinala Guilherme Calmon Nogueira da Gama: “Tal norma vem a ser uma especialização, no campo do seguro individual de vida, da regra aplicável aos contratos em geral que autoriza um dos contratantes a rever o cumprimento de sua prestação quando não houver cumprimento integral da prestação do outro. É importante observar que o preceito contido no art. 796 é especial em relação à regra contida no art. 763 do novo CC, que prevê a perda do direito à indenização do segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se o sinistro ocorreu antes da purgação da mora. Assim, diante do tratamento especial relativamente ao contrato de seguro de vida, a



norma aplicável é a constante do art. 796, e não a do art. 763, ambas do novo CC” (O seguro de pessoa no Novo Código Civil. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 826, junho, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 11-24).

- 148 “Art. 796. O prêmio, no seguro de vida, será conveniado por prazo limitado, ou por toda a vida do segurado.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, no seguro individual, o segurador não terá ação para cobrar o prêmio vencido, cuja falta de pagamento, nos prazos previstos, acarretará, conforme se estipular, a resolução do contrato, com a restituição da reserva já formada, ou a redução do capital garantido proporcionalmente ao prêmio pago”.

- 149 Registra Ayrton Pimentel: “caso o estipulante tenha deixado de pagar o prêmio global, é questão a ser dirimida entre este e o segurador” (Os seguros de vida e acidentes pessoais. In: Escola Paulista da Magistratura e Instituto Brasileiro de Direito de Seguro (coords.), *Seguros: uma questão atual*, vol. III, São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 227).

- 150 “Art. 1.474. Não se pode instituir beneficiário pessoa que for legalmente inibida de receber a doação do segurado”.

- 151 “Civil e processual. Seguro de vida realizado em favor de concubina. Homem casado. Situação peculiar, de coexistência duradoura do de cujus com duas famílias e prole concomitante advinda de ambas as relações. Indicação da concubina como beneficiária do benefício. Fracionamento. CC, arts. 1.474, 1.177 e 248, IV. (...) Inobstante a regra protetora da família, consubstanciada nos arts. 1.474, 1.177 e 248, IV, da lei substantiva civil, impedindo a concubina de ser instituída como beneficiária de seguro de vida, porque casado o de cujus, a particular situação dos autos, que demonstra espécie de ‘bigamia’, em que o extinto mantinha-se ligado à família legítima e concubinária, tendo prole concomitante com ambas, demanda solução isonômica, atendendo-se à melhor aplicação do Direito. III. Recurso conhecido e provido em parte, para determinar o fracionamento, por igual, da indenização securitária” (STJ, 4ª T., REsp. 100888, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. 14.12.2000, publ. DJ 12.3.2001).

- 152 “Art. 550. 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”.

- 153 Nessa direção, v. Claudio Luiz Bueno de Godoy. In: Cezar Peluso (coord.), *Código Civil Comentado*, cit., p. 801.
- 154 “Art. 793. É válida a instituição do companheiro como beneficiário, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato”.
- 155 STJ, 4ª T., AgRg no AREsp n.º 2.320/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julg. 6.2.2014, publ. DJ 14.2.2014.
- 156 “Art. 791. 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”.
- 157 Veja-se, nessa direção, interessante precedente do STJ: “2. Cinge-se a controvérsia a saber se foi legítimo o ato do segurado, alcoólatra habitual, que alterou o rol de beneficiários de dois seguros de vida para incluir a irmã em detrimento dos filhos menores. 3. 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 tenha renunciado a tal faculdade ou a indicação esteja atrelada à garantia de alguma obrigação (art. 791 do CC/2002). 4. O beneficiário a título gratuito de seguro de vida detém mera expectativa de direito de receber o capital segurado. Somente com a ocorrência do evento morte do segurado é que passará a obter o direito adquirido à indenização securitária. Até a efetivação desse resultado, o tomador do seguro poderá modificar o rol de agraciados. 5. A falta de restrição para o segurado designar ou modificar beneficiário no seguro de vida não afasta a incidência de princípios gerais do Direito Contratual, como as normas dos arts. 421 (função social do contrato) e 422 (proibidade e boa-fé) do CC. 6. O segurado, ao contratar o seguro de vida, geralmente possui a intenção de amparar a própria família, os parentes ou as pessoas que lhe são mais afeitas, de modo a não deixá-los desprotegidos economicamente quando de seu óbito. 7. Na hipótese, havendo ou não má-fé da recorrente por instigar o irmão, alcoólatra compulsivo, a substituir os rebentos dele como beneficiários dos seguros de vida a fim de incluí-la, os capitais constituídos nunca foram para favorecê-la, pois a real intenção do segurado foi sempre a de assegurar proteção econômica aos filhos menores, recebendo eles os valores da indenização securitária diretamente (em um primeiro momento) ou por intermédio da tia (na condição de gestora de

recursos). Necessidade de anulação do ato de alteração dos agraciados, excluindo-a do rol, para que a verba possa ser usada em proveito dos verdadeiros beneficiados.” (STJ, 3ª T., REsp. 1.510.302, Rel. Min. Cueva, julg. 5.12.2017, publ. DJ 18.2.2017).

- 158 “Art. 791. (...) Parágrafo único. O segurador, que não for cientificado oportunamente da substituição, desobrigar-se-á pagando o capital segurado ao antigo beneficiário”.
- 159 “Art. 792. Na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária.
- Parágrafo único. Na falta das pessoas indicadas neste artigo, serão beneficiários os que provarem que a morte do segurado os privou dos meios necessários à subsistência”.
- 160 “Art. 792. (...) Parágrafo único. Na falta das pessoas indicadas neste artigo, serão beneficiários os que provarem que a morte do segurado os privou dos meios necessários à subsistência”.
- 161 “Art. 794. No seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito”.
- 162 “Art. 797. No seguro de vida para o caso de morte, é lícito estipular-se um prazo de carência, durante o qual o segurador não responde pela ocorrência do sinistro”.
- 163 “Art. 22. O plano de seguro poderá estabelecer prazo de carência, respeitado o limite de dois anos e o disposto neste capítulo. § 1º O prazo de carência, exceto no caso de suicídio ou sua tentativa, não poderá exceder metade do prazo de vigência previsto pela apólice, no caso de contratação individual, ou pelo certificado, no caso de contratação coletiva. § 2º A carência a que se refere este artigo poderá, a critério da sociedade seguradora, ser reduzida ou substituída por declaração pessoal de saúde ou de atividade e/ou exame médico”.
- 164 “Art. 797. (...) Parágrafo único. No caso deste artigo o segurador é obrigado a devolver ao beneficiário o montante da reserva técnica já formada”.
- 165 “Art. 1.440. A vida e as faculdades humanas também se podem estimar como objeto segurável, e segurar, no valor ajustado, contra os riscos possíveis, como o de morte involuntária, inabilitação para trabalhar, ou

outros semelhantes. Parágrafo único. Considera-se morte voluntária a recebida em duelo, bem como o suicídio premeditado por pessoa em seu juízo”.

- 166 Súmula 105 STF: “Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro”.
- 167 É ver-se: “Agravamento Regimental em Agravo de Instrumento. Ação de cobrança. Seguro de vida. Suicídio cometido dentro do prazo de 2 (dois) anos de início de vigência da apólice de seguro. Negativa de pagamento do seguro. Art. 798 do CC/2002. Interpretação lógico-sistemática. Boa-fé. Princípio norteador do diploma civil. Presunção. Necessidade de prova da premeditação para afastar-se a cobertura securitária. Precedente. Acórdão do tribunal. Análise de provas. Afastada a premeditação. Revisão. Súmula 7/STJ. Agravo regimental a que se nega provimento. (...) 2. A interpretação do art. 798, do Código Civil de 2002, deve ser feita de modo a compatibilizar o seu ditame ao disposto nos arts. 113 e 422 do mesmo diploma legal, que evidenciam a boa-fé como um dos princípios norteadores da redação da nova codificação civil. 3. Nessa linha, o fato de o suicídio ter ocorrido no período inicial de dois anos de vigência do contrato de seguro, por si só, não autoriza a companhia seguradora a eximir-se do dever de indenizar, sendo necessária a comprovação inequívoca da premeditação por parte do segurado, ônus que cabe à Seguradora, conforme as Súmulas 105/STF e 61/STJ expressam em relação ao suicídio ocorrido durante o período de carência” (STJ, 2ª S., AgRg no Ag 1244022, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 13.4.2011, publ. DJ 25.10.2011).
- 168 Na doutrina: “Ao estabelecer que o suicídio não gera indenização, caso ocorrido nos dois primeiros anos do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, o art. 798 do CC/2002 (LGL\2002\400) não impede que se continue a distinguir o suicídio premeditado do não premeditado dentro do período de dois anos. Essa é a visão espelhada pelo Enunciado 187, aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, no sentido de que o prazo de dois anos tem apenas o condão de inverter o ônus da prova, presunção essa desfeita após o seu decurso” (Guilherme Magalhães Martins, Responsabilidade civil do segurador: diálogos entre o Código Civil e o Código do Consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 79, jul./set., 2011, pp. 123-161).

- 169 Destaque-se Judith Martins-Costa, Contrato de seguro. Suicídio do segurado. Art. 798, Código Civil. Interpretação. Diretrizes e princípios do Código Civil. Proteção ao consumidor. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol.1, jul./set., 2014, pp. 223-270.
- 170 “Recurso Especial. Ação de cobrança. Seguro de vida. Suicídio dentro do prazo de dois anos do início da vigência do seguro. Recurso especial provido. 1. Durante os dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, o suicídio é risco não coberto. Deve ser observado, porém, o direito do beneficiário ao ressarcimento do montante da reserva técnica já formada (Código Civil de 2002, art. 798 c/c art. 797, parágrafo único). 2. O art. 798 adotou critério objetivo temporal para determinar a cobertura relativa ao suicídio do segurado, afastando o critério subjetivo da premeditação. Após o período de carência de dois anos, portanto, a seguradora será obrigada a indenizar, mesmo diante da prova mais cabal de premeditação. 3. Recurso especial provido” (STJ, 2ª S., REsp. 1334005, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julg. 8.4.2015, publ. DJ 23.6.2015). No mesmo sentido, 4ª T., Agl no REsp. 1667180, Rel. Min. Lázaro Guimarães, julg. 17.4.2018, publ. DJ 25.4.2018; STJ, 4ª T., Agl no REsp. 1642768, Rel. Min. Lázaro Guimarães, julg. 19.10.2017, publ. DJ 25.10.2017; STJ, 3ª T., Agl no REsp. 1584432, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 19.9.2017, publ. DJ 29.9.2017.
- 171 “Art. 799. O segurador não pode eximir-se ao pagamento do seguro, ainda que da apólice conste a restrição, se a morte ou a incapacidade do segurado provier da utilização de meio de transporte mais arriscado, da prestação de serviço militar, da prática de esporte, ou de atos de humanidade em auxílio de outrem”.
- 172 Sobre o dispositivo, anota a doutrina: “O que, portanto, quer exprimir o CC/2002, no artigo em pauta, é que contingências de transporte, serviço militar, esporte ou atos de auxílio ou salvamento de que decorra a morte ou incapacidade da pessoa inserem-se, já, no risco normal do contrato, motivo pelo qual não podem encerrar causa de exclusão da cobertura. São, de toda forma, eventos aleatórios, contingenciais na vida da pessoa, que não servem a impedir o pagamento, havido o sinistro, do capital segurado” (Claudio Luiz Bueno de Godoy. In: Cezar Peluso (coord.), *Código Civil Comentado*, cit., p. 807).
- 173 “(...) 3. O seguro de vida difere do seguro de acidentes pessoais. No primeiro, a cobertura de morte abarca causas naturais e também causas acidentais; já no segundo, apenas os infortúnios causados por

acidente pessoal, a exemplo da morte acidental, são garantidos. 4. Para fins securitários, a morte acidental evidencia-se quando o falecimento da pessoa decorre de acidente pessoal, sendo este definido como um evento súbito, exclusivo e diretamente externo, involuntário e violento. Já a morte natural configura-se por exclusão, ou seja, por qualquer outra causa, como as doenças em geral, que são de natureza interna, feita exceção às infecções, aos estados septicêmicos e às embolias resultantes de ferimento visível causado em decorrência de acidente coberto (Resolução CNSP nº 117/2004). 5. Apesar da denominação “acidente vascular cerebral”, o AVC é uma patologia, ou seja, não decorre de causa externa, mas de fatores internos e de risco da saúde da própria pessoa que levam à sua ocorrência. 6. Contratado o seguro de acidentes pessoais (garantia por morte acidental), não há falar em obrigação da seguradora em indenizar o beneficiário quando a morte do segurado é decorrente de causa natural, a exemplo da doença conhecida como acidente vascular cerebral (AVC), desencadeada apenas por fatores internos à pessoa. 7. Recurso especial não provido” (STJ, 3ª T., REsp. 1443115/SP, Rel. Min. Cueva, julg. 21.10.2014, publ. DJ 28.10.2014).

174 Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 143.

175 Sobre o ponto, confira-se, nesta Coleção, o volume dedicado a Obrigações.

176 “Uma pandemia é a disseminação mundial de uma nova doença. Uma pandemia de gripe ocorre quando um novo vírus da gripe surge e se espalha pelo mundo, e a maioria das pessoas não tem imunidade. Os vírus que causaram pandemias passadas geralmente se originaram de vírus da gripe animal” (*What is a pandemic*. In: World Health Organization. Disponível em: [https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently\\_asked\\_questions/pandemic/en/](https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/pandemic/en/). Acesso em: 15 jul. 2020; tradução livre). No original: “A pandemic is the worldwide spread of a new disease. An influenza pandemic occurs when a new influenza virus emerges and spreads around the world, and most people do not have immunity. Viruses that have caused past pandemics typically originated from animal influenza viruses”.

177 “Art. 4º Fica instituída, no ramo de seguro de assistência médica e/ou hospitalar, a Apólice de Garantia Compreensiva, que, respeitadas as limitações previstas no contrato e respectiva nota técnica, não poderá

conter restrições de cobertura a qualquer doença ou lesão, exceto: I – doenças e lesões preexistentes à assinatura do contrato; II – tratamentos clínicos ou cirúrgicos experimentais; III – cirurgias plásticas não restauradoras e, cumulativamente, não decorrentes de acidente pessoal; IV – tratamento de doenças mentais; V – lesões e quaisquer consequências de ingestão de bebida alcoólica ou uso de drogas psicoativas; VI – tratamentos de rejuvenescimento e emagrecimento; VII – tratamentos odontológicos de qualquer natureza; VIII – atendimento em casos de calamidade pública, guerras, comoções internas, epidemias quando declaradas pela autoridade competente”.

178 “Art. 12. As exclusões específicas relativas a cada cobertura deverão estar relacionadas logo após a descrição dos riscos cobertos em todos os documentos contratuais, inclusive nos bilhetes, apólices e certificados individuais, e estão limitadas a: I – Nas coberturas classificadas como microsseguro de pessoas: (...) d) epidemia ou pandemia declarada por órgão competente”.

179 Sobre a análise, confira-se Thiago Junqueira. Os seguros privados cobrem eventos associados a pandemias? *Conjur.* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/direito-civil-atual-seguros-privados-cobrem-eventos-associados-pandemias#sdfootnote2anc>. Acesso em: 6 set. 2020.





## Capítulo XII

# CONSTITUIÇÃO DE RENDA. JOGO E APOSTA

SUMÁRIO: **CONSTITUIÇÃO DE RENDA** – 1. Conceito – 2. Características – 3. Execução do contrato de constituição de renda – 4. Extinção do contrato de constituição de renda – **JOGO E APOSTA** – 5. Conceito – 6. Caráter aleatório dos contratos de jogo e aposta – 7. Jogos autorizados, tolerados e proibidos – 8. Contratos diferenciais – Problema prático.

## CONSTITUIÇÃO DE RENDA

### 1. CONCEITO

[Conceito]

Por conceito de constituição de renda compreende-se o contrato pelo qual uma parte, denominada rendeiro, censuário, censatário ou simplesmente devedor, compromete-se a efetuar prestação periódica (renda) em favor da outra parte, credor da renda ou beneficiário, por tempo determinado, a título gratuito,<sup>1</sup> ou em contraprestação à transferência de bens móveis ou imóveis<sup>2</sup> ou à cessão de capital.<sup>3</sup> O credor da renda pode ser o próprio constituinte ou terceiro, hipótese em que existirá estipulação em favor de

terceiro, adquirindo o contrato feição de gratuidade, vez que o terceiro extrai tão somente vantagens patrimoniais do ajuste.<sup>4</sup>

[Constituição de renda onerosa]

No caso do contrato de constituição de renda oneroso, o beneficiário é chamado de instituidor, já que, provavelmente por se sentir inseguro quanto à administração de seu capital, entrega ao rendeiro certo bem ou parcela patrimonial, para a obtenção de renda periódica. O capital transferido lhe assegura, assim, a renda. Desse modo, o instituidor concorda em transferir o domínio de seu capital ao rendeiro que, por sua vez, se obriga a fornecer-lhe renda fixa por certo prazo, cujo termo, em geral, é a morte do instituidor, de forma a garantir recursos para subsistir até morrer.<sup>5</sup>

[Modalidade de direito real: extinção]

No Código Civil de 1916, admitia-se a constituição de renda vinculada a imóvel como modalidade de direito real (art. 1.431, CC/16),<sup>6</sup> previsão suprimida da codificação atual.

[Utilidade]

Embora mantido pelo Código Civil, o contrato de constituição de renda tem escassa difusão nos dias atuais. A doutrina ressalta, contudo, que o instituto poderia ser mais bem aproveitado diante da insuficiência dos planos de previdência privada. Assim, “em vez de o interessado contribuir periodicamente durante certo tempo para usufruir ao final uma pensão, pode optar pela consignação de um capital, usufruindo imediatamente o benefício vitalício”.<sup>7</sup> Destaca-se ainda que o instituto seria útil especialmente aos que não podem, em razão da idade, contratar planos comuns de pensão, além de possibilitar a aquisição de bens móveis e imóveis para a concessão de renda.<sup>8</sup>

[Renda]

A expressão renda traduz qualquer prestação periódica que tenha por objeto dinheiro ou coisas fungíveis, ou, ainda, caráter misto, constituída em parte por soma de dinheiro e em outra parte de coisas fungíveis. A prestação não precisa ser determinada, bastando sua determinabilidade.<sup>9</sup>

[Contrato de trato sucessivo]

A renda constitui precisamente obrigações periódicas ou várias prestações coligadas entre si pelo elemento temporal, cada qual com prazo específico mas distanciadas umas das outras por intervalo constante de tempo, determinado pela autonomia privada.<sup>10</sup> O contrato de constituição de renda consiste, pois, em contrato de trato sucessivo ou de execução periódica.

## 2. CARACTERÍSTICAS

[Bilateral ou unilateral; gratuito ou oneroso]

A constituição de renda assumirá, no mais das vezes, o caráter bilateral, tendo em conta o sinalagma entre as prestações, isto é, a transferência do bem ou do capital pelo instituidor ao rendeiro em contrapartida ao pagamento da renda por este último em favor do instituidor ou de terceiro. O sinalagma evidencia a onerosidade do contrato. A constituição de renda unilateral, de outra parte, se configurará na hipótese em que o negócio for gratuito, ocasião em que o rendeiro efetuará o pagamento da renda sem qualquer contraprestação por parte do beneficiário.<sup>11</sup>

[Contrato formal]

Embora se sustentasse tradicionalmente que o contrato de constituição de renda traduz contrato real,<sup>12</sup> uma vez que se concluiria mediante a transferência da propriedade do bem ou do capital ao rendeiro, a manifestação de vontade se afigura suficiente à formação do contrato, sendo certo que, na constituição de renda

gratuita, inexistindo sequer a aludida transferência.<sup>13</sup> Ressalte-se, contudo, que a manifestação de vontade deverá assumir a forma escrita, exigindo-se, assim, escritura pública para o aperfeiçoamento da constituição de renda (CC, art. 807),<sup>14-15</sup> a denotar que se trata de contrato formal.

[Natureza negocial]

Por se tratar de contrato, a constituição de renda não poderá ser instituída por disposição de última vontade, o que lhe atribuiria a natureza de legado com encargo. De outra parte, por vezes, ocorre a constituição de renda em ação de alimentos ou de responsabilidade civil, hipótese em que a constituição de renda não assume a natureza negocial, por decorrer de determinação judicial.<sup>16</sup> Contudo, as partes poderão negocialmente convencionar a constituição de renda em matéria de alimentos ou responsabilidade civil, que se sujeitará, na hipótese de descumprimento, à execução específica, atendidos os requisitos do art. 784, III,<sup>17</sup> CPC; ou à ação de conhecimento caso não constitua título executivo extrajudicial.

[Contrato comutativo ou aleatório]

O contrato será comutativo se houver certeza dos contratantes quanto à existência, à extensão das prestações e o momento de sua verificação (*certus an* e *certus quando*), assumindo o rendeiro o pagamento da renda por prazo com termo final certo. De outra parte, o contrato de constituição de renda afigurar-se-á aleatório se for oneroso e vitalício, isto é, tiver prazo atrelado à duração da vida do beneficiário;<sup>18</sup> ou, ainda, do devedor (CC, art. 806)<sup>19</sup> (*incertus an* e *incertus quando*).<sup>20</sup> Como se sabe, os contratos aleatórios são sempre onerosos, vez que dele resultam vantagens e prejuízos recíprocos, delimitados, do ponto de vista subjetivo e objetivo, pelo evento incerto, desconhecido no momento da celebração do ajuste, noção essa incompatível com a gratuidade.<sup>21</sup> Por outro lado, a impossibilidade de se prever o momento da morte do beneficiário ou

do devedor torna incerta a consistência física da prestação do rendeiro e a relação entre as prestações dos contraentes.<sup>22</sup>

[Álea]

A álea encontra-se, pois, conexa à incerteza da duração da vida contemplada.<sup>23</sup> Tem-se, assim, de um lado, a prestação certa do beneficiário consubstanciada na obrigação de transferência de bens móveis ou imóveis ou na cessão de capital, e, de outro lado, prestação incerta do rendeiro determinada em sua consistência física pelo evento morte. Desse modo, no momento do acordo de vontades, as partes desconhecem se do negócio decorrerá lucro ou prejuízo em termos de atribuição patrimonial, o que dependerá da verificação do evento incerto, no caso, a morte do beneficiário ou do devedor, ocasião em que se apurarão as prestações até então efetuadas pelo rendeiro e os bens a ele transferidos pelo beneficiário. A morte precoce do beneficiário acarretará perda patrimonial para o *de cujus*, ao passo que o falecimento na idade esperada importa perda patrimonial para o rendeiro. De igual forma, o falecimento prematuro do rendeiro, na hipótese de o contrato estar atrelado à duração de sua vida, resultará em perda patrimonial para o beneficiário; e a sua morte na idade estimada, a seu turno, representará perda patrimonial para o devedor falecido.

### **3. EXECUÇÃO DO CONTRATO DE CONSTITUIÇÃO DE RENDA**

[Termo certo]

O contrato de constituição de renda, por se tratar de contrato benéfico, não poderá ultrapassar a vida do credor, seja ele contratante ou terceiro (CC, art. 806), mas poderá extrapolar a vida do devedor. Assim, se o contrato estiver subordinado à vida do credor e o devedor morrer antes dele, os herdeiros deste continuarão com a obrigação de pagar as prestações. Por outro lado, se o prazo do contrato estiver subordinado à vida do devedor, a

morte do credor antes do advento do termo final deflagrará para os seus sucessores o direito de receber a renda a ser paga pelo devedor.

A constituição de renda em favor de pessoa já falecida, ou que, nos 30 (trinta) dias seguintes, vier a falecer de moléstia que já sofria, quando foi celebrado o contrato, afigura-se nula de pleno direito (CC, art. 808).<sup>24</sup> Mostra-se irrelevante o conhecimento quanto à existência da doença no momento da contratação, bastando, para invalidar o contrato, que se prove que ela existia desde antes da contratação. Se, mesmo doente, o credor morrer nos 30 (trinta) dias seguintes à contratação em decorrência de causa diversa, como acidente, suicídio, ou outra doença qualquer, surgida após a celebração do contrato, este não será nulo. Se o falecimento se der após o prazo legal, não haverá nulidade, mas extinção do contrato, mantidos todos os seus efeitos produzidos até então.

[Direito de acrescer]

O contrato de constituição de renda pode ser feito em benefício de mais de um titular. Nesta hipótese, se uma destas pessoas estiver morta quando da contratação ou vier a falecer dentro dos 30 (trinta) dias subsequentes, por moléstia preexistente, o contrato continua válido para os demais credores, sendo nulo apenas na parte que competia ao falecido. Isso porque, salvo estipulação expressa nesse sentido, não haverá direito de acrescer entre os beneficiários, ou seja, a fração de parte já falecida não se transfere de forma proporcional aos que sobreviverem. O regramento é semelhante ao dispensado pelo legislador ao usufruto, à doação e aos legados.

Se, porém, os beneficiários forem cônjuges, um sucederá o outro no benefício, em aplicação analógica da regra do art. 551 do Código Civil<sup>25</sup>. Assim, o cônjuge vivo terá direito a perceber a fração do benefício oferecido ao cônjuge falecido.<sup>26</sup>

[Garantia real ou pessoal]

O credor poderá exigir garantia real ou fidejussória do devedor (CC, art. 805), como forma de assegurar que a renda será paga na forma convencionada.

#### [Resolução do contrato por inadimplemento]

No contrato de constituição de renda oneroso, se o rendeiro inadimplir sua prestação de efetuar o pagamento da renda e, uma vez notificado pelo credor, não corrigir a sua mora; ou, ainda, se o devedor não prestar a garantia real ou pessoal exigida pelo credor, este poderá resolver o contrato (CC, art. 810). Uma vez operada a resolução, os efeitos produzidos até então serão preservados. Assim, o credor poderá requerer a restituição do bem móvel ou imóvel transferido ao devedor; contudo, os frutos provenientes deste bem, produzidos até o momento da extinção do contrato, permanecem com o rendeiro. De igual modo, a renda percebida pelo credor não deverá ser restituída. Na hipótese de cessão do capital, o devedor deverá restituir o saldo restante devido ao credor, atualizado monetariamente e com juros de mora, apurado a partir da subtração das rendas já pagas do montante total inicialmente recebido pelo devedor.

#### [Extinção contrato de constituição]

O contrato de constituição de renda a título gratuito, por se tratar de liberalidade, poderá ser extinto a qualquer tempo pelo devedor, ao que não poderá se opor o credor, afastando-se a caracterização do inadimplemento; a menos que tenha sido celebrado com prazo certo, hipótese em que a rescisão antecipada acarretará inadimplemento contratual. No caso de extinção unilateral, de todo modo, o credor poderá exigir o pagamento das rendas em atraso, vencidas até o momento da extinção do contrato e não pagas.

#### [Inalienabilidade e impenhorabilidade]

No contrato de constituição de renda a título gratuito, a autonomia privada poderá fixar que a renda será inalienável e impenhorável,

restando-a a salvo de execuções pendentes ou futuras contra o beneficiário (CC, art. 813).<sup>27-28</sup> De igual modo, a lei estabelece que os montepios e as pensões alimentícias, em razão da sua natureza alimentar, gozam da mesma isenção, a prescindir de estipulação pelas partes.

#### **4. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE CONSTITUIÇÃO DE RENDA**

[Formas de extinção do contrato]

Extingue-se o contrato de constituição de renda: a) pelo término do prazo ou do número de prestações convencionadas, ou pelo implemento da condição resolutiva; b) pela morte do beneficiário, ou do devedor, se a renda for vitalícia para um ou para outro lado; c) pela rescisão do contrato (CC, art. 810); d) pelo resgate por parte do rendeiro, que, para exonerar-se, paga de uma só vez a quantia determinada, equivalente ao capital cuja renda assegure ao credor a renda equivalente segundo a taxa legal de juros, liberando o bem do gravame, em se tratando de constituição de renda vinculada a imóvel. O resgate é facultativo, nada impedindo que seja convencional.

### **JOGO E APOSTA**

#### **5. CONCEITO**

[Conceito de jogo]

O contrato de jogo consiste no acordo, independentemente do motivo (diversão, exercício dos dotes físicos, intelectuais ou lucro), no qual se convenciona efetuar uma competição ou partida em observância às regras estabelecidas, obrigando-se os participantes, nas hipóteses em que se identifique o propósito de lucro, a



desempenhar prestação de conteúdo patrimonial em favor de um ou mais jogadores segundo o êxito da partida ou competição.

[Conceito de aposta]

A aposta, por sua vez, corresponde ao negócio no qual duas ou mais pessoas se obrigam reciprocamente a cumprir determinada prestação de conteúdo patrimonial em favor de quem tenha formulado o prognóstico ou indicado a solução exata.<sup>29</sup>

[Distinção entre jogo e aposta]

Por outras palavras, no contrato de jogo, os contraentes são também competidores, ao passo que na aposta os contratantes não participam diretamente da competição, mas se obrigam a determinada prestação em benefício daquele que tiver adivinhado o êxito de uma competição, cujos protagonistas não participam da aposta.<sup>30</sup> A título ilustrativo, está-se diante de um jogo quando dois lutadores de boxe competem entre si; e, de uma aposta, no caso em que dois espectadores disputam uma soma que será atribuída àquele que confiou de antemão no efetivo vencedor da luta.<sup>31</sup>

[Relevância jurídica]

Alguns autores sustentam que a aposta se afigura sempre relevante para o direito, vez que possui conteúdo patrimonial, ao passo que o jogo apenas adquire relevância para o ordenamento quando se torna fonte de obrigações de conteúdo patrimonial, isto é, na hipótese em que os contraentes-jogadores acordam pagar determinada importância ao contraente vencedor da competição.<sup>32</sup>

[Conteúdo econômico]

Na doutrina italiana, afirma-se que não interessa ao direito se o sujeito faz exercício físico ou joga uma partida de cartas sem interesse econômico, tendo o jogo relevância jurídica apenas se acompanhado da aposta,<sup>33</sup> a qual tem, por definição, conteúdo

econômico, sendo compreendida como a promessa de pagar soma de dinheiro ou de cumprir uma prestação de conteúdo patrimonial (ou, ainda, de dar uma coisa em pagamento) de acordo com o êxito do jogo ou de qualquer fato subjetivamente incerto.<sup>34</sup>

Assim, a diferença entre jogo e aposta residiria no conteúdo econômico dessa última e não propriamente na causa, já que em ambas as figuras a causa não seria reconhecida como digna de plena tutela.<sup>35</sup>

[Uniformidade de disciplina]

A despeito da distinção doutrinária entre as duas figuras contratuais, o ordenamento jurídico brasileiro dispensa a elas o mesmo tratamento, tornando a distinção pouco profícua do ponto de vista prático.<sup>36</sup> Tal uniformidade de disciplina decorre do elemento comum que permeia esses contratos, qual seja, a álea, que, aqui, assume a particularidade de os contratantes relegarem o pagamento de certa soma em dinheiro ou a entrega de determinado objeto ao ganhador, conforme o resultado do evento fortuito eleito pelas partes.<sup>37</sup>

[Causa]

O acordo das partes sobre o montante da aposta a ser paga por cada um dos jogadores ou apostadores e, por conseguinte, o prêmio esperado pelo vencedor – ao lado da natureza incerta do evento que subordina a determinação do vencedor e as condições necessárias à sua configuração –, consistem em efeitos essenciais ao contrato de jogo e aposta, razão pela qual integram a causa do contrato.<sup>38</sup>

[Identidade de disciplina jurídica]

Os contratos de jogo e aposta apresentam, desse modo, causa idêntica, atraindo, portanto, a mesma disciplina jurídica. A diferença entre os dois negócios baseia-se no aspecto estrutural da avença. Sob o aspecto estrutural, em ambos os contratos, o evento incerto determinará a existência ou a consistência física da prestação, bem

como o sujeito em favor de quem será efetuada a prestação. Esse evento pode depender exclusivamente da sorte ou da sorte em conjunto com a habilidade dos jogadores<sup>39</sup> ou apostadores. Todavia, no contrato de jogo, os contratantes também figuram como competidores, ao passo que na aposta os contraentes não participam diretamente da competição, mas se obrigam a determinada prestação em favor daquele que tiver adivinhado o seu êxito.

[Onerosidade]

Os contratos de jogo e aposta traduzem negócio oneroso tendo em vista que os contratantes executam a prestação, depositando as somas representativas suas apostas, não por espírito de liberalidade, mas mediante contraprestação. Afirma-se, por outro lado, que esses contratos se caracterizam pela artificialidade da criação do risco, tendo em vista que as partes criam o risco que incidirá sobre sua situação patrimonial.<sup>40</sup>

[Bilateral ou plurilateral]

Os contratos de jogo e aposta afiguram-se, pois, onerosos e caracterizados pela artificialidade da criação do risco, apresentando a estrutura de contrato bilateral ou plurilateral, no sentido de que do contrato participam duas ou mais pessoas com escopo comum.

## **6. CARÁTER ALEATÓRIO DOS CONTRATOS DE JOGO E APOSTA**

[Álea]

Os contratos de jogo e aposta consistem em negócios aleatórios, identificando-se a álea jurídica como traço essencial de sua causa. Como observado em outra sede, a álea jurídica, que qualifica o contrato como aleatório, há de ser compreendida como a incerteza de ambos os contratantes, no momento da celebração do negócio,

quanto ao lucro ou prejuízo, em termos de atribuição patrimonial, que dele decorrerá, a depender da verificação de evento incerto e incontrolável, embora previsto pelas partes. Dito diversamente, nos contratos aleatórios, as partes perseguem com o concreto negócio resultado final (em termos de atribuição patrimonial) incerto, cujo desfecho dependerá da ocorrência do evento estipulado.<sup>41</sup>

[Álea jurídica]

O lucro ou prejuízo sobre o qual pairam dúvidas dos contratantes ao firmarem o negócio se afigura jurídico, traduzindo-se na execução de prestação, com a transferência de ativo, do patrimônio de uma parte para o de outra em favor de quem a prestação é desempenhada, deflagrada pelo implemento do evento incerto. A incerteza recai, em outras palavras, na existência da prestação (*an*) e/ou na sua consistência física (peso, número e medida – *quantum*) e será dirimida por ocasião da ocorrência do evento incerto, que disparará a execução da prestação. Do ponto de vista jurídico, aquele que desempenha a prestação sofre perda, ao passo que a parte que recebe a prestação auferirá lucro. O lucro ou prejuízo de caráter econômico, portanto, não serve a qualificar determinado negócio como aleatório, mas sim o lucro ou prejuízo jurídico, isto é, em termos de atribuição patrimonial.<sup>42</sup>

[Incerteza quanto ao vencedor]

Nos contratos de jogo e aposta, as partes celebram a avença dotadas de incerteza acerca do lucro ou prejuízo, em termos de atribuição patrimonial, que resultará do negócio, o que dependerá da verificação de evento incerto escolhido pelas partes e por elas incontrolável. Dito diversamente, mostram-se incertos *ab initio* o vencedor e o perdedor do jogo ou da aposta e, em consequência, quem irá lucrar ou perder com o negócio, de tal sorte que a deflagração do evento incerto determinará o resultado final do ajuste.

## 7. JOGOS AUTORIZADOS, TOLERADOS E PROIBIDOS

[Espécies de jogos]

Releva distinguir o jogo que serve ao exercício e habilidade do corpo associado à sorte, daquele que constitua simples forma de distração; ou, ainda, do jogo de azar em que as partes confiam exclusivamente à sorte a obtenção de lucro. Denominam-se, respectivamente, jogos autorizados, tolerados e proibidos. O ordenamento jurídico reconhece efeitos apenas para as duas primeiras hipóteses, sendo os jogos proibidos ou de azar considerados contravenção penal e, como atos ilícitos, insuscetíveis de gerar direitos, sujeitando o infrator à punição (arts. 50 e ss. do Dec.-lei 3.688/41).

[Jogos autorizados]

Os jogos autorizados constituem aqueles socialmente úteis, por força do benefício que trazem a quem os pratica e à sociedade em geral, a exemplo de competições esportivas e corridas automobilísticas;<sup>43</sup> estimulam atividades econômicas de interesse geral (v.g. turfe e trote); ou beneficiam o Estado, que emprega o proveito em obras sociais relevantes, como a loteria.<sup>44</sup> Por restarem legalmente autorizados, tais jogos dão origem a negócios jurídicos tutelados pelo ordenamento, de sorte que quem ganha tem ação para reaver seu crédito, cuidando-se de obrigação plenamente exigível nos termos dos §§ 2º <sup>45</sup> e 3º <sup>46</sup> do art. 814 do Código Civil. Quanto aos jogos autorizados, merecem destaque as apostas de quota fixa, previstas pela Lei n.º 13.756, de 12 de dezembro de 2018, que consistem em apostas, efetivadas por meio físico ou eletrônico, referentes à competição esportiva, em que o jogador efetua prognóstico relativo ao resultado da competição, sabendo de antemão qual o prêmio receberá caso seu prognóstico se confirme (Lei n.º 13.756/2018, art. 29).<sup>47</sup> Vale dizer: não há flutuação no prêmio, conhecido do jogador no momento da aposta. A lei qualifica

a aposta de quota fixa como serviço público exclusivo da União, que poderá ser explorado direta ou indiretamente pelo Poder Público.<sup>48</sup> A aposta de quota fixa deverá ser regulamentada pelo Ministério da Fazenda, nos termos da lei.<sup>49</sup>

Essa é a hipótese dos atuais aplicativos e sites de apostas esportivas, que estão em expansão no mercado brasileiro. Nesses casos, os sites são hospedados no exterior, em países onde a exploração de jogos de azar é permitida. Assim, a transação do apostador brasileiro limita-se à transferência bancária para essas contas, não incidindo na ilegalidade da Lei de Contravenções Penais. Com a recente Lei de 2018, que passou a autorizar essa modalidade de jogo, espera-se que o legislador regule a matéria, com atenção especialmente para essa nova modalidade de apostas via *internet*.

[Jogos tolerados]

[Obrigação natural]

Os jogos tolerados,<sup>50</sup> por sua vez, correspondem àqueles em que o resultado não depende exclusivamente da sorte, como a canastra, o *bridge* e o truco, embora constituam divertimento sem utilidade, ou mesmo vícios que não merecem repressão, de modo que a ordem legal não penetra em sua órbita, não lhe regulando os efeitos.<sup>51</sup> A falta de utilidade social impõe a recusa à exigibilidade da obrigação;<sup>52</sup> entretanto, nega-se a repetição do indébito ao perdedor que paga, consoante o que dispõe o art. 814, *caput*, do Código Civil.<sup>53</sup> As dívidas resultantes de jogos tolerados, dessa feita, não se revelam exigíveis, configurando obrigação natural, na qual se reconhece o débito, mas não sua exigibilidade. Por isso mesmo, aquele que voluntariamente paga não tem direito à restituição. Excepcionalmente, todavia, admite-se a restituição em duas hipóteses: (i) naquela em que o ganhador age com dolo, manipulando o resultado; ou (ii) quando o perdedor for menor ou interdito, voltando-se o ordenamento à proteção do incapaz (parte final do art. 814, *caput*, do Código Civil).

Os jogos proibidos configuram-se quando o fator sorte tem caráter absoluto ou predominante, como a roleta e o jogo do bicho. Controverte-se em doutrina acerca dos efeitos civis decorrentes dos jogos proibidos. De uma parte, sustentava-se que, por ser absolutamente nulo, a lei deveria negar todos seus efeitos, autorizando-se, em consequência, a repetição do pagamento eventualmente efetuado.<sup>54</sup> De outra, reconhecia-se mesmo para esta categoria de jogo o dever moral do pagamento da dívida assumida, ainda que o fato do qual esse dever se origina fosse imoral e ilícito. O pagamento de dívidas resultantes de jogos proibidos equivaleria, assim como nos jogos tolerados, à obrigação natural.<sup>55</sup> Segundo tal construção, aquele que perde não tem o dever jurídico de pagar, mas, uma vez efetuado o pagamento, não poderia repetir o indébito. Sob outro ponto de vista, argumenta-se que, embora o jogo proibido tenha causa ilícita, sendo nulo de pleno direito, a dívida não poderia ser repetida em razão da existência de causa torpe para ambas as partes, afastando-se, contudo, a ideia de obrigação natural. O direito civil, assim, estaria em consonância com o direito penal na repressão do ilícito (Decreto-lei nº. 3.688, de 3 outubro 1941, art. 50, § 3º, “a”).<sup>56</sup>

[Impossibilidade de repetição nos jogos proibidos]

Independentemente dos fundamentos éticos que se adote, o Código Civil estendeu o tratamento do jogo tolerado ao jogo ilícito, vedando a repetição das quantias pagas em tais jogos ou apostas, nos termos do art. 814, § 2º, *in verbis*: “O preceito tem aplicação, ainda que se trate de jogo não proibido, só se excetuando os jogos e apostas legalmente permitidos”. Diante disso, as dívidas de jogos, tolerados ou proibidos, não se sujeitam à repetição de indébito.

Tal mecanismo foi elaborado originariamente para lidar com os jogos tolerados que, não sendo lícitos nem ilícitos, traduzem situação moral limítrofe, entre os juízos de reprovação e aceitação social. Nessa direção, a dívida de jogo, difusamente compreendida como

obrigação natural, revela solução de compromisso do legislador para prática de aceitação social duvidosa, em que, não sendo juridicamente reconhecidas as práticas de jogo e aposta, prefere-se impedir a repetição do que se pagou a este título do que aprofundar o conflito de interesses moralmente duvidoso, por meio da tutela jurisdicional que garantisse o ressarcimento daquele que efetuou a transferência patrimonial.

[Reconhecimento, novação ou fiança da dívida de jogo]

Nesta mesma perspectiva, o legislador determina que o negócio que encubra ou envolva o reconhecimento, novação ou fiança das dívidas decorrentes de jogos tolerados ou proibidos não deflagra prestação exigível (art. 814, § 1º, do Código Civil). De modo exemplificativo, a transação entre os jogadores da qual resultasse confissão de dívida não tem o condão de transformar a dívida de jogo em obrigação exigível, tampouco seria legítima a garantia de tal dívida por parte de fiador.

[Proteção ao terceiro de boa-fé]

Por outro lado, se destes jogos resulta obrigação nula ou mesmo título de crédito nulo, a nulidade não poderá ser oposta a terceiro de boa-fé, que ignora o vício. Assim, à guisa de exemplo, no caso de cessão a terceiro de título que tenha por lastro aludida confissão de dívida do jogador, não poderá ser oposta ao terceiro de boa-fé a nulidade decorrente da origem reprovada da dívida, de sorte que o jogador perdente ficará obrigado ao pagamento em favor do cessionário. Todavia, garante-se ao jogador (que pagou o valor do título, portanto, ao cessionário de boa-fé) ação de regresso em face do cedente (o jogador vencedor), para dele reaver o valor pago.<sup>57</sup> Afinal, a obrigação do jogador era desprovida de exigibilidade, de sorte que a lei admite, nesse caso, que o perdente possa recobrar o que pagou ao vencedor, cedente, que se responsabiliza pela existência do crédito perante o cessionário de boa-fé (CC, art. 295).



## 8. CONTRATOS DIFERENCIAIS

[Exclusão das regras de jogo e aposta aos contratos diferenciais]

O Código Civil de 2002, em orientação diametralmente oposta à do Código Civil de 1916, excluiu, no art. 816,<sup>58</sup> a aplicação das regras pertinentes ao jogo e à aposta aos contratos sobre títulos de bolsa, mercadorias ou valores, nos quais se estipulem a liquidação exclusivamente pela diferença entre o preço ajustado e a cotação que eles tenham no vencimento do ajuste. Em tais contratos, denominados diferenciais, as partes especulam em torno das diferenças das cotações dos títulos de bolsa, mercadorias ou valores, sem a intenção de efetuar ao final a entrega dos títulos. Por outras palavras, as operações diferenciais consistem na especulação sobre os preços que determinados títulos têm em uma mesma bolsa em momentos sucessivos. Esses contratos deixaram de ser equiparados ao jogo e à aposta, a despeito da especulação em torno da oscilação do preço de mercado que lhes é peculiar. Os contratos diferenciais, praticados nas operações levadas a cabo na Bolsa de Mercadorias & Futuros, se encontram sujeitos à fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).<sup>59</sup>

### PROBLEMA PRÁTICO

É possível a Cassino estrangeiro, onde os jogos de azar são permitidos, cobrar no Brasil dívida de jogo contraída naquele estabelecimento por jogador brasileiro, que escapara para o Brasil, onde é domiciliado, sem efetuar o pagamento?

- **Vide Casoteca**

- 
- 1 Clovis Bevilacqua afirma que, nesse caso, o contrato de constituição de renda tomará a natureza de doação (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo Ltda., 1958, p. 140). No mesmo sentido, J. M. Carvalho Santos, *Código Civil interpretado*, vol. XIX, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, 8. ed., p. 183.
  - 2 Gustavo Tepedino *et alli*, *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 612 e ss.
  - 3 Miguel Maria de Serpa Lopes assevera que a constituição de renda a título oneroso não é contrato específico, autônomo, mas toma o aspecto da compra e venda com caráter aleatório na hipótese de entrega de bens móveis ou imóveis, ou de mútuo por ocasião da transferência de capital do instituidor em favor do rendeiro (*Curso de Direito Civil: Fonte das obrigações: contratos*, vol. IV, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1962, p. 351).
  - 4 Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, 26. ed., p. 501.
  - 5 Silvio Rodrigues, *Direito Civil: Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, vol. III, São Paulo: Saraiva, 2006, 30. ed., p. 325.
  - 6 “O Código Civil de 1916 cogitava da constituição de renda como direito real, e sob este aspecto a disciplinava (arts. 749 e segs.), quando a renda era vinculada a um imóvel. Sujeitava, ainda, ao direito sucessório, se criada por disposição testamentária” (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2016, 20. ed., p. 449).
  - 7 Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Contratos em espécie*, vol. III, São Paulo: Atlas, 2003, p. 368.
  - 8 Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil*, cit., p. 368. Orlando Gomes ressalta a importância da constituição de renda: “(...) quando sua prática constitui objeto de atividade econômica de empresas financeiras” (Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 499).
  - 9 Giovanni Di Giandomenico, I contratti speciali: I contratti aleatori. In: *Trattato di diritto privato diretto da Mario Bessone*, vol. XIV, Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, p. 273.

- 10 Giovanni Di Giandomenico, *I contratti speciali*, cit., p. 273.
- 11 Sobre a constituição de renda gratuita, v. interessante precedente: STJ, 4ª T., AgRg no REsp 968179/RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julg. 17.12.2013, publ. DJ 3.2.2014.
- 12 Nessa direção, v. Clovis Bevilacqua, *Código Civil*, cit., p. 180; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*: Parte Especial, tomo XLIV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 366-367; e Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*: contratos, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2003, 11. ed., p. 476.
- 13 Nesse sentido, cfr. Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, vol. IV, cit., p. 409, no mesmo sentido Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, cit., p. 326 e Silvio de Salvo Venosa, *Direito Civil*, cit., p. 369.
- 14 “Art. 807. O contrato de constituição de renda requer escritura pública”.
- 15 Em sentido contrário, Flávio Tartuce sustenta a natureza consensual do contrato de constituição de renda, que apenas se tornaria formal nas hipóteses de negócios imobiliários de valor superior a 30 (trinta) salários mínimos (*Direito Civil*, vol. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2019, 14. ed., pp. 1005-1006, livro digital).
- 16 Na jurisprudência, v. exemplificativamente: “Execução provisória. Pensão alimentícia decorrente de ato ilícito. Constituição de capital. (...) a constituição de renda se presta a garantir o pagamento de prestações alimentícias futuras (e não pretéritas)” (TJSP, 28ª C. D. Priv., Agl 0162983-63.2011.8.26.0000, Rel. Des. Júlio Vidal, julg. 8.11.2011, publ. DJ 10.11.2011).
- 17 “Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: (...) III – o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas”.
- 18 Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, cit., p. 327; Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*: Direito das obrigações: 2ª Parte, vol. V, São Paulo: Saraiva, 2007, 35. ed., p. 366; Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, cit., p. 345.
- 19 “Art. 806. O contrato de constituição de renda será feito a prazo certo, ou por vida, podendo ultrapassar a vida do devedor mas não a do credor, seja ele o contratante, seja terceiro”.
- 20 Clovis Bevilacqua, *Código Civil*, cit., p. 140; J. M. Carvalho Santos, *Código Civil interpretado*, cit., pp. 182-183.

- 21 Nessa direção, cfr. J. M. Carvalho Santos, “Nem se poderia, por outro lado, considerar como aleatório o contrato no caso da constituição ter sido feita a título gratuito, pois os contratos dessa natureza excluem a possibilidade de serem considerados aleatórios. Em verdade, a possibilidade do ganho ou perda não se concebe num obrigado em contrato a título puramente gratuito: aquele que se constituiu devedor, ou que constituiu seu herdeiro devedor da renda não tem nenhuma esperança de ganho, assim como não corre risco algum de perda. Somente a liberalidade será maior ou menor, mais considerável ou de menor valor, segundo a maior ou menor duração da obrigação de efetuar o pagamento da renda” (*Código Civil Interpretado*, cit., p. 183).
- 22 Domenico Riccio, I contratti speciali: I contratti aleatori. In: *Trattato di diritto privato diretto da Mario Bessone*, vol. XIV, Torino: G. Gianppichelli Editore, 2005, p. 332. Nas palavras de Rosario Nicolò, “a circunstância de que a prestação da renda tenha como termo final a morte do beneficiário torna conatural ao contrato uma situação de incerteza em relação à prestação do rendeiro, relativamente às suas dimensões quantitativas, a qual constitui o correspectivo da prestação certa executada pelo beneficiário” (Alea. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano: Giuffrè, 1954. p. 1030). No original: “la circostanza che la prestazione della rendita abbia come termine finale la morte del vitaliziato rende connaturale al contratto una situazione di incertezza in ordine alla prestazione del vitalizante, per quanto attiene alle sue dimensioni quantitative, che costituisce il corrispettivo della prestazione certa, eseguita dal vitaliziato”.
- 23 Giovanni Dattilo, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano: Giuffrè, 1988, p. 875.
- 24 “Art. 808. É nula a constituição de renda em favor de pessoa já falecida, ou que, nos trinta dias seguintes, vier a falecer de moléstia que já sofria, quando foi celebrado o contrato”.
- 25 “Art. 551. Salvo declaração em contrário, a doação em comum a mais de uma pessoa entende-se distribuída entre elas por igual. Parágrafo único. Se os donatários, em tal caso, forem marido e mulher, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivente”.
- 26 Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil*, vol. III, São Paulo: Saraiva, 2012, 9ª ed., p. 536.
- 27 “Art. 813. A renda constituída por título gratuito pode, por ato do instituidor, ficar isenta de todas as execuções pendentes e futuras.

Parágrafo único. A isenção prevista neste artigo prevalece de pleno direito em favor dos montepios e pensões alimentícias”.

- 28 Conforme registra Claudio Luiz Bueno de Godoy. Além disso, “impõe-se uma impenhorabilidade legal, que vem desde o Regulamento n. 737 de 1850, em favor das instituições de rendas alimentícias, como é aquela devida, nos montepios, aos beneficiários, também ditos pensionistas, de alguém via de regra falecido. É, enfim, nesse caso, a impenhorabilidade do pecúlio devido aos beneficiários. Ainda em outras palavras, a ideia é que essas pensões instituídas não respondem pelas dívidas do instituidor, dada a natureza alimentar em favor de seus beneficiários” (In: Cesar Peluso (coord.), *Código Civil Comentado*, Barueri: Manole, 2013, 7. ed., p. 817).
- 29 Na doutrina estrangeira, cfr. Planiol, Georges Ripert e Jean Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, tomo II, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952, pp. 988-989: “O jogo e a aposta são contratos vizinhos um do outro, pelos quais *duas pessoas se prometem reciprocamente, e sob condição semelhante, uma soma determinada ou uma coisa in natura*, de tal sorte que uma só dentre elas será finalmente credora da outra, caducando sua própria promessa. (...) O jogo se difere da aposta pois a condição a preencher para o ganho do jogo é um fato a ser cumprido pelas partes, enquanto que o ganho da aposta depende da simples verificação de um fato já cumprido ou ainda de estado futuro, mas que, nesse último caso, não deve ser obra das partes” (tradução livre). No original: “Le jeu et le pari sont des contrats voisins l’un de l’autre, par lesquels *deux personnes se promettent réciproquement, et sous une condition semblable, une somme déterminée ou une chose en nature*, de telle sorte qu’une seule d’entre elles sera finalement créancière de l’autre, sa propre promesse étant caduque. (...) Le jeu diffère du pari en ce que la condition à remplir pour le gain du jeu est *un fait à accomplir par les parties*, tandis que le gain du pari dépend de la simple vérification d’un fait déjà accompli ou encore à l’état futur, mais que, dans ce dernier cas, ne doit pas être l’oeuvre des parties”.
- 30 Domenico Riccio, *I contratti speciali*, cit., pp. 134-135.
- 31 Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. III, Paris: Éditions Montchrestien, 1960, p. 1284.
- 32 Domenico Riccio, *I contratti speciali*, cit., pp. 134-135.

- 33 Para uma visão crítica do fato social, v. Pietro Perlingieri, *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 638-640, para quem todo fato social é dotado de juridicidade, ou seja, tem relevância positiva ou negativa, em termos de valores, para o ordenamento jurídico.
- 34 Carlo Alberto Funaioli, Giuoco e scommessa. In: *Novissimo digesto italiano*, vol. VII, Torino: UTET, 1957, 3. ed., p. 931. Sobre o tema, v., ainda, Emilio Valsecchi, Giuochi e scommesse. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano: Giuffrè, 1970, p. 51, o qual sustenta que o contrato de aposta encontra seu pressuposto de fato no jogo, inserindo-lhe elementos utilitários que lhe conferem a característica da patrimonialidade, condição essencial à relevância jurídica. Todavia, o jogo e a aposta permanecem sempre distintos e autônomos, mas quando um se torna o pressuposto do outro, o jogo assume função de instrumentalidade relativamente à aposta, assumindo apenas essa última a qualificação de contrato.
- 35 Carlo Alberto Funaioli, *Giuoco e scommessa*, cit., p. 932.
- 36 Domenico Riccio, *I contratti speciali*, cit., p. 131.
- 37 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2003, 11. ed., p. 483.
- 38 Domenico Riccio, *I contratti speciali*, cit., p. 146.
- 39 Domenico Riccio, *I contratti speciali*, cit., p. 139.
- 40 “Enquanto nos outros contratos aleatórios (por exemplo, o seguro), o risco preexiste e se reflete sobre a causa do contrato como elemento socialmente apreciável, na aposta isso é criado artificialmente ao único escopo, socialmente inútil, de determinar uma incidência na situação patrimonial dos contratantes” (Emilio Valsecchi, *Giuochi e scommesse*, cit., p. 54; tradução livre). No original: “Mentre negli altri contratti aleatori (per esempio, l’assicurazione), il rischio preesiste e si riflette sulla causa del contratto come elemento socialmente apprezzabile, nella scommessa esso è creato artificialmente al solo scopo, socialmente inutile, di determinare una incidenza nella situazione patrimoniale dei contraenti”.
- 41 Paula Greco Bandeira, *Contratos aleatórios no direito brasileiro*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 45.

- 42 O lucro ou prejuízo econômico, por outro lado, integra a álea normal dos contratos, associada ordinariamente aos contratos comutativos, a qual será gerida pela alocação positiva dos riscos econômicos, segundo as cláusulas contratuais definidas pelos contratantes ou, ainda, pela gestão negativa desses riscos, mediante o contrato incompleto. Sobre o ponto, v. Paula Greco Bandeira, *Contrato incompleto*, São Paulo: Atlas, 2015, pp. 117-162.
- 43 A respeito das competições esportivas, Carlo Alberto Funaioli sublinha que o direito italiano reconhece a plenitude de seus efeitos por contribuir para a saúde, educação e formação do caráter e de valores morais, com crescente importância social para a massa (*Giuoco e scommessa*, cit., p. 933).
- 44 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, cit., p. 488.
- 45 “Art. 814. (...) § 2º. O preceito contido neste artigo tem aplicação, ainda que se trate de jogo não proibido, só se excetuando os jogos e apostas legalmente permitidos”.
- 46 “Art. 814. (...) § 3º. Excetuam-se, igualmente, os prêmios oferecidos ou prometidos para o vencedor em competição de natureza esportiva, intelectual ou artística, desde que os interessados se submetam às prescrições legais e regulamentares”.
- 47 “Art. 29. Fica criada a modalidade lotérica, sob a forma de serviço público exclusivo da União, denominada apostas de quota fixa, cuja exploração comercial ocorrerá em todo o território nacional.
- § 1º. A modalidade lotérica de que trata o *caput* deste artigo consiste em sistema de apostas relativas a eventos reais de temática esportiva, em que é definido, no momento de efetivação da aposta, quanto o apostador pode ganhar em caso de acerto do prognóstico.
- § 2º. A loteria de apostas de quota fixa será autorizada ou concedida pelo Ministério da Fazenda e será explorada, exclusivamente, em ambiente concorrencial, com possibilidade de ser comercializada em quaisquer canais de distribuição comercial, físicos e em meios virtuais.
- § 3º. O Ministério da Fazenda regulamentará no prazo de até 2 (dois) anos, prorrogável por até igual período, a contar da data de publicação desta Lei, o disposto neste artigo”.
- 48 “Em termos práticos, o apostador escolherá certo resultado de um evento esportivo real, sabendo o valor do prêmio por esse resultado. Trata-se de uma prática de aposta esportiva bastante antiga e comum,

amplamente praticada na internet inclusive por brasileiros. (...) O art. 29, caput, do PL qualifica a modalidade lotérica de aposta de quota fixa como serviço público de titularidade exclusiva da União. Disso, decorrem duas consequências. Em primeiro lugar, a aposta de quota fixa estará submetida ao regime jurídico de direito público e às normas jurídicas especiais dos serviços públicos. Isto é, a ela aplicam-se os princípios e regras inerentes ao exercício da função administrativa, com a exploração dessa atividade pelo Poder Público, direta ou indiretamente, nos termos do art. 175 da Constituição Federal. A incidência do regime de direito público cria uma limitação à exploração da atividade pela iniciativa particular. Em segundo lugar, estipulou-se a titularidade da União sobre a modalidade lotérica aposta de quota fixa. Isso significa que incumbe à União delegar, regular e fiscalizar esse serviço público. O PL prevê que caberá ao Ministério da Fazenda a execução dessas atividades. Embora gravada pelo PL como serviço público, essa atividade não parece apresentar, em princípio, o atributo material da essencialidade. Implica dizer que a sua realização não se destina à “satisfação de necessidades individuais ou transindividuais de cunho essencial” (Fernão Justen de Oliveira e Ricardo de Paula Feijó, Apostas esportivas no Brasil. In: *Jota*, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-justen/apostas-esportivas-no-brasil-19122018>, acesso em 05/08/2019).

- 49 Recentemente, o TJCE chegou a analisar, à luz da legalização das apostas esportivas de quota fixa realizada pela Lei 13.756/2018, situação em que se discutia a prática de jogos de azar, entendendo-se que a averiguação de atipicidade das condutas demanda profunda análise do material fático-probatório. Diante da possibilidade de atipicidade, a ser analisada minuciosamente, se entendeu pela desnecessidade de manutenção de prisão preventiva. Informou-se que “não se identifica, *prima facie*, a alegada atipicidade das condutas imputadas aos pacientes tão somente por conta da promulgação da Lei Federal nº 13.756/2018, a qual legalizou as apostas esportivas de quota fixa, uma vez que não é possível constatar, sem um exame minucioso da prova coligida aos autos, se as atividades por eles praticadas se enquadram ou não na modalidade lotérica agora legalizada pelo Congresso Nacional.” (TJCE, 1ª Câm. Crim., HC 0622499-23.2019.8.06.0000, Rel. Des. Ligia Andrade de Alencar Magalhães, julg. 16.4.2019, publ. DJ 17.4.2019). Em sede recursal, v. STJ, Decisão Monocrática, RHC 112430, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julg. 10.6.2019, publ. DJ 14.5.2019.



- 50 Ao discorrer sobre a aposta tolerada, Emilio Valsecchi exclui sua natureza aleatória, ao argumento de que a possibilidade reconhecida ao devedor de não adimplir sua obrigação – por se tratar de obrigação natural – anula todos os riscos por ele assumidos, o que equivaleria a afirmar que o devedor não assume risco algum (*Giuochi e scommesse*, cit., p. 53).
- 51 Na lição de Clovis Bevilacqua, “Outros [jogos] são lícitos, mas são atos estranhos ao direito. Passam-se no domínio dos costumes; regula-os a moral. O direito civil não os quer disciplinar, porque ou são meros passatempos, e não criam relações juridicamente apreciáveis, ou constituem vícios moralmente condenáveis, economicamente desastrosos, e contra eles se deve premunir a ordem jurídica” (*Código Civil*, cit., p. 183).
- 52 Carlo Alberto Funaioli chega mesmo a afirmar, no âmbito do direito italiano, que a lei não reconhece plena eficácia jurídica obrigatória ao contrato de aposta por força da causa essencialmente não produtiva deste tipo de negócio, vez que não se baseia no resultado de um trabalho útil, mas na perda ou falta de sorte de outrem (*Giuoco e scommessa*, cit., pp. 931-932).
- 53 “Art. 814. As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito”.
- 54 Cf. o debate doutrinário em Emilio Valsecchi, *Giuochi e scommesse*, cit., p. 57.
- 55 Nesta direção, Miguel Maria de Serpa Lopes destaca que “a regra relativa à denegação de qualquer ação com fundamento no jogo e na aposta e a inerente à recusa da *repetitio indebiti* são princípios estabelecidos, sem restrições, tanto ao jogo como à aposta, sem se procurar indagar se tem uma causa lícita ou ilícita. Essa consideração leva-nos a crer que se trata de uma obrigação natural, por isso que estão presentes todos os seus pressupostos. Se a lei estabeleceu um regime uniforme para os jogos e apostas de todas as espécies, nada autoriza uma distinção entre os lícitos e os ilícitos, para se excluir destes o caráter de obrigação natural” (*Curso de Direito Civil*, cit., p. 419). Em crítica a esse entendimento, Orlando Gomes afirma que a obrigação natural tem um fim moral e seu suporte psicológico é a convicção de que deve ser cumprida porque assim manda a consciência. A prática do ato ilícito, por sua vez, não pode gerar

obrigação com semelhante finalidade, nem desperta sentimento de que é desonroso o inadimplemento. Daí ser equivocada o entendimento de que os jogos proibidos gerariam obrigação natural (*Contratos*, cit., p. 529).

- 56 “Realizado como é contra proibição legal, esse contrato não pode originar qualquer efeito. Contudo, argúi-se que a repetição deve ser repelida com apoio no princípio geral que manda suprimir a *condictio* procedente da nulidade dos contratos quando há causa torpe para ambas as partes, *in pari causa turpitudinis, cessat repetitio*. A nulidade do contrato justifica a inexistência de obrigação, mas a *repetição* se exclui pela concorrência de causa torpe” (Orlando Gomes, *Contratos*, cit., pp. 529-530). Nesse sentido, assevera Clovis Bevilacqua que “aquele que pagou o que perdeu em jogo ilícito não tem ação para recobrar o que, voluntariamente, desembolsou, porque é um delinquente, e não poderá erigir o seu delito em fundamento de uma ação. Por este modo, o direito civil vai em apoio do penal, na repressão do jogo” (*Código Civil*, cit., p. 183). No mesmo sentido, J. M. Carvalho Santos, *Código Civil Interpretado*, cit., p. 415.
- 57 Como assinala a doutrina: “Importa, porém, ressaltar que a nulidade resultante do parágrafo 1º, ora comentado, não pode ser oposta ao terceiro de boa-fé. Afinal, não é razoável que aquele que efetivamente ignora a origem reprovada da dívida (portanto, terceiro de boa-fé) seja sancionado. Ao perdente, caberá, então, se transferido o título por cessão, ou endosso, honrar o pagamento junto ao terceiro de boa-fé, “restando-lhe, todavia, direito regressivo contra o cedente ou endossante para dele haver a quantia que tiver sido obrigado a pagar”. E aqui entendemos ser plausível a repetição, na medida em que o perdente, ao exercitar, excepcionalmente, a ação regressiva, pretende, em última análise, opor a exceção da inexigibilidade da obrigação pela única forma que lhe é possível, depois de feita a transmissão do título” (Maria Ester V. Arroyo Monteiro de Barros. In: Arruda Alvim e Thereza Alvim (coord.), *Comentários ao Código Civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 457-458); José Augusto Delgado. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XI, t. II, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 145; Claudio Luiz Bueno de Godoy. In: Cesar Peluso (coord.), *Código Civil Comentado*, cit., p. 819.
- 58 “Art. 816. As disposições dos arts. 814 e 815 não se aplicam aos contratos sobre títulos de bolsa, mercadorias ou valores, em que se

estipulem a liquidação exclusivamente pela diferença entre o preço ajustado e a cotação que eles tiverem no vencimento do ajuste”.

- 59 Como pontuado por Ricardo Fiuza, “Os negócios de mercadorias, derivativos e futuros, têm seu risco e a possibilidade sempre presente de, de um lado, alguém perder, e, de outro, alguém ganhar tal como ocorre nas Bolsas de Valores clássicas. E isso jamais foi considerado ilegal por constituir jogo ou aposta proibidos. *Mutatis mutandis*, é o que ocorre nos negócios de títulos de bolsas de mercadorias, derivados e futuros, supracitados, mesmo quando a venda não é feita e o negócio se desfaz pelo pagamento da diferença, no preço, pelo que perdeu” (*Novo Código Civil Comentado*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 384).



SUMÁRIO: 1. Conceito. Efeitos essenciais – 2. Espécies – 3. Características – 4. Efeitos da fiança – 5. Extinção da fiança – Problema prático.

## **1. CONCEITO. EFEITOS ESSENCIAIS**

[Garantia geral dos credores]

Ao estabelecer relação obrigacional que não seja gratuita, isto é, que implique sacrifício econômico, o devedor garante o cumprimento da prestação com seu patrimônio. Por outras palavras, o patrimônio do devedor constitui a garantia geral dos credores para o cumprimento de suas obrigações (CC, art. 391;<sup>1</sup> CPC, art. 789<sup>2</sup>). O princípio já era conhecido no Código Civil francês de 1804, cujo art. 2.093 dispunha: “Os bens do devedor são a garantia comum de seus credores, e o preço é distribuído entre eles por contribuição, a menos que haja entre os credores causas legítimas de preferência”.<sup>3</sup> Significa dizer, portanto, que o patrimônio do devedor traduz o conjunto de bens sob sua titularidade destinado a satisfazer o seu credor, seja por meio do cumprimento específico do que é devido, seja por meio de indenização correspondente, em razão de eventual inadimplemento.<sup>4</sup>

[Garantia especial: real ou pessoal]

Entretanto, é possível que as partes optem por reforçar a obrigação por meio da estipulação de garantia especial, que pode ter natureza real ou fidejussória, esta também denominada pessoal. A garantia real, dentre as quais o penhor, a hipoteca e a anticrese, é constituída mediante a afetação de bem específico do patrimônio do devedor ao pagamento de determinada dívida. Nesse caso, o credor receberá o valor correspondente à alienação do bem oferecido em garantia na hipótese de inadimplemento do devedor.

[Garantia pessoal ou fidejussória]

Na modalidade fidejussória ou pessoal, em contrapartida, a garantia é oferecida por meio da vinculação de patrimônio de terceiro à satisfação da dívida, em reforço ao cumprimento da prestação pelo devedor.

Dentre as garantias pessoais, destaca-se a fiança, que consiste em contrato por meio do qual o fiador garante satisfazer ao credor determinada obrigação assumida pelo devedor, denominado afiançado, caso este não a cumpra (CC, art. 818). Dito diversamente, no contrato de fiança, o fiador se obriga perante o credor da obrigação principal a cumprir a prestação assumida pelo devedor no caso de inadimplemento deste último. Cuida-se, em uma palavra, de reforço da obrigação principal. O devedor da obrigação é, portanto, terceiro em relação ao contrato de fiança, e não precisa consentir para o aperfeiçoamento do contrato entre o fiador e seu credor (CC, art. 820),<sup>5</sup> podendo-se contratar a fiança mesmo contra a sua vontade. Note-se, contudo, que, na maioria dos contratos celebrados contemporaneamente, o próprio devedor é quem providencia a garantia pessoal.

[Abonador]

Diversamente do Código Civil de 1916,<sup>6</sup> o Código Civil de 2002 não positivou a figura do abonador, que corresponde ao terceiro que oferece garantia de pagamento para a hipótese em que o fiador não

satisfaz sua obrigação, em espécie de subfiança. Todavia, admite-se a sua criação pela autonomia privada.<sup>7</sup>

[Objeto]

Como se verá, a fiança poderá ter como objeto a inteira dívida ou apenas parte dela, incluindo ou não seus acessórios. Além disso, a obrigação garantida pode representar dívida atual ou futura e, em todo caso, haverá de ser válida e exigível. Não caberá, por isso mesmo, fiança de obrigação nula ou de obrigação natural, desprovida de exigibilidade.

## 2. ESPÉCIES

[Fiança civil e mercantil]

Sob a égide do Código de 1916, a fiança classificava-se em civil e mercantil. A primeira era regida pelos arts. 1.481 e seguintes daquele diploma, enquanto o regramento da segunda estava no Código Comercial de 1850. Para ser considerada mercantil, a fiança deveria se dar no âmbito de uma relação comercial, sendo o afiançado comerciante, embora não fosse exigido que o fiador também o fosse.<sup>8</sup>

Com a revogação do diploma comercial, essa distinção foi abandonada, de modo que no regime atual a fiança sempre será civil. Apesar disso, é possível denominar de empresária a fiança destinada a garantir o exercício da atividade própria de empresário.

[Fiança consensual, legal ou judicial]

Atualmente, é possível classificar a fiança de acordo com a formação do vínculo jurídico. A espécie de fiança regida pelo Código Civil a partir do art. 818 é aquela que resulta do livre encontro de vontades dos contratantes denominada fiança convencional. Entretanto, é possível que a garantia decorra de exigência legal. É o caso, por exemplo, do art. 1.400 do Código Civil,<sup>9</sup> que impõe ao

usufrutuário o oferecimento de uma garantia fidejussória ou real sobre os bens que receber, se assim exigir o dono. Optando, nesse caso, pela constituição de fiança, será ela da espécie legal. Além disso, é possível falar em fiança judicial, que é determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte.

### 3. CARACTERÍSTICAS

[Contrato unilateral]

Segundo a maior parte da doutrina, a fiança traduz de contrato unilateral, por gerar obrigações apenas para o fiador.<sup>10</sup> Existem, porém, autores que defendem sua bilateralidade imperfeita, em razão da sub-rogação que existe em favor do fiador caso este pague a dívida, deflagrando-se pretensão do fiador em face do afiançado.<sup>11</sup> Tal entendimento, contudo, não colhe, uma vez que o pagamento da dívida pelo fiador extingue o contrato de fiança, de sorte que a sub-rogação se opera pelas normas dos direitos das obrigações (CC, art. 346, III),<sup>12</sup> mostrando-se desinfluyente sobre a unilateralidade do contrato de fiança.<sup>13</sup> O contrato de fiança, portanto, desde que gratuito, é unilateral, vez que as obrigações assumidas pelo fiador não encontram correspondente nas obrigações contraídas pelo credor.

[Gratuito ou oneroso]

O contrato de fiança afigura-se, em regra, gratuito, já que estabelece vantagens econômicas apenas ao credor. Não raro, porém, uma retribuição pecuniária é acordada em favor do fiador, tal como ocorre na fiança bancária, de modo a compensar o risco patrimonial que este sofre com o reforço à dívida de terceiro. Neste caso, a fiança se torna onerosa e sinalagmática, tendo sido concedida em face da remuneração que lhe serve de contraprestação.

[Contrato acessório]



Em relação ao contrato principal do qual provém a dívida, a fiança consiste em negócio acessório, extinguindo-se no caso de dissolução da relação principal.<sup>14</sup> Pelo princípio de que o acessório segue a sorte do principal, a fiança será nula sempre que estabelecida em reforço de obrigação também nula *ex vi* do art. 824 do Código Civil.<sup>15</sup> Tal dispositivo há de ser interpretado extensivamente para abarcar todos os tipos de invalidade, seja nulidade, seja anulabilidade.<sup>16</sup> De outra parte, caso a nulidade resulte apenas da incapacidade pessoal do devedor, a fiança prevalecerá, exceto se garantir dívida decorrente de mútuo contraído por menor (CC, art. 824, parágrafo único),<sup>17</sup> em consonância com o disposto no art. 588 do Código Civil.<sup>18</sup>

[Negócio personalíssimo]

Além disso, o contrato de fiança consiste em negócio personalíssimo, por se estabelecer em razão da relação de confiança existente entre as partes, sendo certo que a fidúcia lhe é essencial. Por esta razão, o credor não é obrigado a aceitar como fiador pessoa que não seja idônea, domiciliada fora do município onde a prestação deva ser adimplida, ou sem bens suficientes para cumprir a obrigação,<sup>19</sup> consoante o disposto no art. 825 do Código Civil.<sup>20</sup> Em contrapartida, em qualquer caso, a recusa deverá ser fundamentada, a suscitar controle de abusividade, não se sujeitando, portanto, ao puro arbítrio do credor, que não poderá recusar o fiador injustificadamente. Não há, em uma palavra, direito potestativo de recusa pelo credor, vez que esta há de ser fundamentada.<sup>21</sup>

[Insolvência ou incapacidade superveniente do fiador]

Por outro lado, na hipótese de insolvência ou incapacidade superveniente do fiador, o credor poderá exigir do devedor a sua substituição (CC, art. 826).<sup>22</sup> Caso a garantia não seja reforçada ou substituída, será facultado ao credor requerer a resolução do contrato principal por inadimplemento.

[Negócio formal]

O legislador estabeleceu, ainda, requisito formal para a validade do contrato de fiança, qual seja, a forma escrita. Trata-se de pressuposto *ad substantiam actus*, razão pela qual deve ser observado mesmo quando o contrato principal for firmado apenas verbalmente.<sup>23</sup> Registre-se que o contrato de fiança poderá ser celebrado por escritura pública ou particular.

[Interpretação restritiva]

Por ser negócio de caráter eminentemente benéfico, a fiança deve ser interpretada restritivamente (CC, art. 819),<sup>24</sup> “de maneira que sempre estará limitada aos encargos expressa e inequivocamente assumidos pelo fiador”.<sup>25</sup> Cuida-se de especificação do princípio geral contido no art. 114 do Código Civil.<sup>26</sup> A interpretação restritiva do contrato de fiança revela-se, assim, fundamental, especialmente considerando que o Código Civil autoriza que a fiança seja prestada em relação apenas à parte da dívida. Desse modo, o intérprete deverá ter cautela ao delimitar o objeto da fiança, não permitindo que o fiador seja responsabilizado para além do que pactuou.<sup>27</sup>

[Fiança não limitada]

Se, por outro lado, a fiança não for limitada, a garantia compreenderá todas as despesas acessórias à obrigação principal (CC, art. 822).<sup>28</sup> Dentre tais despesas acessórias, incluem-se as despesas judiciais referentes ao processo movido pelo credor para a cobrança da dívida surgidas após a citação do fiador, já que este não pode se responsabilizar por despesas pretéritas, que poderia ter evitado mediante o pagamento da dívida ou a apresentação de defesa.<sup>29</sup>

[Fiança em valor igual ou inferior à dívida afiançada]

De outra parte, admite-se que o fiador se obrigue por valor inferior à dívida afiançada ou em condições menos onerosas. Caso, entretanto, as partes pactuem fiança em valor superior ao da dívida

do devedor principal ou em condições mais onerosas, a fiança não valerá senão até o limite da obrigação afiançada (CC, art. 823).<sup>30</sup> O preceito proíbe que o fiador assuma responsabilidade mais gravosa do que a do devedor, ao mesmo tempo em que preserva o negócio jurídico, determinando o reajuste da fiança ao valor da dívida afiançada, sem determinar a nulidade do negócio, em homenagem ao princípio da conservação dos negócios jurídicos.<sup>31</sup>

[Dívidas futuras]

Ainda em relação ao objeto da garantia, o art. 821 do Código Civil autoriza que as dívidas futuras sejam objeto de fiança. Vale dizer: ao lado das dívidas atuais, mostra-se possível que uma prestação sujeita a termo inicial ou condição suspensiva constitua objeto de garantia fidejussória. Embora a dívida seja futura, a vinculação do fiador será atual, pois já perfectibilizados o contrato principal e o acessório. Entretanto, o garantidor só poderá ser demandado após a dívida se tornar líquida e certa. Além disso, como de ordinário no contrato de fiança, o fiador só deve ser chamado a responder uma vez que a dívida esteja vencida e se verifique o inadimplemento do devedor principal.

[Outorga uxória]

Além dos requisitos gerais necessários ao aperfeiçoamento do negócio jurídico, a fiança requer pressuposto fundamental, de caráter subjetivo, consistente na outorga uxória. O contrato de fiança reforça a obrigação principal em caso de inadimplemento do devedor. Trata-se, portanto, de contrato que estabelece vinculação patrimonial de terceiro em favor de dívida alheia. Por essa razão, e para evitar o comprometimento unilateral do patrimônio comum, o Código Civil de 2002 repetiu a disposição que já era presente no diploma anterior, ao determinar, no art. 1.647, III,<sup>32</sup> a necessidade de outorga do cônjuge para a prestação da garantia pessoal, salvo nos casos de regime de separação absoluta de bens.

[Anulabilidade]

Contudo, diferentemente do que acontecia no regime anterior, o legislador de 2002 se preocupou em descrever os efeitos gerados pela fiança prestada sem autorização do consorte, determinando, no art. 1.649,<sup>33</sup> que o ato será anulável, cabendo ao outro cônjuge pleitear a anulação em prazo decadencial de 2 (dois) anos, contados a partir da dissolução da sociedade conjugal. Segundo o entendimento sumulado pelo STJ,<sup>34</sup> a anulação deverá ser requerida em relação à totalidade da garantia, e não somente no que diz respeito à meação do cônjuge prejudicado. Tal entendimento é, contudo, mitigado caso o fiador omita seu estado de casado, hipótese em que se preserva a meação do cônjuge que não se obrigou como fiador, valendo a garantia apenas em relação aos bens daquele que se obrigou.<sup>35</sup>

[Dispensa de outorga uxória na união estável]

A aplicação desse pressuposto subjetivo, porém, não se comunica aos casos de união estável, segundo entendimento consolidado do STJ,<sup>36</sup> no sentido de ser dispensada a autorização do companheiro para a constituição desta garantia fidejussória. Tal distinção não se mostra incompatível com o reconhecimento da união estável como entidade familiar, equiparada ao casamento, com fulcro na solidariedade familiar, já que se baseia nas diferenças entre os efeitos decorrentes do casamento como ato formal (celebração do casamento) e como relação jurídica dele decorrente (relação matrimonial). Os efeitos associados à celebração do casamento não podem ser equiparados às entidades familiares, sendo estas desprovidas de ato constitutivo. Já os efeitos decorrentes do casamento como relação jurídica, fundada na solidariedade, devem ser equiparados aos da união estável, por identidade de *ratio*.<sup>37</sup>

#### **4. EFEITOS DA FIANÇA**

[Benefício de ordem]

A obrigação típica do fiador estabelecida pela garantia pessoal é a de cumprir a obrigação se o devedor principal a inadimplir. Trata-se, portanto, de obrigação subsidiária,<sup>38</sup> e é por essa razão que a lei civil confere ao fiador o benefício de ordem, também denominado benefício de excussão, consistente na faculdade de exigir que a execução da dívida vencida recaia sobre os bens do devedor em primeiro lugar (CC, art. 827).<sup>39</sup> Se o fiador for acionado primeiramente, portanto, deverá indicar, até a contestação, por meio do chamamento ao processo (CPC, art. 130),<sup>40</sup> bens desembaraçados do devedor, situados no mesmo município onde deva ser cumprida a obrigação, para execução, de modo que seus bens só serão penhorados se os bens do obrigado principal forem insuficientes (CPC, art. 794).<sup>41</sup>

[Renúncia ao benefício de ordem]

É possível, porém, que as partes convençionem o afastamento do benefício de ordem do fiador. Nesses casos, o fiador poderá ser demandado imediatamente diante do inadimplemento da obrigação pelo devedor e não poderá invocar a sua responsabilidade subsidiária. De um lado, o fiador poderá renunciar expressamente ao benefício de ordem, seja no próprio contrato de fiança, seja por meio de pacto adjeto ao contrato que estabelece a garantia, mostrando-se, nessa direção, corriqueiras cláusulas de renúncia ao benefício de ordem (CC, art. 828, I).<sup>42</sup> Além disso, é possível que o fiador se obrigue como principal pagador ou devedor solidário, podendo ser demandado pela totalidade da dívida sem benefício de ordem (CC, art. 828, II).<sup>43</sup>

Existe, ainda, hipótese em que, mesmo não havendo afastamento convencional ao benefício de ordem, o fiador poderá ser demandado de imediato. É o que ocorre quando o devedor principal, por razão superveniente, torna-se insolvente ou falido, não dispondo de bens para solver seu débito. Nesses casos, o patrimônio do fiador, garantidor pessoal da dívida, deve se destinar a promover o pagamento ao credor (CC, art. 828, III).<sup>44</sup>

[Ação de regresso]

Em qualquer caso das hipóteses de exclusão do benefício de ordem, o fiador terá ação regressiva contra o devedor principal para cobrar a dívida, de sua exclusiva responsabilidade.

[Desídia do credor]

Caso o credor inicie a execução contra o devedor e, sem justa causa, não dê a ela andamento, agindo de modo desidioso, o art. 834 do Código Civil faculta ao fiador promover o andamento da demanda. A *ratio* da norma consiste em prestigiar o interesse legítimo do fiador em ultimar a execução, com a satisfação do credor, de sorte a liberá-lo do vínculo obrigacional assumido.<sup>45</sup>

[Pluralidade de fiadores]

A garantia pessoal estabelecida com a fiança pode se dar por meio de mais de um patrimônio vinculado, ou seja, pode haver mais de um fiador obrigado no reforço de uma mesma dívida. Haverá, assim, pluralidade de fiadores, por meio de contratos de fiança separados ou pela fiança conjunta ou coletiva, prestada em contrato único. Nesses casos, a lei estabelece a solidariedade legal entre os cofiadores, podendo cada um ser demandado pela totalidade da dívida. No entanto, o benefício de ordem ainda deve ser invocado, já que a solidariedade entre os fiadores não se confunde com a solidariedade entre os garantidores e o devedor principal da dívida. Não há, de outra parte, solidariedade entre o fiador e o seu cônjuge, que anuiu com a fiança, de sorte que, na hipótese de morte do fiador, o cônjuge assume a obrigação na qualidade de herdeiro na forma do art. 836 do Código Civil.

[Afastamento da solidariedade]

A lei faculta, porém, às partes, a afastarem a solidariedade, por meio da estipulação de divisão de parcelas da dívida entre os fiadores, denominado benefício da divisão. Assim, embora a fiança

seja conjunta, referente à inteira dívida, cada fiador só poderá ser demandado pela parcela à qual se obrigou expressamente (CC, art. 829).<sup>46</sup> Por outro lado, mostra-se possível apenas a fiança parcial, em que cada fiador assume uma parte da dívida, não podendo ser demandado por mais (CC, art. 830).<sup>47</sup> Esta hipótese não se confunde com o benefício da divisão, de que trata o art. 829, em que há fiança conjunta ou coletiva sobre o inteiro débito, restando cada fiador responsável por parte do pagamento. Na fiança parcial, de outra parte, o fiador se obriga apenas por uma parcela da dívida. Trata-se de garantia parcial até determinado valor.<sup>48</sup>

[Sub-rogação]

Se o fiador demandado pagar a dívida, ele se sub-rogará na posição do credor da obrigação principal, tendo, assim, pretensão em face do afiançado, podendo invocar todos os direitos de que gozava o credor originário (CC, art. 831, *caput*).<sup>49</sup> Isso porque, apesar de ser firmado em benefício do credor, a fiança não importa doação ao devedor primário, que continuará obrigado pela sua prestação.<sup>50</sup> Nesse caso, o fiador poderá reaver do devedor não apenas o valor pago, mas também as perdas e danos que sofreu em decorrência da fiança do inadimplemento do devedor quanto à obrigação principal e da fiança (CC, art. 832).<sup>51</sup> Além disso, poderá cobrar do afiançado juros pelo desembolso, em taxa estipulada na obrigação principal, ou, não havendo, pelos juros legais de mora. Estes juros incidirão no interregno entre o pagamento efetuado pelo fiador ao credor e o pagamento pelo devedor ao fiador<sup>52</sup> (CC, art. 833).<sup>53</sup>

[Regresso na pluralidade de fiadores]

Na hipótese de pluralidade de fiadores, aquele que paga a dívida poderá cobrar dos demais cofiadores, em ação de regresso, a cota parte de cada um. De outra parte, caso haja insolvência de um dos cofiadores, os demais irão ratear a sua cota parte (CC, art. 831, parágrafo único).<sup>54</sup>

[Não cabimento da ação de regresso]

Caio Mário da Silva Pereira afirma que o fiador não poderá demandar o regresso do afiançado se: a) por sua omissão, o devedor, não ciente do adimplemento, pagar o mesmo débito; b) houver prestado fiança com *animus donandi*; c) a prestação paga não for devida ou for maior que o valor da obrigação; d) tiver pago sem ser demandado.<sup>55</sup>

[Prazo determinado ou indeterminado]

A fiança pode ser firmada com ou sem prazo determinado. Se houver prazo, o fiador não poderá se exonerar antes de decorrido o tempo do contrato, ao qual se encontra obrigado. Por outro lado, se a garantia for prestada sem limitação temporal, o fiador não está obrigado a vincular seu patrimônio indefinidamente ao cumprimento da obrigação de terceiro, podendo se exonerar mediante notificação ao credor, que gerará efeitos após 60 (sessenta) dias, período durante o qual o fiador ainda está obrigado a garantir o inadimplemento do devedor (CC, art. 835).<sup>56</sup>

[Lei do Inquilinato]

O tema é de grande relevância nas locações de imóveis urbanos: o art. 39 da Lei n.º 8.245/91, com a redação introduzida pela Lei n.º 12.112, de 9 de dezembro de 2009, determina que “salvo disposição 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”. Esta prorrogação da eficácia da fiança mesmo no caso de prorrogação da locação por prazo indeterminado não constava da redação original, entendendo-se, então, na jurisprudência, que dependeria de expressa previsão contratual. A partir de 2012, com a nova redação do dispositivo, o STJ passou a admitir a permanência da fiança nas prorrogações contratuais por prazo indeterminado, desde que não haja convenção em contrário, conforme o entendimento da Súmula nº. 214: “o fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamentos



com os quais não anuiu”. Basta, portanto, existir no contrato estipulação no sentido de que o fiador permanecerá responsável até a entrega das chaves, para que a fiança subsista no caso de prorrogação do contrato por prazo indeterminado, pondo-se a salvo o direito de exoneração do fiador mediante notificação com 120 (cento e vinte) dias de antecedência, nos moldes do art. 40, X,<sup>57</sup> Lei n.º 8.245/91.<sup>58</sup>

[Bem de família do fiador]

Ainda no âmbito da Lei do Inquilinato, discute-se se o bem de família indicado pelo fiador sujeita-se à execução. Como se sabe, a Lei n.º 8.009, de 29 de março de 1990, ao disciplinar o bem de família, assim compreendido como o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar que se mostra impenhorável (Lei n.º 8.009/90, art. 1º)<sup>59</sup>, determinou a possibilidade de penhora de bem de família oferecido pelo fiador em reforço à dívida do devedor principal em contrato de locação (Lei n.º 8.009/90, art. 3º, VII). A jurisprudência majoritária, em interpretação literal ao art. 3º, VII, reconheceu a validade da penhora do bem de família do fiador em locação para fins de moradia, uma vez que este assume todos os riscos decorrentes do inadimplemento do devedor. Segundo estabelecido pela Corte, a penhorabilidade acabaria, por via indireta, por favorecer o direito de moradia do locatário, ampliando a oferta de imóveis para locação, em razão do reforço da garantia oferecida aos locadores.<sup>60</sup> Por outro lado, o STF, ao apreciar o Recurso Extraordinário n.º 605.709, decidiu que o bem de família do fiador em contratos de locação para fins empresariais há de ser considerado impenhorável, de sorte que o direito de moradia do fiador prepondera sobre a livre-iniciativa ou o direito de crédito do locador.<sup>61-62</sup>

[Transmissão aos herdeiros do fiador]

Em qualquer caso, os efeitos da fiança passam aos herdeiros do fiador em caso de falecimento deste. Entretanto, a responsabilidade

dos sucessores só abarcará as obrigações constituídas até a morte do obrigado e respeitadas as forças da herança (CC, art. 1.792), de modo que os herdeiros não poderão ser chamados a pagar a dívida com patrimônio próprio. A literalidade do art. 836 pode induzir em erro, já que, a rigor, a obrigação assumida pela fiança se extingue pela morte do fiador, transmitindo-se aos herdeiros a responsabilidade pela dívida nos limites das forças da herança.<sup>63</sup>

## 5. EXTINÇÃO DA FIANÇA

[Exceções]

Sempre que demandado, o fiador poderá se defender usando todas as exceções pessoais que lhe disserem respeito, bem como aquelas que se relacionem à extinção da obrigação principal do afiançado, tais como o pagamento, a confusão, prescrição, nulidade ou anulabilidade. Cuida-se de exceções gerais das quais o devedor poderia se valer.<sup>64</sup> Todavia, se o fiador, ao prestar a garantia, já sabia de causa de invalidade, não poderá invocá-la para exonerar-se.<sup>65</sup>

O fiador, por outro lado, não poderá invocar exceções pessoais do devedor para extinguir a fiança.<sup>66</sup> Também não poderá o fiador alegar a incapacidade pessoal do devedor em benefício próprio, salvo na hipótese de mútuo feito a menor, que não pode ser reavido do fiador (CC, arts. 588 e 837),<sup>67</sup> exceto nas hipóteses previstas no art. 589 do Código Civil.

[Extinção da obrigação afiançada]

Em decorrência do seu caráter acessório, a fiança será extinta sempre que a obrigação garantida também se extinguir, seja pelo modo ordinário, isto é, pelo adimplemento, seja por dação em pagamento, remissão ou novação. É o que Orlando Gomes denomina extinção “por via de consequência”.<sup>68</sup> No caso da dação em pagamento, o fiador estará exonerado mesmo que o credor venha a perder o bem dado pelo devedor em razão de futura

evicção. Nesta hipótese, o devedor responderá pelos prejuízos da evicção, mas a fiança não se restabelece (CC, art. 838, III).

[Concessão de prazo adicional ao devedor]

O fiador também estará desobrigado de sua obrigação se o credor expressamente conceder prazo adicional (*rectius*, moratória) ao afiançado para o adimplemento da prestação vencida (CC, art. 838, I). Entende-se, nesse caso, que, se o fiador não anuiu com o acerto feito entre as partes da obrigação originária, não pode ter sua obrigação agravada. Tal moratória há de ser atribuída expressamente ao devedor, tornando-se direito exigível.

[Impossibilidade de sub-rogação nos mesmos direitos e preferências creditórios]

O mesmo ocorre quando algum fato imputável ao credor impossibilite a sub-rogação do fiador em seus direitos e preferências, de modo a situar o fiador em posição pior relativamente àquela que seria ocupada pelo credor originário (CC, art. 838, II). À guisa de exemplo, tem-se o caso em que o credor renuncia a alguma garantia real, como a hipoteca ou o penhor.

[Retardo do credor na execução]

Por fim, o art. 839 do Código Civil<sup>69</sup> determina que, se o fiador, demandado pelo credor, invocar o benefício de ordem e indicar os bens do devedor à penhora, estará exonerado mesmo em caso de futura insolvência do devedor ocasionada por retardo na execução por parte do credor. Isso porque o fiador não pode ser prejudicado pela desídia do credor em promover a execução dos bens do devedor, devendo fazer a prova de que os bens por ele indicados eram bastantes e suficientes para a satisfação do credor.

## PROBLEMA PRÁTICO

Em contrato de locação de certo imóvel urbano celebrado pelo prazo de um ano, avençou-se fiança com expressa previsão de manutenção da garantia em caso de prorrogação do contrato principal, até a efetiva entrega do imóvel. Após 11 (onze) meses, o credor concordou em prorrogar o contrato por tempo indeterminado. No segundo ano, ocorreu o inadimplemento por parte do locatário. Diante da cobrança efetuada pelo credor (locador) em face do fiador, este alega que apenas se obrigou como garantidor do locatário pelo primeiro ano e que há nulidade da cláusula. Assiste razão ao fiador? Justifique.

- **Vide Casoteca**

- 
- 1 “Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”.
  - 2 “Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”.
  - 3 No original: “*Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s’en distribue entre eux par contribution, à moins qu’il n’y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence.*» Na recente reforma do *Code Civil*, o dispositivo encontra correspondente no artigo 2.285, no *Livre IV: Des sûretés*.
  - 4 J. R. Castro Neves, As garantias do cumprimento da obrigação. In: *Revista da EMERJ*, vol. 11, n. 44, 2008, pp. 117-118.
  - 5 “Art. 820. Pode-se estipular a fiança, ainda que sem consentimento do devedor ou contra a sua vontade”.
  - 6 Na dicção do art. 1.482 do Código Civil de 1916, “Art. 1.482. Se o fiador tiver quem lhe abone a solvência, ao abonador se aplicará o disposto, neste capítulo, sobre fiança”.
  - 7 Como registra a doutrina: “Se o fiador tiver quem lhe abone a solvência, ao abonador aplicar-se-á o disposto neste Capítulo sobre fiança. Pode haver, pois, fiador de fiador, que, em direito português, se chama abonador; neste caso, o abonador assume as obrigações do fiador, aplicando-se-lhe, de tal arte, todas as prescrições legais relativas à fiança” (Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil: direito das obrigações*, vol. 5, São Paulo: Saraiva, 2007, 35. ed., p. 380).
  - 8 “Art. 256 – Para que a fiança possa ser reputada mercantil, é indispensável que o afiançado seja comerciante, e a obrigação afiançada derive de causa comercial, embora o fiador não seja comerciante”.
  - 9 “Art. 1.400. O usufrutuário, antes de assumir o usufruto, inventariará, à sua custa, os bens que receber, determinando o estado em que se acham, e dará caução, fidejussória ou real, se lha exigir o dono, de velar-lhes pela conservação, e entregá-los findo o usufruto”.
  - 10 Ilustrativamente: “O contrato de fiança é unilateral. Só se vincula a prestar quem dá a fiança.” (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. XLIV, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.

200); V. tb. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2016, 20. ed., p. 468.

- 11 Nesse sentido, Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo Ltda., 1958, p. 186.
- 12 “Art. 346. A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor: (...) III – do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte”.
- 13 Assinala Orlando Gomes sobre o entendimento: “Insustentável, demais disso, porque, cumprida a obrigação do fiador, se extingue o contrato de fiança” (*Contratos*, 26. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 537).
- 14 Apesar da relação de acessoriedade, Caio Mário da Silva Pereira defende que não há identidade entre os dois negócios: “se a fiança não pode ser mais onerosa (*in duriores causam*), pode ser inferior ao valor da obrigação garantida, como também é possível dar fiança condicional ou a termo a uma obrigação pura e simples” (*Instituições de Direito Civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2016, 20. ed., p. 468).
- 15 “Art. 824. As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor”.
- 16 Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. XLIV, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 287-288.
- 17 “Art. 824. (...) Parágrafo único. A exceção estabelecida neste artigo não abrange o caso de mútuo feito a menor”.
- 18 “Art. 588. 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”.
- 19 Sobre o conceito de idoneidade, Caio Mário da Silva Pereira defende que esta compreende o aspecto financeiro e o moral: “No caso de ser o devedor obrigado a oferecer fiador, ou por ser exigência legal, ou por se ter comprometido a fazê-lo, o credor tem a liberdade de recusar, se o indigitado não for: a) pessoa idônea, compreendendo-se neste requisito tanto a idoneidade *financeira*, que se avalia confrontando o valor do débito com a estimativa dos bens livres, quanto a idoneidade *moral*, apurada pela honorabilidade do fiador e seu conceito no meio em que vive. Um indivíduo rixoso, demandista habitual, pode ser enjeitado, não obstante a robustez de seu patrimônio, pois o que o credor procura na fiança é a perspectiva de uma fácil liquidação, e não os tormentos de

um litígio; b) *residente* no município, o que facilita ser procurado e avisado pelo credor, no inadimplemento do devedor garantido” (*Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., p. 471).

- 20 “Art. 825. Quando alguém houver de oferecer fiador, o credor não pode ser obrigado a aceitá-lo se não for pessoa idônea, domiciliada no município onde tenha de prestar a fiança, e não possua bens suficientes para cumprir a obrigação”.
- 21 Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, vol. IV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, 4ª ed., p. 474. Na jurisprudência, cfr. TJSP, 12ª C. Ext. D. Priv., Ap. Cív. 1015171-68.2014.8.26.0008, Rel. Des. Alfredo Attié, julg. 8.5.2015, publ. DJ 11.5.2015.
- 22 “Art. 826. Se o fiador se tornar insolvente ou incapaz, poderá o credor exigir que seja substituído”.
- 23 Nesse sentido: “Daí decorre que não há fiança verbal, ainda que o contrato principal o seja, pois é da sua essência a adoção da forma exigida pela lei, sem a qual o contrato não se forma validamente” (Gustavo Tepedino *et al*, *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, 2. ed., p. 635).
- 24 “Art. 819. A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva”.
- 25 STJ, 3ª T., REsp. 1185982, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 14.12.2010, publ. DJe 2.2.2011.
- 26 “Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente”.
- 27 Confira-se o entendimento do STJ: “(...) Por se tratar de contrato benéfico, as disposições relativas à fiança devem ser interpretadas de forma restritiva (CC, art. 819), ou seja, da maneira mais favorável ao fiador, razão pela qual, no caso, em que a dívida é oriunda de contrato de locação, tendo o recorrente outorgado fiança limitada até R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), forçoso reconhecer que a sua responsabilidade não pode ultrapassar esse valor. 3. Tratando-se, portanto, de fiança limitada, a interpretação mais consentânea com o sentido teleológico da norma é a que exime o fiador do pagamento das despesas judiciais e, também, dos honorários advocatícios, uma vez que a responsabilidade do garante, que, em regra, é acessória e subsidiária, não pode estender-se senão à concorrência dos precisos

limites nela indicados” (STJ, 3ª T., REsp. 1482565, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 6.12.2016, publ. DJe 15.12.2016).

- 28 “Art. 822. Não sendo limitada, a fiança compreenderá todos os acessórios da dívida principal, inclusive as despesas judiciais, desde a citação do fiador”.
- 29 V. TJMG, 17ª CC, Ap. Cív. 0076354-51.2015.8.13.0439, Rel. Des. Roberto Vasconcellos, julg. 22.8.2019, publ. DJ 2.9.2019.
- 30 “Art. 823. 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”.
- 31 Confira em Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, 26. ed., pp. 538-539.
- 32 “Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: (...) III – prestar fiança ou aval”;
- 33 “Art. 1.649. 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. Parágrafo único. A aprovação torna válido o ato, desde que feita por instrumento público, ou particular, autenticado”.
- 34 Súmula 332 STJ: “A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia”.
- 35 Confira-se: “Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, a fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia (Súmula 332/STJ), salvo se o fiador emitir declaração falsa, ocultando seu estado civil de casado. Precedentes. 2.1. A Corte Estadual reconheceu a má-fé do devedor, ora recorrente, que omitiu seu estado civil, objetivando frustrar a garantia” (STJ, 4ª T., AgInt no REsp 1533161/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 23.8.2018, publ. DJe 31.8.2018). Ainda: “1. Controvérsia acerca da validade de fiança prestada pelo marido sem o consentimento da esposa, sendo a nulidade por ela alegada. 2. ‘A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia’ (Súmula 332/STJ). 3. Mitigação da Súmula 332/STJ na hipótese em que o fiador omite o estado de casado. 4. Aplicação da teoria dos atos próprios,



concretizada na fórmula ‘venire contra factum proprium’. 5. Validade da garantia, na espécie, ainda que a nulidade tenha sido alegada pelo cônjuge que não participou do negócio jurídico. Precedentes. 6. Preservação da meação do cônjuge que não se obrigou como fiador” (STJ, 3ª T., AgInt nos EDcl no REsp 1384112/SC, Rel. Des. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 4.10.2016, publ. DJ 11.10.2016). No mesmo sentido: STJ, 4ª T., AgInt no REsp 1345901/SP, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 25.04.2017, publ. DJe 12.05.2017; STJ, 3ª T., AgInt no AgInt no AREsp 853.490/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 1.9.2016, publ. DJe 8.9.2016.

- 36 Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente: “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, não 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” (STJ, 4ª T., REsp. 1299866, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 25.2.2014, publ. DJe 21.3.2014). V. tb STJ, 3ª T., Agl no EDcl. no REsp. 1711164, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, julg. 24.9.2018, publ. DJe 27.9.2018; STJ, 3ª T., Agl no AREsp. 841104, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, julg. 16.6.2016, publ. DJe 27.6.2016.

- 37 Como observado em outra sede: “A Constituição Federal, contudo, não pretendeu equiparar entidades heterogêneas, identificando a relação familiar de fato com o mais solene dos atos jurídicos. O casamento, com efeito, como ato jurídico, pressupõe uma profunda e prévia reflexão de quem o contrai, daí decorrendo imediatamente uma série de efeitos que lhe são próprios — dada a certeza e a segurança que oferecem os atos solenes. Já a união estável, ao contrário, formada pela sucessão de eventos naturais que caracterizam uma relação de fato, tem outros elementos constitutivos, identificáveis ao longo do tempo, na medida em que se consolida a vida comum. Aí está o cerne da questão: os efeitos jurídicos que decorrem do ato solene consubstanciado pelo casamento, cujo substrato axiológico vincula-se ao estado civil e à segurança que as relações sociais reclamam, não podem se aplicar à união estável por diversidade de *ratio*. À união estável, como entidade familiar, aplicam-se, em contraponto, todos os efeitos jurídicos próprios da família, não diferenciando o constituinte, para efeito de proteção do Estado (e, portanto, para todos os efeitos legais, sendo certo que as normas jurídicas são emanção do poder estatal), a entidade familiar constituída pelo casamento daquela constituída pela conduta espontânea e continuada dos companheiros, não fundada no matrimônio. Trata-se de identificar a *ratio* das normas que se pretende interpretar. Quando informadas por princípios relativos à solenidade do casamento, não há que se estendê-las às entidades familiares extramatrimoniais. Quando informadas por princípios próprios da convivência familiar, vinculada à solidariedade dos seus componentes, aí, sim, indubitavelmente, a não aplicação de tais regras contraria o ditame constitucional” (Gustavo Tepedino, *Novas Formas de Entidades Familiares*. In: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 4. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 407-408). Nessa direção, cfr. o Enunciado n.º 641 da VIII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos da Justiça Federal: “ENUNCIADO 641 – Art. 1.790: “A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil não importa

equiparação absoluta entre o casamento e a união estável. Estendem-se à união estável apenas as regras aplicáveis ao casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar. Por outro lado, é constitucional a distinção entre os regimes, quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável”.

- 38 Confira-se a lição de J. M. de Carvalho Santos: “se o fiador, intimado a pagar a dívida, prova que é desnecessário o procedimento contra ele, porque a ação contra o devedor, diretamente, terá plena eficácia, é justo que se lhe poupe a intervenção, que deve ser sempre subsidiária” (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XIX, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 462).
- 39 “Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor. Parágrafo único. 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”.
- 40 “Art. 130. É admissível o chamamento ao processo, requerido pelo réu: I – do afiançado, na ação em que o fiador for réu”.
- 41 “Art. 794. O fiador, quando executado, tem o direito de exigir que primeiro sejam executados os bens do devedor situados na mesma comarca, livres e desembargados, indicando-os pormenorizadamente à penhora. § 1º Os bens do fiador ficarão sujeitos à execução se os do devedor, situados na mesma comarca que os seus, forem insuficientes à satisfação do direito do credor. § 2º O fiador que pagar a dívida poderá executar o afiançado nos autos do mesmo processo. § 3º O disposto no caput não se aplica se o fiador houver renunciado ao benefício de ordem”.
- 42 “Art. 828. Não aproveita este benefício ao fiador: I – se ele o renunciou expressamente (...)”.
- 43 “Art. 828. Não aproveita este benefício ao fiador: (...) II – se se obrigou como principal pagador, ou devedor solidário”.
- 44 “Art. 828. Não aproveita este benefício ao fiador: (...) III – se o devedor for insolvente, ou falido”.
- 45 O Código Civil de 1916, no art. 1.499, atribuía maiores poderes ao fiador, permitindo-lhe ingressar com a própria execução em face do

devedor diante da inércia do credor. Na dicção do preceito legal: “O fiador, ainda antes de haver pago, pode exigir que o devedor satisfaça a obrigação, ou o exonere da fiança desde que a dívida se torne exigível, ou tenha decorrido o prazo dentro no qual o devedor se obrigou a desonerá-lo”. Todavia, o Código Civil atual optou por não repetir essa disposição, na medida em que a norma acabava por situar o fiador em posição superior a do próprio credor, decidindo os rumos da execução.

- 46 “Art. 829. 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. Parágrafo único. Estipulado este benefício, cada fiador responde unicamente pela parte que, em proporção, lhe couber no pagamento”.
- 47 “Art. 830. Cada fiador pode fixar no contrato a parte da dívida que toma sob sua responsabilidade, caso em que não será por mais obrigado”.
- 48 Acerca da distinção, anota Silvio de Salvo Venosa: “A fiança coletiva, prestada por mais de um fiador relativa ao mesmo débito, importa em solidariedade entre fiadores, por força do art. 829 (Antigo, art. 1.493), se não se reservarem o chamado benefício de divisão. (...) Cuida-se de solidariedade entre os diversos fiadores. Se eles estabelecerem o benefício de divisão, cada um responderá unicamente pela parte que, em proporção, lhe couber no pagamento (parágrafo único do art. 829; antigo, art. 1.493, parágrafo único). Nesse caso, estabelece-se uma fiança parcial no que toca a cada fiador. Ainda, o art. 1.494 especifica que cada cofiador pode taxar (fixar, na linguagem do art. 830 do novo Código) no contrato a parte da dívida que garante, não se obrigando a mais. Nesse caso, não se trata propriamente de divisão da garantia, mas a garantia parcial até determinado valor” (*Direito Civil: contratos em espécie*, São Paulo: Atlas, 2003, 3. ed., p. 430).
- 49 “Art. 831. 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”.
- 50 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, p. 473.
- 51 “Art. 832. O devedor responde também perante o fiador por todas as perdas e danos que este pagar, e pelos que sofrer em razão da fiança”.
- 52 Em comentário ao dispositivo, elucida a doutrina: “O artigo em tela, tal como seu correspondente no CC/1916, cuida do que se convencionou chamar de juros do desembolso. Ou seja, o fiador, desde o instante em que paga a obrigação afiançada, vê vencer, em seu favor, juros pelo

quanto a esse propósito tenha despendido. Bem se vê, portanto, que tais juros não se confundem com os juros que incidem sobre o débito principal, aquele afiançado. A regra, a rigor, deduz-se do mesmo princípio insculpido no dispositivo do artigo precedente. Mesmo prestada de forma benéfica, a fiança difere da doação porque, a priori, não tenciona o fiador, com ela, transferir de seu patrimônio bens ou valores ao afiançado. Por isso que, honrando a fiança, deve ser ressarcido de tudo que a esse título haja pago. Tem o devedor afiançado, portanto, uma obrigação de reembolsar o fiador quando este tenha pago seu débito ao credor, destarte desde aí vencendo juros sobre essa quantia a ser reembolsada” (Claudio Luiz Bueno de Godoy. In: Cezar Peluso (coord.), *Código Civil comentado*, Barueri: Manole, 2013, 7ª ed., p. 836).

- 53 “Art. 833. O fiador tem direito aos juros do desembolso pela taxa estipulada na obrigação principal, e, não havendo taxa convencionada, aos juros legais da mora”.
- 54 “Art. 831. (...) Parágrafo único. A parte do fiador insolvente distribuir-se-á pelos outros”.
- 55 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., pp. 473-474.
- 56 “Art. 835. 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”.
- 57 “Art. 40. O locador poderá exigir novo fiador ou a substituição da modalidade de garantia, nos seguintes casos: (...) X – prorrogação da locação por prazo indeterminado uma vez notificado o locador pelo fiador de sua intenção de desoneração, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante 120 (cento e vinte) dias após a notificação ao locador”.
- 58 Na jurisprudência: “O Superior Tribunal de Justiça compreende que, ante a existência de cláusula expressa no contrato prevendo que os fiadores respondem pelos débitos locativos até a efetiva entrega do imóvel, também entendida como entrega das chaves, subsiste a fiança no período em que referido contrato foi prorrogado, ressalvada a hipótese de exoneração do encargo” (STJ, 3ª T., AgI no AREsp. 1334812, Rel. Min. Moura Ribeiro, julg. 17.12.2018, publ. DJ 19.12.2018). V., também, o Rgl no Resp 1.335.485-SP, 4ª T., Rel. Min.

Luis Felipe Salomão, julg. 12.9.2017, publ. DJe 15.9.2017, em que a evolução legislativa e suas controvérsias são passadas em revista.

- 59 “Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados”.
- 60 Afirmou o STJ em sede de Recurso Repetitivo: “1. Para fins do art. 543-C do CPC: “É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990” (STJ, 2ª S., REsp. 1363368, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 12.11.2014, publ. DJ 21.1.2014). O voto do Relator transcreve trechos do acórdão do RE 407688, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 8.2.2006, publ. DJ 6.10.2006 do STF, em que foi declarada a constitucionalidade do art. 3º da n.º Lei 8009/90: “não repugna à ordem constitucional que o direito social de moradia – o qual, é bom observar, se não confunde, necessariamente, com o direito à propriedade imobiliária ou direito de ser proprietário de imóvel – pode, sem prejuízo de outras 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”.
- 61 “Recurso extraordinário manejado contra acórdão publicado em 31.8.2005. Insubmissão à sistemática da repercussão geral. Premissas distintas das verificadas em precedentes desta suprema corte, que abordaram garantia fidejussória em locação residencial. Caso concreto que envolve dívida decorrente de contrato de locação de imóvel comercial. Penhora de bem de família do fiador. Incompatibilidade com o direito à moradia e com o princípio da isonomia. 1. A dignidade da pessoa humana e a proteção à família exigem que se ponham ao abrigo da constrição e da alienação forçada determinados bens. É o que ocorre com o bem de família do fiador, destinado à sua moradia, cujo sacrifício não pode ser exigido a pretexto de satisfazer o crédito de locador de imóvel comercial ou de estimular a livre-iniciativa. Interpretação do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990 não recepcionada pela

EC nº 26/2000. 2. A restrição do direito à moradia do fiador em contrato de locação comercial tampouco se justifica à luz do princípio da isonomia. Eventual bem de família de propriedade do locatário não se sujeitará à constrição e alienação forçada, para o fim de satisfazer valores devidos ao locador. Não se vislumbra justificativa para que o devedor principal, afiançado, goze de situação mais benéfica do que a conferida ao fiador, sobretudo porque tal disparidade de tratamento, ao contrário do que se verifica na locação de imóvel residencial, não se presta à promoção do próprio direito à moradia. 3. Premissas fáticas distintivas impedem a submissão do caso concreto, que envolve contrato de locação comercial, às mesmas balizas que orientaram a decisão proferida, por esta Suprema Corte, ao exame do tema nº 295 da repercussão geral, restrita aquela à análise da constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação residencial. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido” (STF, 1ª T., RE 605709, Rel. Min. Dias Toffoli, julg. 12.6.2018, publ. DJ 15.2.2019).

- 62 Em sentido contrário ao que decidiu o STF, cfr. recente decisão do TJRJ em que foi considerada possível a penhora do bem do fiador em locação comercial: “Aduz a parte agravante ser legítima a penhora do bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, em qualquer modalidade. Afirma que o bem de família do fiador pode ser penhorado em razão de obrigação decorrente de contrato de locação. Requer a reforma da decisão agravada para que seja mantida a penhora sobre o imóvel, bem como seja determinada a venda judicial em hasta pública, sem novos ônus para a agravante. Assiste-lhe razão. Com efeito, dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90 que há de ser considerado penhorável o bem pertencente ao fiador de contrato de locação, não fazendo a lei nenhuma distinção entre locação residencial e comercial” (TJRJ, 4ª CC., Agl 006696661320188190000, Rel. Des. Cleber Ghelfenstein, julg. 29.5.2019, publ. DJ 30.5.2019).
- 63 “Art. 836. 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”.
- 64 Registra a doutrina: “(...) pode o fiador opor ao credor tudo quanto se relacione com vício da fiança em si, tal como a sua nulidade ou anulabilidade, inclusive provocada por eventual vício de vontade que acaso tenha ocorrido. Lembre-se, ainda, das questões de forma, de exoneração, de termo da fiança, conforme comentário aos arts. 819 e 835, todas exceções pessoais oponíveis pelo fiador. Da mesma forma,

as restrições específicas que tocam a algumas pessoas para a prestação de fiança (ver comentário ao art. 818). Sem contar os meios indiretos extintivos da própria obrigação fidejussória, como a novação, compensação ou remissão, que ao fiador se refiram. Mas, além de todas essas exceções pessoais, também é lícito ao fiador opor ao credor qualquer exceção que, posto não pessoal, destarte ainda que deduzível pelo devedor principal, seja extintiva da obrigação” (Claudio Luiz de Godoy Bueno. In: Cezar Peluso (coord.), *Código Civil comentado*, cit., pp. 840-841).

- 65 Na jurisprudência: “*In casu*, nada obstante o embargante-devedor tenha sido casado sob o regime de comunhão de bens (fl. 49), o próprio se qualifica como viúvo (fls. 02, 48, 56), sendo parte ilegítima para suscitar em sede de embargos à execução a anulação da fiança concedida. Ao revés, apenas por hipótese, os arts. 1.502 e 837 do Código Civil de 1916 e 2002 autorizam ao fiador opor exceções pessoais ao credor, o que não se coaduna com a carência de outorga concedida pelo cônjuge que não assentiu com a garantia fidejussória. Sobre o tema, inclusive, o c. Superior Tribunal de Justiça pacificou que ‘nos termos do art. 239 do Código Civil de 1.916 (atual art. 1.650 do Novo Código Civil), a nulidade da fiança só pode ser demandada pelo cônjuge que não a subscreveu, ou por seus respectivos herdeiros’ (REsp 772419/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 16/3/2006, DJ 24/4/2006). Tal posicionamento visa preservar o princípio consagrado na Lei Substantiva Civil, segundo o qual não pode se beneficiar de ato nulo/anulável aquele que o praticou. Nesse sentido: (AgRg no REsp 749.999/SP, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 25/6/2009, DJe 3/8/2009); (AgRg no Ag 1134564/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 02/03/2010, DJe 29/03/2010)”. (TJDFT, 3ª T. C., Ap. Civ. 20120110644017, Rel. Des. Otávio Augusto, julg. 10.7.2013, publ. DJ 19.8.2013).
- 66 Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XIX, cit., p. 489.
- 67 “Art. 837. 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”.
- 68 Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, 26ª. ed., p. 542.



“Art. 839. 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”.



**TRANSAÇÃO.  
COMPROMISSO E CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM**

SUMÁRIO. TRANSAÇÃO – 1. Conceito – 2. Características – 3. Eficácia da transação – COMPROMISSO E CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM – 4. Conceito – 5. Convenção de arbitragem: compromisso arbitral e cláusula compromissória – 6. Objeto do compromisso e da cláusula compromissória – 7. Extensão subjetiva e objetiva da cláusula compromissória – 8. Poderes dos árbitros – 9. Sentença arbitral – Problema prático.

## **TRANSAÇÃO**

### **1. CONCEITO**

[Definição]

A transação traduz negócio jurídico mediante o qual as partes previnem ou extinguem litígio mediante concessões mútuas (CC, art. 840). Deste modo, constituem requisitos da transação: (i) o acordo entre as partes; (ii) o escopo de impedir o surgimento de controvérsia ou de extinguir litígio existente; (iii) a reciprocidade das concessões. A transação tem, assim, por pressuposto, a dúvida quanto ao desfecho de determinada relação jurídica; ou, ainda, a existência de litígio já instaurado, que as partes pretendem extinguir.

A finalidade da transação consiste, portanto, em prevenir o surgimento de controvérsia ou extinguir litígio já existente, a partir do reconhecimento de direitos, da extinção ou mesmo da constituição de relações jurídicas. Observe-se que a linguagem do art. 843 do Código Civil, em sua literalidade, circunscreve o escopo da transação ao reconhecimento ou à declaração de direitos. Todavia, ao determinar que “a transação interpreta-se restritivamente, e por ela não se transmitem, apenas se declaram ou reconhecem direitos”, o dispositivo pretendeu apenas determinar que a transação seja interpretada restritivamente, por veicular renúncia a direito (CC, art. 114). Tal não quer significar, contudo, que as partes, no exercício de sua autonomia privada, não possam constituir direitos no âmbito da transação.<sup>1</sup> Com efeito, na prática negocial, as partes poderão transacionar, constituindo novas obrigações que irão reger a (nova) relação jurídica, não se limitando, portanto, ao mero reconhecimento ou extinção de direitos. Como observado argutamente por Pontes de Miranda, “a redução da transação, a priori, a negócio jurídico de reconhecimento, seria construção extraordinariamente forçada. A transação modifica a relação jurídica das obrigações ou de direito das coisas”.<sup>2</sup>

## 2. CARACTERÍSTICAS

A transação consiste em negócio jurídico bilateral, oneroso e comutativo, assumindo a natureza de contrato típico. A autonomia privada tem plena liberdade na estipulação das cláusulas da transação, podendo, por exemplo, inserir cláusula penal na hipótese de seu descumprimento (CC, art. 847).

Por se tratar de negócio jurídico, sujeita-se ao exame de validade dos negócios jurídicos em geral (CC, art. 104). Deste modo, as partes que transacionam devem ser capazes; o objeto da transação há de corresponder a direitos patrimoniais disponíveis; e a forma da transação deverá observar a escritura pública nas obrigações em que a lei a exige (CC, art. 842). Como se sabe, vige, no direito dos contratos, o princípio da liberdade das formas, de modo que a forma do negócio será livre, a menos que a lei imponha a observância de forma solene. Caso exista litígio judicial ou arbitral, a transação deverá constar de escritura pública ou ser feita no bojo do processo, sujeita à homologação (CC, art. 842). Nesse caso, em se tratando de processo judicial, a transação somente produzirá seus efeitos a partir do trânsito em julgado da homologação pelo juízo, com extinção do processo com resolução do mérito (CPC, art. 487, III, b). A sentença homologatória de transação ou conciliação constitui título executivo judicial (CPC, art. 515, II e III). Se o litígio for arbitral, prevalece a autonomia privada.

[Conservação dos negócios jurídicos]

No exame de validade das cláusulas contidas na transação, deve-se identificar se tais disposições se afiguram independentes umas das outras ou se, ao revés, há interdependência entre elas. Sempre que possível, a invalidade de uma das disposições não contaminará as demais, em observância ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, exceto se restar demonstrado que a cláusula nula constitui a causa da estipulação da outra disposição, que, assim, também será considerada inválida (CC, art. 848). Não raro, a autonomia privada insere disposição contratual no sentido de assegurar, sempre que possível, a preservação do pacto. Caberá, assim, ao intérprete, a identificação, no caso concreto, da nulidade e de seus efeitos.

[Objeto]

O objeto da transação consiste em direitos patrimoniais disponíveis (CC, art. 841). Daí decorrem duas consequências fundamentais: (i) os direitos, ainda que apreciáveis economicamente, devem se sujeitar à disposição pelos particulares, a excluir, por exemplo, os bens públicos e os bens gravados com cláusula de inalienabilidade; e (ii) não se pode transigir acerca de direitos existenciais, embora os efeitos patrimoniais da situação jurídica existencial sujeitem-se à transação, como na hipótese de transação quanto ao valor dos danos morais devidos.

### 3. EFICÁCIA DA TRANSAÇÃO

[Efeitos da transação]

A transação, como visto, previne ou extingue o litígio mediante concessões mútuas das partes. Em atenção ao princípio da relatividade, os seus efeitos se circunscrevem aos contratantes (CC, art. 844, *caput*). Todavia, em exceção a esta regra, se a transação for efetivada entre um dos credores solidários e o devedor, desobrigará o devedor relativamente aos outros credores (CC, art. 844, §2º). De igual modo, caso a transação seja celebrada entre um dos devedores solidários e o credor, a dívida será extinta em relação aos demais codevedores (CC, art. 844, §3º). De outra parte, se a transação for concluída entre o credor e o devedor, o fiador ficará desobrigado (CC, art. 844, § 1º), em consonância com o princípio da gravitação jurídica, segundo o qual o acessório segue o principal.

[Evicção]

Uma vez operada a transação, caso a coisa renunciada por um dos transigentes, ou por ele transferida à outra parte, se torne evicta, a obrigação extinta não ressurgirá, cabendo ao evicto postular tão somente as perdas e danos. Após a conclusão da transação, os transigentes poderão adquirir novo direito sobre a coisa renunciada ou transferida na transação (CC, art. 845).

Tal como os negócios jurídicos em geral, a transação poderá ser anulada por dolo (essencial), coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa, dentro dos prazos prescricionais aplicáveis. Entretanto, a transação não se anula por erro de direito a respeito das questões que foram objeto de controvérsia entre as partes. Ou seja, uma das partes não poderá requerer a anulação da transação ao argumento de que desconhecia o direito aplicável ao negócio pactuado (CC, art. 849). Identificado o vício que macule a vontade dos transigentes, extirpam-se os efeitos da transação *ab initio*.

Caso a transação tenha sido homologada em juízo, o termo inicial da prescrição para invalidar o negócio consiste na data do trânsito em julgado da sentença homologatória,<sup>3</sup> pois a partir daí se produzirão os efeitos da transação. O prejudicado deverá ingressar com a ação anulatória para invalidar a transação objeto de sentença meramente homologatória (CPC, art. 966, §4<sup>o</sup>). Se, por outro lado, o juiz tiver ingressado no exame de mérito da transação, caberá ação rescisória para a sua invalidação (CPC, art. 966, III<sup>o</sup>)<sup>6</sup>, embora parte da doutrina sustente o cabimento, também aqui, de ação anulatória, tendo em conta a supressão, no atual diploma processual, de dispositivo que reproduza o art. 485, VIII, CPC/1973.<sup>7</sup>

Afigura-se, ainda, nula a transação a respeito de litígio decidido por sentença transitada em julgado, se (i) um dos transatores dela não tivesse ciência; ou (ii) as partes tiverem transigido sobre direito alheio, circunstância descoberta ulteriormente à transação (CC, art. 850). Todavia, revela-se lícito às partes, tendo ciência da transação homologada por sentença transitada em julgado, repactuar consensualmente a matéria transacionada.

## **COMPROMISSO E CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM**

## 4. CONCEITO

[Definição]

Disciplinado em caráter geral no Título V, destinado aos contratos em espécie, o compromisso consiste em negócio jurídico (*rectius*, contrato) típico, por meio do qual as partes submetem determinada controvérsia, relativa a direitos patrimoniais disponíveis, à arbitragem (CC, art. 851; Lei n.º 9.307/96, arts. 1º e 9º). Por outras palavras, diante de determinada disputa atinente a direito patrimonial disponível, as partes decidem atribuir a árbitros, por elas eleitos, o poder de dirimir a controvérsia. O compromisso poderá ser judicial, quando celebrado por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda (Lei n.º 9.307/96, art. 9º, §1º); ou extrajudicial, no caso em que celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público (Lei n.º 9.307/96, art. 9º, §2º). Para além da disciplina geral do Código Civil, a Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307/96) regulará o compromisso arbitral, ao lado da cláusula compromissória, espécies do gênero convenção de arbitragem, definindo-os e atribuindo-lhes efeitos legais.

[Validade]

Por se tratar de contrato, o compromisso subordina-se ao exame de validade dos negócios jurídicos em geral, devendo-se investigar, portanto, a higidez da declaração vontade; a idoneidade e liceidade do objeto; a observância da forma prescrita em lei (se houver); a capacidade e legitimidade das partes. O compromisso arbitral deverá obedecer aos requisitos obrigatórios previstos no art. 10, Lei 9.307/1996, podendo, ainda, atender aos requisitos facultativos dispostos no art. 11 da mesma Lei.

## 5. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: COMPROMISSO ARBITRAL E CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA



A cláusula compromissória e o compromisso consistem em espécie do gênero convenção de arbitragem (art. 3º, Lei n.º 9.307/96).

#### [Cláusula compromissória]

A cláusula compromissória constitui disposição introduzida pela autonomia privada no contrato ou em documento apartado que a ele se refira, consoante a qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem os litígios (futuros) que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato (art. 4º, Lei n.º 9.307/96). Do ponto de vista técnico, a cláusula compromissória traduz negócio jurídico autônomo e independente daquele em que se insere, consoante o disposto no art. 8º, Lei n.º 9.307/96. Trata-se da doutrina da autonomia ou separabilidade da cláusula compromissória.<sup>8</sup> Ou, em outros termos, as cláusulas compromissórias “não dependem da validade ou eficácia de um outro contrato em que esteja inserida ou ao qual se refira, de tal modo que não há de se falar em relação de acessoriedade entre aquela e este”.<sup>9</sup>

#### [Cláusula compromissória cheia e vazia]

A cláusula compromissória poderá ser (i) cheia, na qual as partes preveem o modo de instituição da arbitragem, a lei aplicável, a sede da arbitragem, dentre outros elementos que permitem a instauração da arbitragem, a prescindir do compromisso arbitral (art. 5º, Lei n.º 9.307/96); ou (ii) vazia, em que as partes apenas estabelecem que os litígios decorrentes do contrato serão dirimidos por arbitragem, sem prever como esta irá se instaurar e qual será o procedimento aplicável.

#### [Compromisso]

O compromisso arbitral, por sua vez, traduz, como visto, negócio jurídico por meio do qual as partes submetem determinada controvérsia já existente, relativa a direitos patrimoniais disponíveis, à arbitragem (art. 9º, Lei n.º 9.307/96).

A distinção entre cláusula compromissória e compromisso tinha especial relevância no regime anterior à Lei n.º 9.307/1996, no qual a cláusula compromissória valia apenas como promessa de se comprometer, exigindo-se invariavelmente a lavratura do compromisso para a instituição da arbitragem. A cláusula compromissória assumia, assim, a natureza de contrato preliminar. Inicialmente, o descumprimento desta obrigação de fazer – isto é, de se submeter à arbitragem – resultava em perdas e danos. Posteriormente, com a regra da execução específica das obrigações, a resistência de uma das partes à instituição da arbitragem deflagraria à parte prejudicada o direito de requerer ao Poder Judiciário a execução específica da cláusula compromissória, determinando-se a celebração do compromisso arbitral. Ou seja, o compromisso arbitral seria lavrado sempre que uma das partes se furtasse ao cumprimento da cláusula compromissória.<sup>10</sup>

Após a promulgação da Lei de Arbitragem, exigir-se-á a celebração do compromisso apenas nas hipóteses de terem as partes previsto cláusula compromissória vazia, determinando-se seja a parte recalcitrante à instituição da arbitragem citada para comparecer em juízo a fim de lavrar o compromisso (art. 7º, Lei 9.307/1996). A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral (art. 7º, § 7º, Lei 9.307/1996).

Em matéria de arbitragem, prevalece o princípio da autonomia privada. As partes poderão (i) submeter o exame da matéria a árbitro único ou a Tribunal Arbitral; (ii) escolher se a arbitragem será *ad hoc* ou conduzida perante Câmara de Arbitragem; (iii) escolher a sede da arbitragem; (iv) escolher a lei aplicável; (v) decidir se a matéria poderá ser decidida por equidade etc.

No exercício de sua autonomia privada, as partes poderão prever, ao lado da cláusula compromissória, a cláusula de *hardship*,<sup>11</sup> a qual consiste em previsão aposta ordinariamente em contratos internacionais, que determina a renegociação, pelos contratantes, dos termos contratuais originários, com vistas à manutenção do negócio em novas bases.

*Hardship* corresponde basicamente à alteração fundamental do equilíbrio do contrato por força de circunstâncias supervenientes à sua celebração, em regra de caráter imprevisível, que fogem ao controle das partes e, por isso mesmo, não se inserem na alocação de riscos efetuada pelos contratantes. Inspirada nos princípios da conservação dos negócios jurídicos e da boa-fé objetiva, a cláusula de *hardship* impõe aos contratantes o dever de renegociar o contrato diante de fato superveniente, que abale as bases objetivas do negócio<sup>12</sup>. Almeja-se, assim, adaptar o programa negocial às mudanças das circunstâncias fáticas verificadas no decorrer do tempo. Em regra, a cláusula de *hardship* incidirá na hipótese de configuração da excessiva onerosidade. Todavia, a autonomia privada poderá definir o evento que considera, na concreta relação contratual, como capaz de configurar o *hardship*, incluindo eventos previsíveis.<sup>13</sup>

Em síntese, diante do *hardship*, as partes irão renegociar o contrato pessoalmente ou atribuirão a terceiro a tarefa de resolver a controvérsia, adaptando o contrato à nova realidade, de modo a restaurar a corresponsabilidade original. Ou, ainda, estipularão cláusula que estabeleça multietapas de solução de controvérsias (*multi-tiered dispute resolution system*), segundo a qual, configurado o *hardship*, surge o dever das partes de renegociar o contrato, e, caso a renegociação reste frustrada, poderão as partes recorrer à arbitragem.<sup>14</sup>

As cláusulas de *hardship*, ao atribuírem aos contratantes o dever de renegociar o contrato, traduzem modalidade de contrato incompleto por determinação de ambas as partes, na medida em que impõem aos contratantes a renegociação dos termos contratuais diante da configuração do *hardship*, guiada pelos critérios prefixados

no contrato, a permitir a definição de novas cláusulas contratuais no (novo) cenário em que se insere o negócio.<sup>15</sup>

## **6. OBJETO DO COMPROMISSO E DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA**

[Direitos patrimoniais disponíveis]

O compromisso (ou da cláusula compromissória) terá por objeto direitos patrimoniais disponíveis. Deste modo, não podem ser objeto do compromisso questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial (CC, art. 852; art. 1º, Lei n.º 9.307/96). Tais matérias, por traduzirem valores existenciais, relacionados à personalidade humana, não são arbitráveis, cabendo exclusivamente ao Poder Judiciário o seu exame. Objetiva-se impedir que a pessoa disponha de direitos inerentes à sua condição humana, através de compromisso, atribuindo-lhes conteúdo patrimonial.

[Estado civil]

O estado civil consiste no conjunto do estado individual ou pessoal, do estado familiar e do estado político da pessoa, que decorre de fatos jurídicos como nascimento, casamento, filiação, dentre outros, e é fonte de inúmeros direitos e deveres. O estado individual, por sua vez, relaciona-se com o sexo do indivíduo, sua saúde mental e sua idade. O estado familiar, a seu turno, dirá se a pessoa é casada, solteira ou companheira e traduzirá as já estabelecidas relações de parentesco consanguíneo, tais como filho, pai, avô, irmão, tio, assim como as relações de parentesco por afinidade: cunhado, sogro, genro etc. Já o estado político distingue o indivíduo nacional do estrangeiro.

[Direito de família]

Quanto às questões de direito de família, entende-se que a quase totalidade das normas que a ele se referem mostra-se imperativa, por disciplinar direitos existenciais indisponíveis, relacionados à promoção da dignidade dos membros que compõem o núcleo familiar. Faz-se necessário, contudo, mencionar que alguns direitos de família têm caráter patrimonial<sup>16</sup> Assim, há, atualmente, duas categorias de direitos de família: os direitos patrimoniais de família, que podem ser objeto de contratos e se submetem ao arbítrio da autonomia privada, fazendo com que as lides relacionadas a eles possam ser solucionadas por via do compromisso; e também os direitos pessoais de família, cujas pendências não são dirimíveis pelo compromisso, por se revelarem indisponíveis em virtude da defesa da família, principalmente pelo que ela representa para o desenvolvimento completo da pessoa humana.

[Relações de consumo]

As matérias referentes às relações de consumo são arbitráveis, desde que as partes consintam com a instituição da arbitragem, em consonância com o princípio da autonomia privada. Em contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especial para esta cláusula (art. 4º, §2º, Lei n.º 9.307/96). Nesta esteira, o CDC fulmina de nulidade cláusula que determine a utilização compulsória de arbitragem (CDC, art. 51, VII).

## **7. EXTENSÃO SUBJETIVA E OBJETIVA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA**

[Consensualismo]

Como se sabe, a arbitragem consiste em modo privado de resolução de controvérsias em que prevalece o princípio do consensualismo, vez que ninguém pode ser obrigado a se submeter

à jurisdição privada, renunciando ao direito de recorrer ao Poder Judiciário. Em decorrência disso, afirma-se que apenas podem participar da arbitragem aqueles que assinaram a cláusula compromissória, delimitando, assim, a sua eficácia subjetiva. Na mesma direção, a matéria a ser dirimida por arbitragem restringir-se-ia àquelas objeto de regulação no contrato no qual se insere a cláusula compromissória, determinando-se, deste modo, a sua eficácia objetiva.

[Extensão subjetiva da cláusula compromissória]

Todavia, a despeito da controvérsia doutrinária e jurisprudencial, admite-se, em caráter excepcional, a extensão subjetiva e objetiva da cláusula compromissória. Do ponto de vista subjetivo, mostra-se possível estender a cláusula compromissória a sociedades do mesmo grupo econômico daquela que assinou a cláusula compromissória, sempre que identificada a unidade de interesses ou de posição jurídica, o que ocorre notadamente nos casos de aplicação da chamada teoria do grupo.

À guisa de exemplo, pode-se indicar a unidade de interesses nos casos em que os conselhos de administração, nos diversos níveis das companhias, são formados substancialmente pelas mesmas pessoas, sendo certo que as sociedades perseguem os mesmos interesses econômicos, emanados de centro de decisões comum. Em hipóteses como essa, existindo cláusula compromissória idêntica<sup>17</sup> nos respectivos acordos de acionistas, há de se admitir a instauração de um único procedimento arbitral, com a participação de todas as companhias envolvidas. A exigência de procedimentos arbitrais autônomos, que discutissem matérias correlatas, feriria os princípios da economicidade, celeridade e eficiência que orientam os procedimentos arbitrais, para além de abrir flanco para decisões contraditórias.

[Teoria do grupo]

A teoria do grupo, amplamente difundida nos mais diversos ordenamentos<sup>18</sup>, aplica-se sempre que várias sociedades se encontrem sob controle comum, podendo ser vislumbrada entre as diversas pessoas jurídicas uma unidade de orientação econômica<sup>19</sup>. Em tais casos, não obstante cada sociedade conserve personalidade jurídica autônoma, o grupo de sociedades adquire relevância jurídica, impondo que as diversas sociedades envolvidas sejam contempladas em sua unidade.

[Unidade de orientação econômica]

Tal unidade de orientação econômica, com a subordinação das sociedades a controle comum, determina que controvérsias decorrentes de acordo de acionistas, que decorram de atuação concertada entre estas sociedades, sejam dirimidas no mesmo procedimento arbitral, com a participação de todos os interessados. Não há, em regra, interesse legítimo das sociedades integrantes de um mesmo grupo econômico em se opor a este tratamento jurídico unitário. No âmbito das arbitragens, como ressaltam os comentaristas das normas da Câmara de Comércio Internacional – CCI, tais hipóteses não são sequer consideradas como *multi-party arbitrations*, sendo as sociedades controladas e controladora consideradas como um único Requerido ou Requerente.<sup>20</sup>

No sentido de ampliar ainda mais os efeitos subjetivos da cláusula compromissória, alguns tribunais arbitrais da ICC aplicam a teoria do grupo para estender os efeitos de uma cláusula compromissória a quem não tenha concordado com o recurso à arbitragem como meio de solução de conflitos.<sup>21</sup>

[Inclusão da parte interveniente no procedimento arbitral]

Discute-se, ainda, a possibilidade de se estender a cláusula compromissória à parte interveniente de contrato no qual aludida disposição esteja inserida. De ordinário, em acordo de acionistas que regule a relação entre os sócios de companhia controlada, esta figura como parte interveniente do acordo. Nestes casos, a

companhia controlada consiste no próprio objeto de regulação deste acordo, sendo certo que o acordo de acionistas atinge diretamente sua esfera jurídica. Note-se que seria mesmo imprópria a condição de parte formal à companhia controlada em acordo de acionistas, o qual, como sua própria designação indica, admite como partes formais os acionistas da companhia controlada. A sua posição formal como interveniente, contudo, não exclui a possibilidade de a companhia figurar como parte do procedimento arbitral que lhe diz respeito e cuja decisão repercutirá diretamente em sua esfera jurídica. Ao lado disso, a ciência, pela companhia, de todos os termos do acordo (inclusive em razão de seu arquivamento na sede da companhia, nos termos do art. 118, Lei n.º 6.404/76)<sup>22</sup>, acarretalhe o dever de respeitar o ajuste, incluindo-se aí a observância da cláusula compromissória. Deste modo, a não vinculação da companhia controlada à decisão arbitral subtrairia a eficácia das disputas instauradas entre os acionistas, retirando a efetividade da cláusula compromissória, tendo em conta que a disputa acabaria por ser submetida ao Poder Judiciário pela companhia controlada.

[Vontade tácita em aderir à arbitragem]

Destaque-se, ainda, a hipótese em que os Tribunais Arbitrais estendem a cláusula compromissória à pessoa que tenha participado da negociação, celebração ou execução do contrato ou, ainda, que sofra diretamente os efeitos de sua execução, embora não tenha formalmente assinado o acordo, pois seria possível extrair, das circunstâncias do caso concreto, sua vontade em participar do procedimento de arbitragem.<sup>23</sup> O consentimento do sujeito à arbitragem é expresso de modo implícito, a partir de seu comportamento, a traduzir o que se tem referido como “concepção material e não psicológica da obrigação convencional”.<sup>24</sup>

Ainda sob o aspecto subjetivo, destaque-se recente decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça que, ao examinar pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira, entendeu que a seguradora, ao se sub-rogar nos direitos e obrigações do segurado mediante o pagamento da indenização securitária *ex vi* do



art. 786, Código Civil, se vincula à cláusula compromissória pactuada entre o segurado e o outro contratante. Conclui, assim, que a sub-rogação legal importa cessão da cláusula compromissória.<sup>25</sup>

[Extensão objetiva da cláusula compromissória]

Do ponto de vista objetivo, admite-se, em alguns casos – embora não sem dissenso doutrinário e jurisprudencial –, a extensão objetiva da cláusula compromissória, para ampliar o escopo da arbitragem para além das matérias especificamente nela indicadas. A título de ilustração, pode-se indicar a extensão da cláusula compromissória para abranger contratos coligados àquele no qual ela se insere; ou, ainda, a inclusão no procedimento arbitral de contratos acessórios ao principal, em que se encontra a cláusula compromissória. De fato, caso reste demonstrada a interdependência entre os contratos, com finalidade econômica única, há de se discutir a inteira matéria no mesmo procedimento arbitral, previsto em convenção de arbitragem inserida no âmbito dos contratos conexos, ainda que as partes sejam distintas.<sup>26</sup>

## 8. PODERES DOS ÁRBITROS

[Lei aplicável, equidade e práticas comerciais]

Uma vez nomeados pelas partes, os árbitros decidirão a controvérsia acerca dos direitos patrimoniais disponíveis, afastando-se, assim, a justiça estatal para o exame da matéria. Os árbitros julgarão de acordo com a lei aplicável e apenas poderão efetuar juízo de equidade ou fazer incidir os princípios internacionais (*rectius*, *soft law*), se autorizados pelas partes (art. 2º, Lei n.º 9.307/96). Os árbitros poderão, ainda, recorrer aos usos e práticas comerciais como fonte de integração ao contrato, dentro do ordenamento. Admite-se também que o Tribunal Arbitral requalifique o contrato à luz da legislação aplicável.

[Princípio kompetenz-kompetenz]

Embora a autonomia privada afaste a justiça estatal do julgamento da causa, mostra-se possível ao Poder Judiciário examinar preliminarmente a validade da cláusula compromissória, relativizando-se, assim, o princípio kompetenz-kompetenz. Segundo este princípio, apenas os árbitros teriam o poder de julgar acerca de sua própria competência, a partir do exame da validade da cláusula compromissória.

[Cláusula compromissória com vício de nulidade]

Todavia, nos casos em que os contratos que contenham a cláusula compromissória apresentem vício de nulidade, que acabe por contaminar a referida cláusula, há de se admitir o exame da validade da cláusula compromissória pela justiça estatal. Com efeito, embora a cláusula compromissória consista em negócio jurídico autônomo, em determinadas hipóteses, a causa de nulidade do contrato atingirá a validade da cláusula compromissória, a exemplo de contrato firmado por pessoa incapaz. Pode-se afirmar, assim, que nos casos de vícios atinentes à capacidade das partes ou à formação da vontade necessária ao negócio como um todo, não se pode considerar existente e válida a cláusula arbitral, e assim preservar a competência exclusiva do tribunal arbitral para o exame da validade da cláusula compromissória.<sup>27</sup> Assim sendo, qualquer interpretação do art. 8º da Lei n.º 9.307/96, que levasse a restringir aos tribunais arbitrais o exame da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória, mesmo nos casos de flagrante ausência do elemento volitivo das partes com relação à eleição da arbitragem como meio de solução de conflitos, seria necessariamente inconstitucional, por implicar, em última análise, arbitragem obrigatória, imposta a partes que não concordaram com sua instituição.

[Tutelas de urgência]

Quanto aos poderes dos árbitros, vale notar que o Tribunal Arbitral poderá conceder medidas liminares ou tutelas de urgência,

confirmando, revogando ou alterando eventual medida liminar concedida pelo Poder Judiciário (art. 22-B, Lei n.º 9.307/96).<sup>28</sup>

## 9. SENTENÇA ARBITRAL

[ Título executivo]

A Lei n.º 9.307/1996 equiparou a sentença arbitral à decisão judicial, reconhecendo-lhe força de título executivo “capaz de mobilizar o poder de coerção da justiça estatal, para promover sua execução forçada, da mesma forma com que se executam as sentenças judiciais”.<sup>29</sup> Deste modo, a decisão arbitral não estará mais sujeita à homologação do Poder Judiciário (Lei n.º 9.307/1996, art. 18), tal como no sistema anterior à Lei n.º 9.307/1996.

[Ação de nulidade]

[Pedido de esclarecimentos]

A sentença arbitral não admite recurso, sendo definitiva a partir de sua prolação pelo tribunal arbitral ou pelo árbitro único. No entanto, a Lei nº 13.129, que reformou a Lei de Arbitragem em 2015, criou ou aprimorou alguns mecanismos de integração da sentença arbitral. O primeiro instrumento para tanto está previsto no art. 30<sup>30</sup> e se trata do pedido de esclarecimentos. Por meio desse expediente, a parte poderá solicitar ao tribunal ou ao árbitro único que corrija erros materiais na sentença arbitral ou esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição que tenha restado no laudo.<sup>31</sup> Referido pedido deve ocorrer no prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal quanto à sentença arbitral, e o julgador decidirá no prazo de 10 (dez) dias se outro não for acordado pelas partes.

[Sentença arbitral complementar]

Outro mecanismo encontra-se previsto no § 4º do art. 33,<sup>32</sup> referente ao pedido de complementação da sentença arbitral. Ao contrário do pedido de esclarecimentos, não é direcionado ao tribunal arbitral, mas sim ao Poder Judiciário. O objetivo da demanda é determinar que o árbitro profira nova sentença arbitral para complementar o decidido anteriormente e sanar omissões. Ou seja, será cabível quando a decisão arbitral não tiver abrangido todos os pedidos que foram submetidos ao tribunal arbitral pelas partes.<sup>33</sup>

[Ação de nulidade]

Por fim, as partes também podem impugnar a sentença arbitral via ação anulatória. Ao contrário dos dois expedientes anteriormente descritos, a ação anulatória de sentença arbitral não é forma de integração do laudo, mas de sua desconstituição. A ação será direcionada ao Poder Judiciário, quando presentes as hipóteses previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem.<sup>34</sup> Nesse ponto, vale trazer à baila a discussão doutrinária acerca do cabimento da ação anulatória caso a sentença arbitral desrespeite o entendimento consolidado pelo Poder Judiciário através de algum precedente definido como vinculante pelo Código de Processo Civil.

Ressalte-se que a Lei de Arbitragem estabelece ampla liberdade às partes no que tange à determinação da lei aplicável. A propósito, o art. 2º, § 1º,<sup>35</sup> estabelece que as partes poderão escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. Assim, não há impedimento a que as partes definam a aplicabilidade dos precedentes vinculantes ao procedimento arbitral.

No entanto, ausente essa previsão, a violação, por si só, a precedentes vinculantes assim previstos pelo Código de Processo Civil não autoriza a propositura da ação anulatória. Nessa direção, autorizada doutrina sublinha que a valorização dos precedentes no Direito brasileiro não tem o condão de incluir novas hipóteses de ação anulatória no rol do art. 32 da Lei de Arbitragem: “Assim, embora o tema dê ensejo a relevantes reflexões, no que tange à aplicação de precedentes, a anulatória será cabível nas hipóteses de

ofensas às garantias processuais, falta de fundamentação ou desrespeito à convenção de arbitragem, na exata medida em que seria se se cogitasse de violação à lei”.<sup>36</sup>

Nota-se, na prática arbitral, a tentativa das partes derrotadas no processo arbitral de se valer da ação de nulidade como forma de alterar, por via transversa, o resultado obtido. Há de se afastar esta conduta que gera incertezas e insegurança quanto à efetividade da arbitragem.<sup>37</sup>

## PROBLEMA PRÁTICO

Após o inadimplemento do contrato de locação, em que figurou como fiadora pessoa casada, com a devida *outorga uxória*, celebram as partes transação, com a autorização do fiador, que renunciou ao benefício de ordem, renegociando os débitos pendentes e estabelecendo novos prazos para o pagamento. Na hipótese de novo inadimplemento, seria possível ao cônjuge do fiador arguir a nulidade da transação por falta de sua anuência no instrumento de transação?

### • Vide Casoteca

- 
- 1 Nessa direção, cfr. Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil: obrigações em geral*, vol. II, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966, 4. ed., p. 302; Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 543.
  - 2 Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, tomo XXV, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, 3. ed., p. 167.
  - 3 Na jurisprudência: “A ação para anular homologação de partilha amigável prescreve em um ano a contar do trânsito em julgado da sentença homologatória” (STJ, 3ª T, REsp 279.177/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julg. 04.04.2006, publ. DJ 14.8.2006). V. tb. STJ, 3ª T., REsp 209.707/CE, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julg. em 09.11.2000, publ. DJ12.2.2001; STJ, 3ª T., REsp 103.368/RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julg. 20.05.1997, publ. DJ12.8.1997; STJ, 4ª T., REsp 83.642/SP, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 12.03.1996, publ. DJ 29.4.1996.
  - 4 “Art. 966. (...) § 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei”.
  - 5 “Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) III – resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;”.
  - 6 Nessa direção, já na vigência do Novo Código de Processo Civil, cfr. Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. III, Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 429-443; Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Humberto Dalla Bernardina de Pinho (coord.), *Novo Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 577. Sob o Código de Processo Civil de 1973, v. os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: “1. Os efeitos da transação podem ser afastados mediante a ação anulatória própria prevista no artigo 486 do CPC, sempre que o negócio jurídico tiver sido objeto de sentença meramente homologatória, que nada dispôs a respeito do conteúdo da pactuação. 2. Se, ao reverso, a sentença avança para além da mera homologação, proferindo mesmo juízo de valor acerca da avença, mostrar-se-á descabida a ação anulatória a que alude o art.

486 do CPC” (STJ, 4ª T., AgRg no REsp 1314900/CE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 18.12.2012, publ. DJ 4.2.2013); “A análise da ação adequada à invalidação da partilha tem por pressuposto a análise do conteúdo e dos limites da sentença proferida nos autos do inventário: se homologada, simplesmente, a partilha, mesmo que para aprovar o plano apresentado pelo inventariante, mas desde que ausente litigiosidade, deve-se ajuizar a ação anulatória; se, ao revés, na sentença forem resolvidas questões suscitadas pelos interessados quanto à divisão de bens e/ou à admissão de herdeiros, cabível é a ação rescisória” (STJ, 3ª T., REsp 1238684/SC, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 3.12.2013, publ. DJ 21.2.2014). Na doutrina, v. Luiz Fux, *Curso de direito processual civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 867-868; José Miguel Garcia Medina, *Código de processo civil comentado*: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, 2ª ed., pp. 531-532; e Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Código de Processo Civil*: comentado artigo por artigo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, 5ª ed., p. 511.

- 7 Na doutrina processual: “De acordo com o § 4º do art. 966 do CPC/2015, os atos homologados pelo juízo (p. ex., renúncia, reconhecimento, transação, cf. art. 487, III, do CPC/2015) sujeitam-se à anulação. No caso, pois, não se admite ação rescisória. À luz do art. 485, VIII, do CPC/73, seria possível sustentar o cabimento de ação rescisória, quando, interpretando confissão, desistência ou transação realizada pelas partes, o juiz julga o pedido procedente ou improcedente, e ação anulatória, quando o juiz proferir sentença homologatória sem julgar o pedido (...). À luz da nova lei processual, passa a ser admissível apenas a anulatória prevista no §4º do art. 966 do CPC/2015, quando se tratar de vício do ato homologado” (José Miguel Garcia Medina. Art. 966. In: Lenio Luiz Streck et al, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 1260-1261). V., no mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. In: Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (coord.), *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XV, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 451-453.
- 8 Sobre o ponto, v. J. E. Carreira Alvim, *Tratado Geral da Arbitragem*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 235.
- 9 Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, *Direito Internacional Privado: Arbitragem Comercial Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.

173. Nesta esteira, confirmam-se as seguintes decisões: “Inclusive, tamanha foi a preocupação do legislador em preservar a cláusula compromissória, que o art. 8º da Lei nº 9.307/96 consagra a sua autonomia, ou seja, a referida cláusula é absolutamente autônoma em relação ao contrato no qual estiver inserida, possuindo ligação meramente instrumental com o objeto principal do negócio jurídico. Daí decorre que eventual manifestação de vontade das partes modificando o negócio principal não afeta a cláusula compromissória. Mais do que isso, a autonomia da cláusula compromissória é corolário do princípio da *kompetenz-kompetenz*, isto é, da competência *stricto sensu* do juízo arbitral e não do Poder Judiciário para resolução de qualquer discussão acerca do contrato principal, seus anexos e das alterações neles imprimidas” (STJ, Corte Especial SEC 1 EX 2007/0156979-5, , Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julg. 19.10.2011, publ. DJ1.2.2012). V. tb. STJ, 3ª T REsp. 1288251., Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 9.10.2012, publ. DJ 16.10.2012; STJ, SEC 854 EX 2005/0123803-1, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 16.10.2013, publ. DJ 7.11.2013.

- 10 Sobre o tema, v. José Emílio Nunes Pinto, Contrato de adesão. Cláusula Compromissória. Aplicação do princípio da boa-fé. A convenção arbitral como elemento de equação econômico-financeira do contrato. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 10, jul./set., 2006, pp. 234-242; Celso Agrícola Barbi Filho, Execução específica de cláusula arbitral. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 732, out., 1996; Nadia de Araujo, O princípio da autonomia da cláusula arbitral na jurisprudência brasileira. In: *Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*, vol. VI, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 1023-1025.
- 11 Sobre ponto, v. Paula Greco Bandeira, As cláusulas de *hardship* e o dever da boa-fé objetiva na renegociação dos contratos. In: *Revista Pensar*, vol. 21, n. 3, Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2016, pp. 1031-1054.
- 12 Como sublinha Judith Martins-Costa: “Tendo as partes estipulado tais cláusulas, e ocorrendo evento nelas previsto, abre-se, *ipso facto*, a obrigatoriedade da renegociação do contrato para reaproximar-se o sinalagma funcional ou dinâmico – isto é, o que acompanha a vida do contrato, no curso de sua execução – ao sinalagma genético, a saber, aquele que marca o momento da conclusão do ajuste” (A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração.



In: *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 25, abr./jun. 2010, p. 23).

- 13 Sobre o ponto, v. La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale. In: Francesco Galgano (Org.), *Le monografie di contratto e impresa*, Padova: CEDAM, 2006, p. 66.
- 14 Sobre o tema, v. José Emilio Nunes Pinto, O mecanismo multietapas de solução de controvérsias. [S.l.: s.n., 20--]. 2p. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4510](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4510)>. Acesso em: 29 mar. 2014.
- 15 Sobre o tema contrato incompleto, cfr. Paula Greco Bandeira, *Contrato incompleto*, São Paulo: Atlas, 2015, *passim*.
- 16 Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito*, p. 4.
- 17 As cláusula compromissórias idênticas em seu conteúdo, normalmente, elegerão (i) as mesmas normas de determinada Corte Arbitral como direito procedimental, (ii) a mesma lei aplicável, (iii) o mesmo idioma da arbitragem, e (iv) a mesma sede do procedimento arbitral.
- 18 No direito brasileiro, assinala Modesto Carvalhosa: "(...) as sociedades envolvidas mantêm sua identidade, e, assim, sua personalidade jurídica e seu patrimônio individualizado, formando, pela participação relevante no capital das sociedades envolvidas, um grupo societário de fato, e, assim, uma entidade econômica de relevância jurídica" (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, São Paulo, Saraiva, 1998, pp. 11-12).
- 19 Como se colhe da jurisprudência da Câmara de Comércio Internacional – CCI: "(...) the concept of a group is not to be found in the formal independence created by the establishment of separate legal entities, but in the single economic orientation given by a common authority" (I, ICC Awards 257, *apud* Craig, Park and Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, New York: Oceana Publications, Inc., 2000, 3rd ed., p. 77).
- 20 Confira-se: "(...) there are many cases with multiple parties that are not necessarily true multi-party arbitrations, e.g., where multiple Respondents are under common control or otherwise have identical interests in the outcome of the arbitration. In such a case, the multiple entities concerned might more properly be seen as forming, in reality, a single Respondent party, and there would not seem to be any legitimate

reason why they should not normally be expected to agree upon an arbitrator” (Yves Derains e Eric A. Schwartz, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, Haia: Kluwer Law International, 1998, p. 172).

- 21 Neste sentido, W. Laurence Craig, William W. Park e Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., p. 77: “It may be instructive to consider how some ICC arbitrators have sought to apply the group theory as a justification to extend arbitral jurisdiction beyond the signatories of the agreement to arbitrate.” Em sentido semelhante, afirma Otto Sandrock, *Arbitration Agreements and Groups of Companies*, p. 943: “(...) arbitrators acting under the auspices of the ICC show a strong tendency to recognize that an arbitration agreement signed by a company belonging to a group of companies obligates and entitles the other member companies of such group if that agreement fulfills certain minimum requirements”. Vejam-se os seguintes precedentes da CCI: “ICC Case 2375/1975 resulted in both the acceptance of a claimant and the inclusion of a defendant against the joint defendants’ wishes” (W. Laurence Craig, William W. Park e Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., p. 77); “As três sociedades Demandantes, quando da conclusão, execução, inexecução e renegociação das relações contratuais mantidas com (as Demandadas), aparecem segundo a vontade comum de todas as partes do procedimento como tendo sido as verdadeiras partes no conjunto dos contratos. Esta análise se baseia, na sua carta e no seu espírito, em uma tendência marcada e aprovada pela unidade do grupo (...). O Tribunal Arbitral estima que, na espécie, as condições para o reconhecimento da unidade do grupo estão atendidas, tendo as sociedades que o compõem todas participado em uma confusão mais real que aparente de uma complexa relação contratual internacional, na qual o interesse do grupo se sobrepunha àquele de cada uma delas. A segurança das relações comerciais internacionais exige que seja levado em conta essa realidade econômica e que todas as sociedades do grupo sejam tomadas em conjunto solidariamente pelas dívidas das quais elas direta ou indiretamente lucraram na ocasião” (tradução nossa). No original: “Les trois sociétés demanderesses, lors de la conclusion, l’ exécution, l’ inexécution et la renégociation de relations contractuelles entretenues avec (les défenderesses), apparaissent selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure comme ayant été de véritables parties à l’ ensemble de ces contrats. Cette analyse s’ appuie, dans sa lettre et dans son esprit, sur une tendance remarquée et approuvée de la ‘jurisprudence arbitrale’ favorable à la

reconnaissance, dans de telles circonstances, de l'unité du groupe (...). Le Tribunal arbitral estime qu'en l'espèce les conditions de la reconnaissance de l'unité du groupe sont remplies, les sociétés composant celui-ci ayant toutes participé, dans une confusion aussi réelle qu'apparente, à une relation contractuelle internationale complexe dans laquelle l'intérêt du groupe l'emportait sur celui de chacune d'elles. La sécurité des relations commerciales internationales exige qu'il soit tenu compte de cette réalité économique et que toutes les sociétés du groupe soient ténues ensemble et solidairement des dettes dont elles ont directement ou indirectement profité à cette occasion" (Sentença proferida no caso nº. 5103, 1988, in *Collection of ICC Arbitral Awards*, 1986-1990, pp. 366-367); "Resultado similar foi obtido no caso CCI 1434, em que o conceito de grupo econômico foi de igual modo aplicado para vincular as pessoas do grupo à cláusula compromissória inserida no contrato que elas não haviam assinado" (tradução nossa). No original: "A similar result was obtained in ICC Case 1434, where the concept of the corporate group was likewise applied to hold corporate entities bound to an arbitration clause contained in a contract they had not signed" (W. Laurence Craig, William W. Park e Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., p. 78).

- 22 "Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede".
- 23 Nessa direção, cfr. o precedente invocado por Fouchard, Gaillard, Goldman, *International commercial arbitration*, Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 281-282; e os precedentes ICC Case n. 6673 in Jean-Jacques Arnaldez, Yves Derains e Dominique Hascher, *Collection of ICC arbitral awards 1991-1995*, Hague: Kluwer Law International, 1997, p. 433; ICC case n. 9987, disponível em: <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=KLI-KA-1121236-n>, acesso em: 15.12.2011; ICC case n. 9987, disponível em: <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=KLI-KA-1121236-n>, acesso em: 15.12.2011; ICC Case n. 2375, in Jacques Arnaldez, Yves Derains e Dominique Hascher, *Collection of ICC arbitral awards 1974-1985*, Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 261 ; e ICC Case n. 6519, in Jacques Arnaldez, Yves Derains e Dominique Hascher, *Collection of ICC arbitral awards 1991-1995*, cit., p. 422.

24 “(...) existe outra hipótese na qual o não firmante pode ser atraído na arbitragem ainda que *a priori* fosse uma violação ao princípio da relatividade dos contratos. Sem embargo, veremos que não é assim, porque se trata de um ‘falso’ terceiro ao acordo arbitral na medida em que expressou seu consentimento de outra maneira diversa da assinatura. *Trata-se de uma parte que interveio na negociação, celebração ou execução do contrato e, por sua intervenção, consentiu de maneira implícita ao acordo arbitral não obstante nunca tê-lo assinado.* É assim que na decisão *Jaguar* a Corte de Apelação de Paris anunciou que ‘no direito da arbitragem internacional, os efeitos do acordo arbitral se estendem a todas as partes diretamente relacionadas à execução do contrato desde o momento que sua situação e suas atividades fazem presumir que tiveram conhecimento da existência e do conteúdo do acordo arbitral, e permitindo assim ao árbitro conhecer todos os aspectos econômicos do litígio’. Como se escreveu, esta jurisprudência manifesta a inquietude de uma boa administração da justiça e seu principal interesse é de não subestimar uma realidade econômica em detrimento de uma observação demasiada estrita das formas prescritas pelo sistema jurídico nacional. Não se trata de buscar um intercâmbio de consentimento senão de pôr em evidência um concurso implícito de consentimentos. Em outras palavras, a jurisprudência francesa adota uma concepção material e não psicológica da obrigação convencional” (James A. Graham, *Terceros, no-firmantes, y acuerdos arbitrales*. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 16, Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2007, p. 103; tradução livre; grifou-se). No original: “(...) existe otra hipótesis en donde el no-firmante puede ser atraído al arbitraje aunque que *a priori* sería una violación del principio del efecto relativo de los contratos. Sin embargo, veremos que no es así, porque se trata de un ‘falso’ tercero al acuerdo arbitral en la medida que ha expresado su consentimiento de otra manera que por la firma. Se trata de una parte que intervino en la negociación, celebración o ejecución del contrato y por su intervención consintió de manera implícita al acuerdo arbitral no obstante que nunca lo ha firmado. Es así que por la decisión, *Jaguar*, la Corte de apelación de París enunció que ‘en el derecho del arbitraje internacional, los efectos del acuerdo arbitral se extienden a todas las partes directamente implicados en la ejecución del contrato desde el momento que su situación y sus actividades hacen presumir que tuvieron conocimiento de la existencia y del contenido del acuerdo arbitral, y permitiendo así al árbitro conocer todos los aspectos

económicos del litigio’. Como se escribió, esta jurisprudencia manifiesta la inquietud de una buena administración de justicia y su principal interés es de no subestimar una realidad económica al detrimento de una observación demasiada estricta de las formas prescritas por el sistema jurídico nacional. No se trata de buscar un intercambio de consentimiento sino de poner en evidencia un concurso implícito de consentimientos. En otras palabras, la jurisprudencia francesa adopta una concepción material y no psicológica de la obligación convencional”.

- 25 STJ, Corte Especial, Sentença Estrangeira Contestada n.º 14.930 – EX, Rel. Min. Og Fernandes, julg. 15.5.2019, publ. DJ 27.6.2019.
- 26 V., nesse sentido, STJ, 3ª T., REsp. 653.733, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 3.8.2006, publ. DJ 30.10.2006. Na doutrina, registra Carmen Tibúrcio: “Uma circunstância relevante para aferir a vinculação de partes não signatárias é o fato de a convenção de arbitragem estar inserida em um conjunto de contratos coligados. A configuração da conexão contratual pressupõe a existência de dois ou mais contratos, não necessariamente celebrados entre as mesmas partes, e a existência de relação de dependência recíproca ou unilateral entre os negócios, que pode decorrer de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual. Nesse último caso, a conexão contratual decorre da simples existência de um fim econômico único perseguido pelo conjunto de contratos. Especificamente em relação ao alcance da cláusula compromissória, a extensão dos efeitos da cláusula a contratos conexos é bem aceita pela doutrina” (Cláusula compromissória em contrato internacional: interpretação, validade, alcance objetivo e subjetivo. In: *Revista de Processo*, vol. 241, mar., 2015, pp. 521-566). V. tb. Arnoldo Wald, A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 2, maio./ago., 2004, pp. 31-59.
- 27 Nessa direção, v. art. II, item 3, da Convenção de Nova Iorque, incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto 4.311, de 23 de julho de 2002: “O *tribunal de um Estado signatário*, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, *a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável*”.
- 28 “Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder

Judiciário”

- 29 Carlos Augusto da Silveira Lobo, Uma Introdução à Arbitragem. In: Ricardo Ramalho Almeida (coord.), *Arbitragem Interna e Internacional*: questões de doutrina e da prática, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 14.
- 30 “Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I – corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II – esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão. Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá no prazo de 10 (dez) dias ou em prazo acordado com as partes, aditará a sentença arbitral e notificará as partes na forma do art. 29”.
- 31 A doutrina esclarece que o expediente é análogo aos embargos de declaração no processo civil: “Por fim, prevê a Lei de Arbitragem o cabimento dos embargos declaratórios quando houver na decisão alguma omissão, tendo o árbitro (ou o tribunal arbitral) deixado de se pronunciar sobre algum ponto quando deveria tê-lo feito, hipótese em que os embargos serão cabíveis com o fim de buscar a integração da decisão judicial” (Alexandre Freitas Câmara, *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 5ª ed., pp. 116-117).
- 32 “Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. (...) § 4º A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem”.
- 33 Arnaldo Wald, A reforma da lei de arbitragem. *Revista dos tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 962, dez., 2015, pp. 195-216.
- 34 “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I – for nula a convenção de arbitragem; II – emanou de quem não podia ser árbitro; III – não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V – Revogado; VI – comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII – proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei”.

- 35 “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”.
- 36 Sofia Temer. Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória. *Revista de Processo*, vol. 278, abr. 2018, pp. 523-543.
- 37 V. exemplificativamente: “Aventada necessidade de revisão judicial de sentença proferida por câmara de arbitragem, nos termos do art. 33 da lei n. 9.307/1996. Possibilidade, se constam os vícios elencados no art. 32 da referida legislação. Verberada a ocorrência de quebra da imparcialidade do juízo arbitral e da isonomia entre as partes. Vícios que, em tese, ensejam a análise de *decisum* arbitral pelo Poder Judiciário. Descabimento na hipótese dos autos. Pretensão que se revela como tentativa de reapreciação das provas contidas no processo arbitral” (TJSC, 3ª C. D. Com., Ap. 20090628661, Rel. Des. Rosane Portella Wolff, julg. 22.1.2014, publ. DJ 23.01.2014).





GUSTAVO **TEPEDINO**

CARLOS NELSON **KONDER** E

PAULA GRECO **BANDEIRA**

PARTE 3

**ATOS UNILATERAIS**



## **PROMESSA DE RECOMPENSA**

[Atos unilaterais]

Após cuidar dos contratos em espécie, o Código Civil volta-se à temática dos atos unilaterais, reunindo sob o mesmo título os seguintes institutos: promessa de recompensa, gestão de negócios, pagamento indevido e enriquecimento sem causa. Em negócios unilaterais, o ordenamento permite a criação, modificação ou extinção da relação jurídica a partir de uma única declaração de vontade. A abrangente e heterogênea categoria dos negócios unilaterais se caracteriza estruturalmente pela existência de um único centro de imputação subjetivo, do qual decorre o regulamento de interesses. São exemplos de negócios unilaterais o reconhecimento de filhos e o testamento.

[Promessa de recompensa: conceito]

Ao contrário do contrato, cuja formação requer a convergência de emissões volitivas, o negócio unilateral obriga o declarante independentemente da participação do destinatário a quem se dirige.<sup>1</sup> A promessa de recompensa, primeira figura tratada no título dos atos unilaterais, consiste em negócio jurídico unilateral por meio do qual o promitente se obriga a cumprir determinada prestação em

favor de quem preencha certa condição ou realize determinado serviço, anunciado publicamente (CC, art. 854).<sup>2-3</sup>

[Espécies]

Disciplinada nos arts. 854 a 860 do Código Civil, a promessa de recompensa classifica-se de acordo com o comportamento exigido do destinatário:<sup>4</sup> *gratuita*, quando o efeito prometido, à ocorrência de determinada condição, prescinde de qualquer sacrifício econômico do beneficiário, motivada por espírito de liberalidade; ou *onerosa*, se a sua eficácia, ao contrário, sujeita-se a desembolso ou atividade específica do beneficiário para a obtenção do objeto prometido.

[Publicidade]

Para o seu aperfeiçoamento, devem ser observados os requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral, conforme o art. 104 do Código Civil, isto é, agente capaz, licitude do objeto e forma especial, nos casos em que a lei o exija.<sup>5</sup> Além disso, para possibilitar o conhecimento da coletividade, requer-se, para a validade da promessa, a sua publicidade.<sup>6</sup> Nessa direção, afirma-se que a promessa de recompensa não necessita dirigir-se obrigatoriamente ao público em geral ou a número indeterminado de pessoas, podendo se restringir a determinadas pessoas.<sup>7</sup>

[Ato unilateral não receptício]

Discutiu-se, no passado, se a promessa de recompensa não seria, afinal, mera oferta de contrato dirigida à sociedade, que só poderia ser aceita mediante a execução do ato com intenção de acolhimento da oferta. Afastou-se, contudo, tal entendimento, considerando-se atualmente que a promessa de recompensa consiste em ato unilateral não receptício,<sup>8</sup> que produz efeitos vinculantes desde a declaração do promitente endereçada com objeto determinado,<sup>9</sup> mostrando-se, assim, desnecessária sua aceitação para o seu aperfeiçoamento.<sup>10</sup> A prestação é exigível por quem preencher a condição ou realizar o serviço prometido.<sup>11</sup>

Em tal perspectiva, por aperfeiçoar-se com a simples declaração de vontade do emissor, qualquer pessoa que realize o serviço ou satisfaça a condição, ainda que não motivada pela promessa, poderá exigir a recompensa (CC, art. 855).<sup>12</sup> Ou seja, tem o credor o direito de receber o prêmio objeto da promessa independentemente de sua intenção de adimplir a condição ou mesmo de seu prévio conhecimento do anúncio.<sup>13</sup> Tal determinação, contudo, é dispositiva, podendo o devedor, na promessa pública, fazer ressalvas quanto ao público-alvo. Ainda em razão da natureza unilateral da promessa, infere-se que a capacidade do agente que realiza o serviço ou satisfaz a obrigação não é requisito para o recebimento da retribuição, já que sua vontade não configura elemento formativo do negócio. Por isso, o incapaz que exerce a condição exigida fará jus ao recebimento daquilo que foi prometido, sendo prescindível, para tanto, a identificação de vontade hígida direcionada à obtenção do benefício. Em contrapartida, se a recompensa depende da realização de negócio jurídico, a capacidade de exercício é indispensável, já que a realização do negócio válido é exigida para a produção dos efeitos dele decorrentes, sendo nesse caso o negócio nulo ineficaz para a concretização da promessa.

A publicidade da promessa de recompensa tem o condão de permitir que a oferta do promitente alcance conjunto determinado ou indeterminado de pessoas, as quais, ao cumprirem a prestação ou preencherem a condição, adquirem o direito de receber o estipulado.<sup>14</sup> Para definir quem receberá a recompensa nesses casos, o Código Civil, adotando a teoria da prioridade, assegura o prêmio ao primeiro que executar o ato (CC, art. 857).<sup>15</sup> A regra incide tanto na execução de promessa sem determinação de prazo quanto no caso em que o adimplemento tenha sido executado dentro do prazo determinado pelo promitente, não havendo, nessa última hipótese, recompensa se a realização da condição ou serviço ocorrer

fora do prazo assinalado. Vale dizer, se o primeiro a preencher a condição ou executar o serviço o fez fora do prazo ao qual se subordina a eficácia da promessa, não há recompensa devida.

[Execução simultânea]

No caso de execução simultânea por duas pessoas, o art. 858 do Código Civil determina o rateio igualitário da gratificação.<sup>16</sup> Caso o objeto seja indivisível, a recompensa será atribuída mediante sorteio entre os pretendentes. Como o legislador não previu o modo específico pelo qual se deve realizar o sorteio, entende-se que poderá o promitente estipulá-lo desde que, revestindo-se de seriedade, assegure a todos a mesma probabilidade e a possibilidade de fiscalização, pessoalmente ou por procuração, visando afastar quaisquer irregularidades. Dessa forma, torna-se exequível o controle, pelos interessados, da lisura do sorteio.<sup>17</sup> Com vistas a garantir a isonomia, aquele que for sorteado e receber o prêmio deve dar ao perdedor o quinhão que lhe cabe na divisão da retribuição.

[Revogabilidade]

A promessa de recompensa fixada sem prazo é revogável a qualquer tempo, enquanto não realizado o serviço ou preenchida a condição (CC, art. 856, *caput*).<sup>18</sup> Vale dizer, na medida em que não se cumpre a condição ou não se presta o serviço atinentes à promessa, não há direito adquirido à recompensa e o promitente poderá revogar o ato unilateral. A revogação, todavia, deve ser feita com a mesma publicidade da oferta. Como nem sempre o mesmo veículo usado para a divulgação do negócio é o meio eficaz para dar publicidade à revogação, deverá o promitente buscar meio igualmente idôneo ao alcance do público-alvo. Quando, todavia, a promessa é feita com a estipulação de prazo específico, há presunção *juris tantum* de que o anunciante renunciou ao seu arbítrio de revogá-la durante o lapso temporal concedido.<sup>19</sup> Além disso, alude o parágrafo único do art. 856 que o estipulador da promessa

deve indenizar, nesses casos, eventuais despesas efetuadas por executores de boa-fé, com o fito de realizar o serviço ou a condição.<sup>20</sup> A regra não importa, naturalmente, no dever de indenizar todo aquele que, com a revogação da promessa de recompensa, teve frustrada sua expectativa unicamente subjetiva, mantida no plano das intenções e sem qualquer repercussão material.

[Concurso]

O art. 859 do Código Civil trata ainda do concurso com promessa pública de recompensa, que, contudo, possui disciplina especial.<sup>21</sup> Essa espécie de promessa de recompensa exige que o candidato, usando qualidades técnicas específicas, com dispêndio de tempo, e fazendo uso de recursos diversos, execute a condição determinada. O caráter oneroso da promessa limita o arbítrio do promitente, ao qual se obsta o poder de revogar a promessa por mero capricho, devendo, em regra, respeitar o prazo estabelecido para a realização do serviço ou condição. Diferentemente da generalidade de promessas de recompensa, no concurso, o prêmio não é atribuído àquele que primeiro realizou o ato, mas sim àquele que demonstra maior mérito no processo de seleção. São requisitos essenciais o aludido prazo para a consecução da atividade prevista; a estipulação do julgador ou da comissão julgadora, que avaliará o desempenho dos concorrentes, sendo admissível, à falta de julgador designado, que se considere como juiz o próprio emissor de vontade;<sup>22</sup> e a divisão ou sorteio do prêmio em caso de igual mérito.

A nomeação do julgador, cuja decisão vincula todos os interessados,<sup>23</sup> deve constar da publicação, a fim de possibilitar o conhecimento da escolha aos potenciais candidatos. Em caso de omissão, há presunção relativa de que o promitente reservou essa tarefa para si. No primeiro caso, o promitente pode participar do concurso; ao avaliador, por outro lado, não há essa possibilidade. A escolha do concorrente a ser premiado pode levar em conta requisitos objetivos, consistentes nas rígidas regras do concurso, e subjetivos, relativos à avaliação qualitativa dos candidatos. A possibilidade de não premiação, no caso de inexistir candidato que,

na avaliação do órgão julgador, tenha alcançado o patamar pretendido, há de ser expressa e publicamente prevista. De outra parte, a participação em concurso não pressupõe, salvo disposição expressa e inequívoca, a alienação da obra do concorrente ao promitente, não havendo falar em transmissão automática de propriedade, seja pela participação, seja pela vitória no concurso, conforme se extrai do art. 860 do Código Civil. O ato unilateral traduz incentivo ao desenvolvimento científico ou artístico de forma desinteressada, servindo de exemplo a submissão de artigo científico por meio de edital publicado por periódicos ou revistas, com o respectivo reconhecimento do direito autoral, e não alienação da propriedade literária.

## PROBLEMA PRÁTICO

Mediante anúncio direcionado a grupo determinado de arquitetos, um empresário se obrigou, sem a estipulação de prazo específico, ao pagamento de elevado valor pecuniário em favor de quem apresentasse solução para problema técnico identificado no projeto arquitetônico da futura sede da empresa. Pode o promitente revogar a promessa de recompensa a qualquer tempo? O arquiteto que realizou o serviço após a revogação encontra proteção na ordem jurídica?

### • Vide Casoteca



- 
- 1 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. III, atualizado por Caitlin Mulholland, Rio de Janeiro: Forense, 2019, 23ª ed., p. 509 e ss.
  - 2 “Art. 854. Aquele que, por anúncios públicos, se comprometer a recompensar, ou gratificar, a quem preencha certa condição, ou desempenhe certo serviço, contrai obrigação de cumprir o prometido”.
  - 3 Sobre o tema, v. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXXI, atualizado por Gustavo Tepedino, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 321 e ss.
  - 4 Eis o teor do art. 854, Código Civil: “Aquele que, por anúncios públicos, se comprometer a recompensar, ou gratificar, a quem preencha certa condição, ou desempenhe certo serviço, contrai obrigação de cumprir o prometido”.
  - 5 Pontes de Miranda ressalta, ao lado do objeto ilícito, o impossível ou imoral, capaz de viciar o ato por ausência de um “mínimo ético” ou de “seriedade”, sendo o requisito da possibilidade, como nos atos jurídicos em geral, “assaz valioso e capital nas promessas ao público”. E exemplifica de modo eloquente: “dois milhões a quem escrever o mais tremendo artigo contra o governo; um piano a quem atravessar a Avenida Rio Branco a cantar canções imorais ou ofensivas” (*Tratado de direito privado*, t. XXXI, cit., pp. 345-346).
  - 6 Na lição de Orlando Gomes: “Feita, como deve ser, a credor incerto, tem de ser levada a conhecimento público, para que os interessados possam se dispor à prestação do serviço ou ao preenchimento da condição, adquirindo, se o prestar, ou satisfizer esta, a qualidade de credor” (Orlando Gomes, *Obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 2019, 19ª ed., p. 242). No mesmo sentido, Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2011, 27ª ed., p. 815.
  - 7 Sintetiza Pontes de Miranda “O número mínimo para que a promessa seja ao público é o de dois; o máximo, a humanidade. Exemplo: dou um milhão de cruzeiros a quem apresentar o melhor estudo sobre o descobrimento do Brasil. Se diminuirmos cada vez mais o círculo, temos: a quem, dentre os brasileiros, apresente o melhor estudo sobre o fideicomisso; ao membro do Instituto dos Advogados que defenda a tese mais profunda sobre a deserção processual; ao membro da Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados que escreva o melhor

parecer; ao jurista, dentre três, que escreva o melhor comentário da lei de inquilinato; ao partido de futebol que vença, nas próximas justas” (*Tratado de direito privado*, vol. XXXI, cit., p. 325).

- 8 Na expressão didática inigualável de Silvio Rodrigues: “o promitente se obriga à prestação prometida ainda que o beneficiário não manifeste a intenção de reclamá-la; ainda que este satisfaça a condição sem almejar recompensa; e mais: ainda que ignore a promessa. Se alguém, com publicidade adequada, prometer prêmio à primeira pessoa que neste ano atravessar o Canal da Mancha a nado, o prêmio será devido ao atleta que o fizer, mesmo que este desconheça a promessa. Ora, se isso é verdade, a concepção contratual é inconcebível, pois obviamente falta ao negócio o consentimento de uma das partes” (*Direito civil*, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 390).
- 9 Fundamental, para a validade da promessa, é a determinação do negócio ou da ação pretendida pelo emissor: “A impossibilidade de determinar-se o objeto tornaria incompleta, inútil, a promessa. É preciso que se dê a alguém do público os meios para *se legitimar como executante*. Se prometo trezentos mil cruzeiros a quem faça livro de contos, não me obrigo: a minha declaração unilateral de vontade está incompleta; a minha vontade não foi bem expressa; falta-lhe a determinação do que se quer. Subentende-se, talvez, que escolherei o melhor, ou designarei quem escolha; mas a ação do apresentante é nenhuma, se alego o incompleto do que publiquei. A falta é de *vinculatividade*” (*Tratado de direito privado*, vol. XXXI, cit., p. 325).
- 10 Por todos, San Tiago Dantas, *Programa de direito civil*, vol. II, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1918, p. 333. Na jurisprudência, reconhece-se, sem dissenso, a vinculação do emitente da declaração de vontade independentemente de qualquer aceitação. V., sobre o ponto, TJ/RJ, 21ª C.C., Ap. Cív. 0010475-35.2013.8.19.0202, Rel. Des. Denise Levy Tredler, julg. 15.10.2015, publ. DJ 23.10.2015.
- 11 Cfr. na jurisprudência, TJ/RJ, 1ª C.C., Ap. Cív. 0008151-45.2003.8.19.0001, Rel. Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira, julg. 14.6.2005, publ. DJ 17.6.2005.
- 12 “Art. 855. Quem quer que, nos termos do artigo antecedente, fizer o serviço, ou satisfizer a condição, ainda que não pelo interesse da promessa, poderá exigir a recompensa estipulada”.
- 13 Sobre o ponto, v. a tese n. 610 do Superior Tribunal de Justiça em sede de recursos repetitivos, pela qual a promessa de recompensa, como ato

unilateral de vontade, comporta o ajuizamento de ação por quem prestou o serviço ou satisfaz a condição com fundamento na vedação ao enriquecimento sem causa, incidindo o prazo prescricional trienal previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil. V. STJ, 2ª S., REsp. 1.361.182/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 10.8.2016, publ. DJ 19.9.2016.

- 14 Como assinala Sílvio Venosa, “não importa o número de pessoas que tenham ouvido ou visto a promessa de recompensa. O efeito desse negócio unilateral opera se uma só pessoa tomou conhecimento da proposta” (*Código Civil interpretado*, São Paulo: Atlas, 2019, 4ª ed., p. 1838). Em decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, considerou-se incabível a promessa de recompensa quando dirigida à pessoa determinada: “sequer se poderia falar em promessa de recompensa, dado que teria havido promessa de remuneração pelo ato de uma pessoa, individualmente determinada” (TJ/SP, 5ª Câ. Dir. Priv., Ap. Cív. 4003144-17.2013.8.26.0079, Rel. Des. A. C. Mathias Coltro, julg. 11.9.2019, publ. DJ 12.9.2019).
- 15 “Art. 857. Se o ato contemplado na promessa for praticado por mais de um indivíduo, terá direito à recompensa o que primeiro o executou”.
- 16 “Art. 858. Sendo simultânea a execução, a cada um tocará quinhão igual na recompensa; se esta não for divisível, conferir-se-á por sorteio, e o que obtiver a coisa dará ao outro o valor de seu quinhão”.
- 17 Pontes de Miranda, que ressalta a importância de afastar qualquer “clandestinidade”, exigindo-se “seriedade” própria do ato jurídico: “qualquer dos interessados pode impugná-lo judicialmente” (*Tratado de direito privado*, vol. XXXI, cit., p. 382).
- 18 “Art. 856. Antes de prestado o serviço ou preenchida a condição, pode o promitente revogar a promessa, contanto que o faça com a mesma publicidade; se houver assinado prazo à execução da tarefa, entender-se-á que renuncia o arbítrio de retirar, durante ele, a oferta”.
- 19 Assim, dentre outros, Orlando Gomes, *Obrigações*, cit., p. 242; Sílvio Rodrigues, *Direito civil*, vol. 3, cit., p. 392.
- 20 “Art. 856. (...). Parágrafo único. O candidato de boa-fé, que houver feito despesas, terá direito a reembolso”.
- 21 “Art. 859. Nos concursos que se abrirem com promessa pública de recompensa, é condição essencial, para valerem, a fixação de um prazo, observadas também as disposições dos parágrafos seguintes.

§ 1º A decisão da pessoa nomeada, nos anúncios, como juiz, obriga os interessados.

§ 2º Em falta de pessoa designada para julgar o mérito dos trabalhos que se apresentarem, entender-se-á que o promitente se reservou essa função.

§ 3º Se os trabalhos tiverem mérito igual, proceder-se-á de acordo com os arts. 857 e 858”.

22 Sílvio Rodrigues, *Direito civil*, vol. 3, cit., pp. 394-395.

23 O controle de legalidade do julgamento é exercido pelo Judiciário, cfr. STJ, 3ª T., REsp. 1.383.437/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 27.8.2013, publ. DJ 6.9.2013; TJ/RJ, 23ª C.C., Ap. Cív. 0058003-62.2013.8.19.0203, Rel. Des. Sônia de Fátima Dias, julg. 8.6.2016, publ. DJ 10.6.2016.



## Capítulo II

# GESTÃO DE NEGÓCIOS

A gestão de negócios encontrava-se, no Código de 1916, disciplinada no Título V do Livro III, dedicado aos contratos em espécie, embora, na dicção do art. 1.331,<sup>1</sup> o seu aperfeiçoamento prescindisse da autorização do interessado, a evidenciar a unilateralidade do ato. O codificador atual, reproduzindo o conteúdo do diploma anterior, corrigiu a inconsistência classificatória, tratando a gestão de negócios como ato unilateral. Compreende-se, assim, por gestão de negócios o ato unilateral por meio do qual determinado sujeito intervém na gestão de negócio alheio, sem autorização do interessado, atuando conforme o interesse e a vontade presumível de seu dono, de sorte a se responsabilizar perante este e os terceiros com quem tratar (CC, art. 861).<sup>2</sup>

[Ausência de representação]

[Requisitos]

Por outras palavras, o gestor *sponte sua* gere negócio alheio sem procuração, praticando atos ou emitindo manifestação de vontade no interesse presumido do dono do negócio. Nessa direção, Caio Mário da Silva Pereira afirma que a gestão de negócios traz em si representação inoficiosa,<sup>3</sup> ou seja, a administração não autorizada de interesses alheios.<sup>4</sup> A gestão de negócios caracteriza-se pela

confluência dos seguintes requisitos: (i) administração de negócio alheio; (ii) atuação por iniciativa exclusiva do gestor; (iii) segundo a vontade presumida do dono do negócio; e (iv) inexistência de autorização (*rectius*, outorga de poderes) por parte do dono do negócio.<sup>5</sup>

[Liberalidade]

No mais das vezes, a gestão de negócios configura ato altruísta do gestor, que, com o intuito de evitar prejuízo ao dono do negócio, assume seus interesses, notadamente na hipótese de sua ausência. Por outro lado, a existência de eventual interesse pessoal do gestor não descaracteriza a gestão de negócios.

[Responsabilidade pelo fortuito]

Note-se que a falta de anuência prévia do dono do negócio quanto à gestão não se confunde com a sua desautorização manifesta ou presumível. Essa última ocorrerá quando, por exemplo, o dono do negócio revelar ao gestor o desejo de não empreender determinado negócio; ou a gestão abranger a realização de atos que não são do hábito do dono do negócio.<sup>6</sup> Nesses casos, verifica-se agravamento da responsabilidade do gestor, que responderá inclusive pelos danos decorrentes de casos fortuitos, a menos que prove que os prejuízos teriam sobrevindo ainda que sem a sua intervenção (CC, art. 862).<sup>7</sup>

[Comunicação ao gestor]

Em qualquer caso, o gestor deverá comunicar ao dono do negócio sobre a gestão tão logo possível (CC, art. 864).<sup>8</sup> Até que receba a resposta do interessado, se da espera não resultar perigo, a atuação do gestor deverá se ater a atos conservativos e, sempre que possível, aguardar a autorização do dono para a realização dos demais negócios. Ao receber a comunicação quanto à gestão do terceiro, o dono do negócio poderá discordar de sua atuação, ou aprová-la, de forma expressa ou tácita.<sup>9</sup>

#### [Conversão em mandato]

Se o dono do negócio aprovar a gestão, o gestor se converterá em mandatário. A ratificação pura e simples retroage ao dia do começo da gestão, e, desde então, a atuação do gestor será tida como legítima representação (CC, art. 873).<sup>10</sup> Ou seja, o mandante aceita, como se ordenados por ele, todos os atos praticados pelo gestor, com os proveitos e os encargos daí decorrentes. Como consequência, esgotam-se as responsabilidades atribuídas ao gestor em razão de sua atuação antes inoficiosa.<sup>11</sup>

#### [Reprovação da gestão]

Por outro lado, se a resposta do dono do negócio for negativa, vigorará o mesmo regramento dispensado à hipótese de gestão iniciada contra a manifesta vontade do dono. Ou seja, se o interessado desaprovar a gestão, considerando-a contrária a seus interesses, o gestor responderá até mesmo pelo caso fortuito (CC, art. 874).<sup>12</sup> Nesse caso, se os prejuízos resultantes da gestão sobejarem os seus proveitos, o dono do negócio poderá alternativamente exigir que o gestor restitua as coisas ao estado anterior ou o indenize da diferença (CC, art. 863).<sup>13</sup>

#### [Gestão útil]

A aprovação da gestão do negócio, porém, não é deixada ao livre-arbítrio do dono, de modo que, se o negócio for utilmente administrado, cumprirá a este assumir as obrigações contraídas em seu nome, consoante o disposto no art. 869<sup>14</sup> do Código Civil. Ainda nessa hipótese, com vistas a conferir maior proteção ao gestor altruísta, impõe-se ao dono de negócio utilmente gerido o reembolso ao gestor das despesas necessárias e úteis que este houver realizado, acrescidas de juros legais desde o desembolso, além de indenização contra eventuais perdas e danos decorrentes da administração. Sobre o ponto, o § 1º do art. 869 dispõe que a utilidade ou a necessidade da despesa será determinada de acordo



com as circunstâncias que as ordenaram, e não somente à luz do resultado obtido.

#### [Parâmetros para a utilidade da gestão]

O legislador determina parâmetros para a verificação da utilidade da administração, estabelecendo, no art. 870<sup>15</sup> do Código Civil, que a gestão será considerada útil quando se proponha a acudir prejuízos iminentes ou quando redunde em proveito do dono do negócio, hipótese em que a indenização ao gestor limita-se às vantagens obtidas.

#### [Dispensa de ratificação]

De outra parte, afasta-se a necessidade de ratificação por parte do interessado na hipótese de assunção da obrigação de prestar alimentos. Nesses casos, o gestor de negócios terá o direito de reaver o valor do obrigado ainda que este não confirme o ato (CC, art. 871<sup>16</sup>).<sup>17</sup> Note-se, ainda, que a pessoa obrigada a prestar alimentos também poderá ser chamada a ressarcir o gestor quanto ao pagamento das despesas de enterro do alimentando, caso este não tenha deixado bens (CC, art. 872).<sup>18</sup> Apesar da literalidade do dispositivo, na hipótese em que o *de cujus* tiver deixado bens, estes responderão pelas despesas do funeral (CC, art. 1.847).<sup>19</sup> Tal obrigação do alimentante cessa, contudo, se restar demonstrado que o gestor efetuou essas despesas por altruísmo (CC, art. 872, parágrafo único).<sup>20</sup> Nessa hipótese, pelas circunstâncias, considera-se que há liberalidade e não gestão de negócios.

#### [Deveres do gestor]

Além do dever fundamental de comunicar ao dono, logo que possível, sobre sua gestão, consiste em obrigação do gestor empregar toda a sua diligência habitual na administração do negócio, devendo dirigi-lo segundo a vontade presumível do dono, ressarcindo-o de prejuízos decorrentes de sua culpa na gestão (CC, art. 866).<sup>21</sup> Se o gestor realizar operações arriscadas no negócio de

terceiro, responderá por todos os prejuízos, inclusive os decorrentes do fortuito, ainda que as transações fossem do hábito do dono do negócio (CC, art. 868).<sup>22</sup> Todavia, caso o dono do negócio pretenda se aproveitar da gestão, deverá indenizar o gestor das despesas necessárias que tiver incorrido, bem como dos prejuízos eventualmente sofridos com a gestão (CC, art. 868, parágrafo único).<sup>23</sup>

#### [Interrupção da gestão]

Adicionalmente, o gestor deve continuar a gestão iniciada se a interrupção causar prejuízo ao dono do negócio, pois, embora espontânea, sua atuação representa ingerência na esfera patrimonial alheia, de modo que deve atuar para não gerar danos ao interessado.<sup>24</sup> Tal obrigação restringe-se ao negócio que houver desencadeado, por cuja conclusão deverá zelar à espera das providências a serem adotadas pelo dono do negócio, inexistindo, contudo, dever de iniciar outros negócios independentes. Na hipótese de o dono do negócio vir a falecer durante a gestão, o gestor deverá aguardar as instruções dos herdeiros sem se descuidar das medidas que se fizerem necessárias a se evitarem prejuízos (CC, art. 865).<sup>25</sup>

#### [Dever de prestar contas]

Revela-se, ainda, dever do gestor prestar contas de seus atos, ressarcindo eventuais danos decorrentes da gestão e restituindo qualquer proveito dela auferido. Vale ressaltar que as obrigações do gestor continuam a incidir mesmo que este se substitua por outrem, de modo que o gestor responderá pelas faltas do substituto, ainda que seja pessoa idônea, sem prejuízo da ação que contra o substituto possa mover (CC, art. 867).<sup>26</sup> Na hipótese de pluralidade de gestores, incide a responsabilidade solidária (CC, art. 867, parágrafo único).<sup>27</sup>

#### [Operações conexas]

Caso o negócio do gestor seja conexo ao do titular dos interesses que administra inoficiosamente, de tal modo que não se possam gerir as operações separadamente, a gestão é tida como comum, formando-se espécie de associação de negócios.<sup>28</sup> Nesse caso, o gestor será havido como sócio daquele cujos interesses agenciar, e este só será obrigado em razão das vantagens que lograr (CC, art. 875).<sup>29</sup>

Apesar do extenso regramento dedicado pelo Código Civil à gestão de negócios, o instituto vem paulatinamente perdendo importância prática, especialmente diante das eficientes tecnologias de comunicação. Em termos práticos, nos negócios mais relevantes, a representação ou o mandato se afiguram fundamentais para conferir segurança jurídica às partes, de modo que, em muitos casos, o contratante não negociará com mero gestor de negócios. De outra parte, a transitoriedade que caracteriza a gestão de negócios limita a sua aplicação. Afinal, uma vez comunicada a gestão ao dono (o que deve ocorrer tão logo seja possível), abre-se a alternativa: ou bem o dono do negócio ratifica a gestão, caso em que esta se transformará em mandato, com efeitos retroativos, de sorte a atrair a sua disciplina (CC, art. 873); ou bem o dono desaprova a gestão, extinguindo-a.<sup>30</sup>

## PROBLEMA PRÁTICO

Um genitor está inadimplente na obrigação de prestar alimentos a seu filho menor. Temendo pelo sustento da criança, uma tia do menor, irmã do obrigado, passa a realizar o pagamento das parcelas. Ao ser demandado judicialmente para a restituição dos valores pagos, o genitor inadimplente alega a prescrição da pretensão, já que a demanda só fora ajuizada após o transcurso de 2 (dois) anos desde o vencimento das prestações alimentares, estando ultrapassado o prazo do art. 206, § 2º, do Código Civil, que trata da prescrição das obrigações alimentares. O argumento procede?

- **Vide Casoteca**

- 
- 1 “Art. 1.331. Aquele, que, sem autorização do interessado, intervém na gestão de negócio alheio, dirigi-lo-á segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono, ficando responsável a este e às pessoas com quem trata”.
  - 2 “Art. 861. Aquele que, sem autorização do interessado, intervém na gestão de negócio alheio, dirigi-lo-á segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono, ficando responsável a este e às pessoas com que tratar”.
  - 3 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2017, 21ª ed., livro digital, p. 263.
  - 4 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. 3, cit., p. 299.
  - 5 Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “(...) 1. Para configurar o instituto da gestão de negócios é necessária a reunião dos seguintes elementos: administração de negócio alheio; atuação por iniciativa do gestor; inexistência de autorização por parte do dono; e, por fim, ser o negócio de um terceiro que se encontra ausente e não possui mandatário. 2. Não caracteriza gestão de negócios a atuação de advogado nos limites das instruções dadas pelo mandante. 2. Incide a Súmula n. 7 do STJ na hipótese em que a tese versada no recurso especial reclama a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda. 3. Agravo regimental provido para não conhecer do recurso especial” (STJ, 4ª T., AgRg no REsp. 723.816/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. 13.10.2009, publ. DJ 26.10.2009).
  - 6 J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro interpretado*, vol. XVIII, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, 4ª ed., p. 391.
  - 7 “Art. 862. Se a gestão foi iniciada contra a vontade manifesta ou presumível do interessado, responderá o gestor até pelos casos fortuitos, não provando que teriam sobrevindo, ainda quando se houvesse abatido”.
  - 8 “Art. 864. Tanto que se possa, comunicará o gestor ao dono do negócio a gestão que assumiu, aguardando-lhe a resposta, se da espera não resultar perigo”.
  - 9 Hamid Charaf Bdine Jr. afirma que “o silêncio do dono do negócio deverá ser havido como consentimento tácito, salvo se ele não tiver

condições de manifestar sua discordância” (In: Cezar Peluso (coord.), *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*, Barueri: Manole, 2018, 12ª ed., p. 858).

- 10 “Art. 873. A ratificação pura e simples do dono do negócio retroage ao dia do começo da gestão, e produz todos os efeitos do mandato”.
- 11 Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975, p. 466.
- 12 “Art. 874. Se o dono do negócio, ou da coisa, desaprovar a gestão, considerando-a contrária aos seus interesses, vigorará o disposto nos arts. 862 e 863, salvo o estabelecido nos arts. 869 e 870”.
- 13 “Art. 863. No caso do artigo antecedente, se os prejuízos da gestão excederem o seu proveito, poderá o dono do negócio exigir que o gestor restitua as coisas ao estado anterior, ou o indenize da diferença”.
- 14 “Art. 869. Se o negócio for utilmente administrado, cumprirá ao dono as obrigações contraídas em seu nome, reembolsando ao gestor as despesas necessárias ou úteis que houver feito, com os juros legais, desde o desembolso, respondendo ainda pelos prejuízos que este houver sofrido por causa da gestão.  
  
§ 1º A utilidade, ou necessidade, da despesa, apreciar-se-á não pelo resultado obtido, mas segundo as circunstâncias da ocasião em que se fizerem.  
  
§ 2º Vigora o disposto neste artigo, ainda quando o gestor, em erro quanto ao dono do negócio, der a outra pessoa as contas da gestão”.
- 15 “Art. 870. Aplica-se a disposição do artigo antecedente, quando a gestão se proponha a acudir a prejuízos iminentes, ou redunde em proveito do dono do negócio ou da coisa; mas a indenização ao gestor não excederá, em importância, as vantagens obtidas com a gestão”.
- 16 “Art. 871. Quando alguém, na ausência do indivíduo obrigado a alimentos, por ele os prestar a quem se devem, poder-lhes-á reaver do devedor a importância, ainda que este não ratifique o ato”.
- 17 Sobre a prescrição da pretensão de ressarcimento do gestor, confira-se interessante precedente do STJ: “Recurso Especial. Direito de Família. Alimentos. Inadimplemento. Genitora que assume os encargos que eram de responsabilidade do pai. Caracterização da gestão de negócios. Art. 871 do CC. Sub-rogação afastada. Reembolso do crédito. Natureza pessoal. Prescrição. Prazo geral do art. 205 do CC

(...) Assim, tendo-se em conta que a pretensão do terceiro ao reembolso de seu crédito tem natureza pessoal (não se situando no âmbito do direito de família), de que se trata de terceiro não interessado – gestor de negócios *sui generis* –, bem como afastados eventuais argumentos de exoneração do devedor que poderiam elidir a pretensão material originária, não se tem como reconhecer a prescrição no presente caso. 5. Isso porque a prescrição a incidir na espécie não é a prevista no art. 206, § 2º, do Código Civil – 2 (dois) anos para a pretensão de cobrança de prestações alimentares –, mas a regra geral prevista no *caput* do dispositivo, segundo a qual a prescrição ocorre em 10 (dez) anos quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. 6. Recurso especial provido” (STJ, 4ª T., REsp. 1.453.838/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 24.11.2015, publ. DJ 7.12.2015).

- 18 “Art. 872. Nas despesas do enterro, proporcionadas aos usos locais e à condição do falecido, feitas por terceiro, podem ser cobradas da pessoa que teria a obrigação de alimentar a que veio a falecer, ainda mesmo que esta não tenha deixado bens”.
- 19 “Art. 1.847. Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação”.
- 20 “Art. 872. (...) Parágrafo único. Cessa o disposto neste artigo e no antecedente, em se provando que o gestor fez essas despesas com o simples intento de bem-fazer”.
- 21 “Art. 866. O gestor envidará toda sua diligência habitual na administração do negócio, ressarcindo ao dono o prejuízo resultante de qualquer culpa na gestão”.
- 22 “Art. 868. O gestor responde pelo caso fortuito quando fizer operações arriscadas, ainda que o dono costumasse fazê-las, ou quando preterir interesse deste em proveito de interesses seus”. A corroborar o dever insuperável do gestor para com o negócio alheio, mostrava-se eloquente a linguagem do art. 1.338 do Código Civil de 1916: “O gestor responde pelo caso fortuito, quando fizer operações arriscadas, ainda que o dono costumasse fazê-las, ou quando preterir interesses deste por *amor* dos seus”.
- 23 “Art. 868. (...) Parágrafo único. Querendo o dono aproveitar-se da gestão, será obrigado a indenizar o gestor das despesas necessárias, que tiver feito, e dos prejuízos, que por motivo da gestão, houver sofrido”.

- 24 Nesse sentido: Orlando Gomes, *Obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, 16ª ed., p. 287.
- 25 “Art. 865. Enquanto o dono não providenciar, velará o gestor pelo negócio, até o levar a cabo, esperando, se aquele falecer durante a gestão, as instruções dos herdeiros, sem se descuidar, entretanto, das medidas que o caso reclame”.
- 26 “Art. 867. Se o gestor se fizer substituir por outrem, responderá pelas faltas do substituto, ainda que seja pessoa idônea, sem prejuízo da ação que a ele, ou ao dono do negócio, contra ela possa caber”.
- 27 “Art. 867. (...) Parágrafo único. Havendo mais de um gestor, solidária será a sua responsabilidade”.
- 28 Arnaldo Rizzardo, *Direito das obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, 2ª ed., p. 586.
- 29 “Art. 875. Se os negócios alheios forem conexos ao do gestor, de tal arte que se não possam gerir separadamente, haver-se-á o gestor por sócio daquele cujos interesses agenciar de envolta com os seus.  
Parágrafo único. No caso deste artigo, aquele em cujo benefício interveio o gestor só é obrigado na razão das vantagens que lograr”.
- 30 Silvio Rodrigues, *Direito civil*, vol. 3, cit., pp. 398-399.





## Capítulo III

# PAGAMENTO INDEVIDO

[Restituição do indébito]

A disciplina do pagamento indevido no Código Civil regula a pretensão do *solvens* à restituição daquilo que foi indevidamente pago: a repetição do indébito.<sup>1</sup> Com efeito, ainda que realizado o pagamento de forma inadequada, não se justifica que possa o *accipiens* reter o que foi injustificadamente recebido, impondo-se a ele a obrigação de restituir o indébito, sob pena de enriquecimento sem causa. Na vigência da codificação anterior, o pagamento indevido era tido como fundamento normativo para o reconhecimento de um princípio geral de vedação ao enriquecimento sem causa. Já com a positivação do enriquecimento sem causa, reconhece-se no pagamento indevido hipótese especial de obrigação de restituir, com requisitos e regras próprias. No âmbito jurisprudencial, a controvérsia acerca da autonomia da repetição de indébito manifesta-se relativamente à aplicabilidade do prazo prescricional trienal previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, para as pretensões de ressarcimento de enriquecimento sem causa.<sup>2</sup>

[Indébito objetivo e indébito subjetivo]

A obrigação de restituir o pagamento indevido abrange tanto o chamado indébito objetivo, referente às situações em que não havia

obrigação a se adimplir (dívidas já pagas, nulas ou inexistentes), como também o dito indébito subjetivo, quando a prestação efetivamente devida foi cumprida perante quem não era legitimado a recebê-la. Tome-se o exemplo jurisprudencial dessa última hipótese no caso do locatário que continuou a pagar ao curador da locadora mesmo após sua morte e nomeação de terceiro como inventariante: embora ineficaz o pagamento, cabe-lhe o direito de pretender do curador a devolução dos valores pagos indevidamente.<sup>3</sup>

[Obrigações condicionais]

Ao consagrar, de forma geral, a obrigação de restituir o indevidamente recebido no art. 876 do Código Civil,<sup>4</sup> destacou o legislador sua aplicação também às obrigações condicionais. Com efeito, enquanto o termo subordina somente o exercício do direito, a condição, por sua incerteza, subordina a sua própria aquisição, razão pela qual o pagamento de dívida antes do advento do termo configura somente renúncia a esse benefício (termo a favor do devedor), à medida que o pagamento de dívida condicional antes do implemento da condição caracteriza pagamento indevido (já que não se sabe se ocorrerá, efetivamente, o evento futuro e incerto e, em consequência, o surgimento da dívida).

[Prova do erro]

O legislador, todavia, condiciona a repetição do indébito à prova do erro quando o pagamento tiver sido voluntário. A referência à voluntariedade, contudo, deve ser entendida estritamente, de modo a reputar igualmente involuntárias as hipóteses de adimplemento que, posto não realizadas em processo de execução forçada, tenham sido objeto de cobrança, judicial ou extrajudicial, como no exemplo de concessionária de serviço público que envia faturas para condomínio.<sup>5</sup> A exigência da prova do erro nos casos de pagamento dito voluntário se justificaria para evitar que o dispositivo pudesse servir como fundamento para o arrependimento de liberalidades, como, por exemplo, o doador que, desgostoso de ter feito a dádiva

ao donatário, buscassem reavê-la sob a alegação de que não se tratava de doação, mas que dera o bem acreditando devê-lo a quem o recebeu.<sup>6</sup> Diante disso, justifica-se a interpretação restritiva da exigência de prova do erro, limitando-a às hipóteses em que se afigure possível o cenário que a norma visa combater. Assim, não é incomum que se inverta o *onus probandi*, de modo a presumir o erro em vez da liberalidade, impondo ao *accipiens* o ônus de ilidi-la.<sup>7</sup> Na mesma linha, a jurisprudência afasta a exigência de prova do erro para a repetição do indébito em relações em que não se possa presumir a liberalidade, como nos contratos bancários<sup>8</sup> e quando presente dúvida objetiva sobre a prestação.<sup>9</sup> Afirma-se, ainda, que, mesmo nos casos em que se exige a prova do erro, não seriam necessários os requisitos próprios do erro vício do negócio jurídico, como a escusabilidade e a recognoscibilidade.<sup>10</sup>

[Posse de boa-fé ou de má-fé]

De modo geral, se antes da restituição do pagamento indevido sobrevierem, sobre a prestação, frutos, benfeitoria, acessão ou deterioração, aplicam-se as regras relativas ao possuidor de boa-fé ou de má-fé, conforme o caso (CC, art. 878).<sup>11</sup> O legislador reservou regime especial, todavia, às hipóteses em que o pagamento consistir em transferência de imóvel ou em prestação de fazer ou não fazer. No que tange à transferência de imóvel, que tenha sido alienado pelo *accipiens*, o regime aplicável condiciona-se à sua boa-fé: se estava ciente do erro ao recebê-lo, a obrigação de restituir ao *solvens* somente o preço recebido pela venda transforma-se em verdadeira obrigação de indenizar, impondo-lhe ressarcir o equivalente pecuniário do bem, mais perdas e danos (CC, art. 879).<sup>12</sup> O *solvens* somente poderá pretender que o terceiro devolva o imóvel se o recebeu gratuitamente ou se estava de má-fé.

[Obrigação de fazer e não fazer]

Já no tocante à prestação de fazer ou não fazer, uma vez consumada, torna-se impossível a sua devolução. Por esse motivo,

determina o legislador que a restituição se dê pela medida do lucro obtido (CC, art. 881).<sup>13</sup> A liquidação do montante do lucro, todavia, compreende a controvertida quantificação do enriquecimento sem causa, objeto do próximo item.

[Retenção do indébito]

Por vezes, ainda quando indevido o pagamento, garante-se ao *accipiens* a prerrogativa de retê-lo. É o caso do credor que recebeu o pagamento como se fosse referente a obrigação que efetivamente lhe era devida por outrem e que, por reputá-la já paga, perdeu as prerrogativas que possuiria para a sua cobrança. Por exemplo, Caio é credor de Tício e assim recebe de Semprônio pagamento que reputa estar sendo feito em benefício do seu devedor, e, quando Semprônio pretende a devolução do pagamento por ter sido indevido, Caio já não mais pode cobrar de Tício nos termos em que antes poderia, porque inutilizou o título do crédito, deixou prescrever a pretensão ou abriu mão das garantias especiais que detinha (CC, art. 880).<sup>14</sup> Nesses casos, o legislador reserva a Caio a possibilidade de reter o pagamento feito por Semprônio, facultando a este, todavia, a possibilidade de regredir contra o verdadeiro devedor Tício, de modo a evitar seu enriquecimento às suas custas.

[Dívida prescrita ou inexigível]

O Código Civil inclui ainda entre as hipóteses de retenção do pagamento indevido aquele feito para solver dívida prescrita ou inexigível (CC, art. 882),<sup>15</sup> embora se reconheça de forma ampla que, tanto no caso de obrigações prescritas como no das obrigações naturais, não se estará diante de pagamento indevido na realidade, já que são fenômenos que não privam a dívida de sua existência, mas tão somente de coercibilidade. Consequentemente, o pagamento nesses casos pode ser retido justamente porque era devido, embora inexigível.

[Fim ilícito, imoral ou proibido por lei]

Por fim resta vedada a repetição quando o pagamento se deu para a obtenção de fim ilícito, imoral ou proibido por lei (CC, art. 883).<sup>16</sup> A referência legislativa a “fim imoral” deve ser lida à luz do pluralismo democrático estabelecido pelo constituinte, de modo que a incidência do dispositivo não se guia pelos valores pessoais do intérprete, mas somente pela principiologia constitucional. Acaba por traduzir-se, portanto, em juízo de antijuridicidade, como pode ocorrer em pagamentos que impliquem a instrumentalização ou mercantilização da pessoa, coibida pelo princípio da dignidade humana. O dispositivo abrange igualmente as hipóteses de ilicitude e violação à proibição legal expressa, como nos pagamentos para a realização de atividades criminosas. Em tais casos, embora coibindo a repetição, o legislador de 2002 tampouco autorizou a retenção pelo *accipiens*, criando a inusitada solução de franquear ao juiz a reversão do pagamento em benefício de estabelecimento local de beneficência à sua escolha.



## PROBLEMA PRÁTICO

Cliente que pleiteia da instituição financeira a devolução de valores pagos a título de “tarifa de abertura de crédito” (TAC), em razão da declaração de nulidade dessa cláusula contratual, deve provar que fez o pagamento eivado por erro?

- **Vide Casoteca**

- 
- 1 As regras relativas ao pagamento propriamente dito, que compreendem os requisitos para que ele seja reputado eficaz, encontram-se reunidas no âmbito da teoria geral das obrigações e foram objeto de estudo no volume II.
  - 2 No sentido de sua aplicação à pretensão de repetição decorrente da declaração de nulidade de cláusula contratual de plano de saúde, STJ, 2ª S., REsp. 1.361.182/RS e REsp. 1.360.969/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 10.8.2016, publ. DJ 19.9.2016.
  - 3 STJ, 3ª T., REsp. 1.252.875/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 18.12.2012, publ. DJ 4.2.2013.
  - 4 “Art. 876. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição”.
  - 5 STJ, 1ª T., AgRg no AREsp. 310.759/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, julg. 13. 5.2014, publ. DJ 21.5.2014.
  - 6 Antunes Varella, *Direito das obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 182.
  - 7 Teresa Negreiros, Enriquecimento sem causa – aspectos de sua aplicação no Brasil como um princípio geral de direito, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, vol. 55, n. 3, dez. 1995, p. 817.
  - 8 STJ, 4ª T., REsp. 468.268, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 22.4.2003, publ. DJ 30.6.2003. Mais especificamente, preconiza o enunciado de Súmula 322 do STJ: “Para a repetição de indébito, nos contratos de abertura de crédito em conta-corrente, não se exige a prova do erro”.
  - 9 STJ, 4ª T., REsp. 59.292, Rel. Min. Barros Monteiro, julg. 10.8.1999, publ. DJ 25.10.1999.
  - 10 Claudio Michelin Jr., *Direito restituitório*: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 146.
  - 11 “Art. 878. Aos frutos, acessões, benfeitorias e deteriorações sobrevindas à coisa dada em pagamento indevido, aplica-se o disposto

neste Código sobre o possuidor de boa-fé ou de má-fé, conforme o caso”.

- 12 “Art. 879. Se aquele que indevidamente recebeu um imóvel o tiver alienado em boa-fé, por título oneroso, responde somente pela quantia recebida; mas, se agiu de má-fé, além do valor do imóvel, responde por perdas e danos.

Parágrafo único. Se o imóvel foi alienado por título gratuito, ou se, alienado por título oneroso, o terceiro adquirente agiu de má-fé, cabe ao que pagou por erro o direito de reivindicação”.

- 13 “Art. 881. Se o pagamento indevido tiver consistido no desempenho de obrigação de fazer ou para eximir-se da obrigação de não fazer, aquele que recebeu a prestação fica na obrigação de indenizar o que a cumpriu, na medida do lucro obtido”.

- 14 “Art. 880. Fica isento de restituir pagamento indevido aquele que, recebendo-o como parte de dívida verdadeira, inutilizou o título, deixou prescrever a pretensão ou abriu mão das garantias que asseguravam seu direito; mas aquele que pagou dispõe de ação regressiva contra o verdadeiro devedor e seu fiador”.

- 15 “Art. 882. Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível”.

- 16 “Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.

Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz”.





## ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Inferida a partir de diversos dispositivos legais do Código Civil anterior, a vedação ao enriquecimento sem causa há muito é tida como princípio geral de direito no ordenamento brasileiro, e frequentou a jurisprudência de forma recorrente em questões que vão do cheque em garantia à correção monetária, tendo sido mesmo reputada “garantia constitucional implícita”.<sup>1</sup> Foi somente com a codificação de 2002 que se positivou expressamente o enriquecimento sem causa, com repercussão imediata na teoria das fontes das obrigações. Discute-se, com efeito, se o locupletamento consiste em fonte autônoma, ao lado da lei, dos contratos e dos atos unilaterais ou se, ao contrário, o dever de restituir o lucro indevidamente auferido decorre justamente da ausência de fonte obrigacional legitimadora de determinada transferência patrimonial.

[Enriquecimento sem causa × responsabilidade civil]

Conceitualmente se distingue da responsabilidade civil porque não visa reparar danos, mas somente realocar bens ao patrimônio de quem é de direito. Por essa razão, a obrigação de devolver o lucro obtido prescinde de requisitos como dano e culpa, de modo que pode decorrer de atos lícitos e mesmo de fatos naturais.<sup>2</sup> Com efeito, ao lado das hipóteses de efetiva transferência patrimonial, o enriquecimento sem causa pode decorrer da exploração de bens,

trabalho ou direitos alheios, como no caso do condômino que desfruta da propriedade toda e do publicitário que se utiliza da imagem de modelo fotográfico sem autorização adequada. Pode decorrer de ato do enriquecido, mas pode ainda ser consequência de ato do titular do direito (como ocorre no pagamento indevido) ou de fato natural ou de terceiro, como nos casos de avulsão e de plantio ou pastagem em terreno alheio.

[Requisitos da *actio in rem verso*]

A cláusula geral prevista no art. 884, *caput*,<sup>3</sup> do Código Civil compreende todas essas hipóteses de forma abrangente, limitando-se a indicar os dois primeiros requisitos para a pretensão restitutória (*actio de in rem verso*): a caracterização do enriquecimento e que ele tenha se dado às custas de outrem. O enriquecimento constitui a vantagem patrimonial auferida, que pode ocorrer por efetivo aumento no patrimônio (lucro emergente) ou pela poupança de uma despesa (dano cessante).<sup>4</sup> Discute-se se a vantagem não patrimonial também poderia ensejar enriquecimento sem causa, na mesma linha que o dano moral enseja reparação civil.<sup>5</sup> A orientação predominante, todavia, é a de que, mesmo nesses casos, o objeto da restituição serão os efeitos patrimoniais advindos daquela vantagem.<sup>6</sup> O segundo requisito, por sua vez, consiste no enriquecimento dar-se às custas de outrem. A doutrina rejeita aqui o termo “empobrecido”, em virtude de a restituição prescindir de efetivo dano ao titular do direito.<sup>7</sup>

[Enriquecimento real e enriquecimento patrimonial]

O legislador previu expressamente que, quando o enriquecimento se dá pela transferência de coisa determinada, exige-se a sua restituição. Se a coisa houver se perdido, restituir-se-á o seu valor na época em que foi demandada (CC, art. 884, parágrafo único).<sup>8</sup> Nos casos em que o enriquecimento se deu por intervenção (ou lucro de intervenção), todavia, a quantificação da obrigação de restituir torna-se bastante tormentosa. De plano, constata-se a existência de duas

formas distintas de cálculo: o chamado enriquecimento real, que se mede pelo valor objetivo da vantagem fruída, e o dito enriquecimento patrimonial, estimado pela comparação entre a situação atual do enriquecido e aquela em que ele estaria caso não tivesse intervindo sobre o direito alheio.<sup>9</sup> Tome-se o exemplo de alguém que presta alimentos a filho alheio acreditando ser seu e depois demanda ao pai verdadeiro o ressarcimento: enquanto o enriquecimento real seria simplesmente o valor da pensão alimentícia prestada, o enriquecimento patrimonial auferido seria o valor da pensão alimentícia que o pai verdadeiro da criança pagaria.<sup>10</sup> Nesses casos, difundiu-se a aplicação da teoria do duplo limite, segundo a qual o *quantum da actio de in rem verso* não deveria superar qualquer das duas formas de quantificação, por restarem ausentes a ilicitude e o dano. Trata-se de teoria que tem sido objeto de críticas.<sup>11</sup>

[Ausência de causa]

O terceiro requisito para a pretensão restitutória consiste na ausência de causa para o enriquecimento às custas de outrem. O termo “causa” não se refere aqui à causa do contrato, tida como sua função prático-individual e síntese de seus efeitos essenciais, sendo ao revés empregado como título justificativo ou fonte obrigacional para a transferência patrimonial realizada, alcançando, desse modo, todas as hipóteses em que faltou à transferência (*rectius*, ao locupletamento) título jurídico idôneo a justificá-lo.<sup>12</sup> Assim, podem servir como fundamento justificativo do enriquecimento às custas de outrem a prescrição, a usucapião, o ato de tolerância do titular do direito etc. Na avaliação da causa do enriquecimento, portanto, para que se possa qualificá-lo como tal, acaba por imiscuírem-se outras normas que podem servir a justificar o enriquecimento, como se observa pelo exemplo dos chamados condomínios de fato, em que se reputou indevida a cobrança de taxas pela associação de moradores a não associados, sob o fundamento de que, ainda que beneficiados pelos serviços de segurança por ela prestados, prevalecem no caso a autonomia privada e a liberdade de associação.<sup>13</sup>

#### [Ausência superveniente de causa]

O legislador destaca que a pretensão à restituição também se justifica quando a ausência de causa é superveniente, como nos casos em que, iniciada a execução, o contrato vem a ser invalidado, justificando-se, assim, a devolução do que já tenha sido prestado (CC, art. 885).<sup>14</sup>

#### [Subsidiariedade]

Por fim, cogita-se do requisito da subsidiariedade da *actio de in rem verso*, que teria fundamento no disposto no art. 886 do Código Civil,<sup>15</sup> que afasta a pretensão baseada em enriquecimento sem causa quando há previsão legal de outros meios para que o titular do direito demande ressarcimento. A justificativa para o requisito estaria no receio de que o titular do direito fundasse sua pretensão na cláusula geral do enriquecimento sem causa para burlar requisitos especiais que o legislador tenha demandado para aquela pretensão específica, como o erro no caso de pagamento indevido voluntário ou, no caso de ressarcimento de benfeitoria, sua necessidade ou utilidade, bem como a boa-fé do possuidor.<sup>16</sup>

#### [Lucro da intervenção]

Destaca-se, todavia, que o requisito deve ser compreendido somente com o objetivo de se coibirem em concreto violações ou fraudes à lei.<sup>17</sup> Nesse sentido, observa-se que não se presta a afastar a possibilidade de cumular a pretensão restitutória com aquela ressarcitória nos casos do chamado lucro da intervenção, em que, tendo o ofensor lucro maior que o dano gerado à vítima, se busque não somente indenizar o dano causado, mas também restituir o lucro auferido.<sup>18</sup> A hipótese mais recorrente é a publicidade realizada mediante uso não autorizado de direito de imagem: por vezes, mesmo após a condenação a indenizar a vítima em danos morais e materiais, o publicitário ofensor auferir lucro, enriquecendo-se às custas da violação do direito alheio.

## PROBLEMA PRÁTICO

Determinada atriz recusou proposta contratual para fazer publicidade de certa marca de produtos de beleza. Ainda assim, a fabricante dos produtos utilizou-se indevidamente da imagem da atriz para divulgar sua marca. Condenada a indenizar a atriz por danos materiais e morais, todavia, no saldo final o ilícito revelou-se lucrativo, na medida em que a publicidade aumentou as vendas em valor superior às indenizações. Para evitar o estímulo a esse tipo de utilização coativa, existe fundamento normativo para que a atriz possa demandar da fabricante também o pagamento desse lucro excedente?

- **Vide Casoteca**

- 
- 1 STF, 2ª T., Ag. Inst. 182.458/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 4.3.1997, publ. DJ 16.5.1997. Para uma visão geral da invocação jurisprudencial do princípio antes do Código Civil de 2002, v. Carlos Nelson Konder, Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: Gustavo Tepedino (coord.), *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 369 e ss.
  - 2 Fernando Noronha, Enriquecimento sem causa, *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, vol. 15, n. 56, abr./jun. 1991, p. 57.
  - 3 “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.
  - 4 As expressões “dano cessante” e “lucro emergente”, que invertem as conhecidas categorias “dano emergente” e “lucro cessante”, são utilizadas pela doutrina para demonstrar os efeitos próprios do enriquecimento sem causa.
  - 5 Giovanni Ettore Nanni, *Enriquecimento sem causa*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 230 e ss.
  - 6 Agostinho Alvim, Do enriquecimento sem causa, *Revista dos Tribunais*, v. 46, n. 259, maio 1957, p. 57.
  - 7 Diogo de Leite Campos, Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade, *Revista dos Tribunais*, vol. 71, n. 560, jun. 1982, p. 262.
  - 8 “Art. 884. (...). Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido”.
  - 9 Francisco Manuel Pereira Coelho, *O enriquecimento e o dano*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 26.
  - 10 Carlos Nelson Konder, *Enriquecimento sem causa e pagamento indevido*, cit., p. 384.
  - 11 Rodrigo da Guia Silva, *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*, São Paulo: Thompson Reuters, 2018, p. 158 e ss.
  - 12 Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli: ESI, 2000, p. 237.

- 13 STJ, 2ª S., REsp. 1.280.871/SP e REsp. 1.439.163/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ acórdão Min. Marco Buzzi, julg. 11.3.2015, publ. DJ 22.5.2015.
- 14 “Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir”.
- 15 “Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”.
- 16 Marcelo Trindade, Enriquecimento sem causa e repetição de indébito: observações à luz do Código Civil de 2002, *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 18, abr./jun. 2004, p. 242.
- 17 Giovanni Ettore Nanni, *Enriquecimento sem causa*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 276.
- 18 Sobre o tema, v. Sergio Savi, *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*, São Paulo: Atlas, 2012; Thiago Lins, *O lucro da intervenção e o direito à imagem*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; Carlos Nelson Konder, Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção, *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 13, 2017, pp. 231-248; Anderson Schreiber e Rodrigo da Guia Silva, Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro, *Pensar*, vol. 23, n. 4. Fortaleza, out./dez. 2018, pp. 1-15.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agostinho Alvim, *Da doação*, São Paulo: Saraiva, 2ª ed., (1ª ed., 1963), 1972.
- Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1965, 3. ed.
- Agostinho Alvim, Do enriquecimento sem causa. *Revista dos Tribunais*, vol. 46, n. 259, maio 1957.
- Agostino Gambino, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano: Giuffrè, 1964.
- Alberto Asquini, Trasporto (in genere). *Novissimo digesto italiano*, vol. XIX, Torino: UTET, 1957.
- Alberto Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Pádua: Cedam, 1993, 34ª ed.
- Alcides Tomasetti Jr., *Execução de contrato preliminar*, Tese, Faculdade de Direito da USP, 1982.
- Aldo Boselli, Alea. *Novissimo digesto italiano*, vol. I, Torino: Unione Tipografica, 1957.
- Alessandra Cristina Furlan, Contrato com pessoa a declarar: aspectos controversos, [Civilistica.com](http://Civilistica.com), a. 9, n. 1, 2020.
- Alexandre Freitas Câmara, *Arbitragem*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 5ª ed.
- Alexandre Laizo Clápis, Obrigações de meio, de resultado e de garantia. *Revista de Direito Privado*, vol. 39, jul./set., 2009.
- Aline de Miranda Valverde Terra, *Cláusula resolutiva expressa*, Belo Horizonte: Fórum, 2017.

- Álvaro Villaça Azevedo, *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*, São Paulo: Atlas, 2004 (2002), 2ª ed.
- Alvino Lima, *Culpa e risco*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.
- Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder, Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord.), *Diálogos sobre direito civil*, t. 3, Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- Ana López Frías, *Los contratos conexos*, Barcelona: Bosch, 1994.
- Ana Prata, *O contrato-promessa e o seu regime civil*, Coimbra: Almedina, 2001.
- Anatole France, *Le Lys rouge*, Calmann-Lévy, 1894, 14ème ed.
- Anderson Schreiber, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, São Paulo: Atlas, 2016, 4ª ed.
- Anderson Schreiber, A representação no novo código civil. In: Gustavo Tepedino (coord.), *A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
- Anderson Schreiber, Contratos eletrônicos e consumo. *Revista brasileira de direito civil – RBDCivil*, vol. 1, Rio de Janeiro, jul.-set. 2014.
- Anderson Schreiber, *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, São Paulo: Saraiva, 2018.
- Anderson Schreiber, *Manual de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Saraiva Educação, 2019, 2ª ed.
- Anderson Schreiber, O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão. *Direito civil e constituição*, São Paulo: Atlas, 2013.
- Anderson Schreiber e Rodrigo da Guia Silva, Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro. *Pensar*, vol. 23, n. 4, Fortaleza, out./dez. 2018.
- André Brandão Nery Costa. *Contrato preliminar: função, objeto e execução específica*, Rio de Janeiro: GZ, 2011.
- André Faoro e José Inácio Fucci, As coberturas do Seguro DPVAT. *DPVAT: um seguro em evolução. O seguro DPVAT visto por seus administradores e pelos juristas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
- André Javier Ferreira Payar, *A escravidão entre os seguros: as seguradoras de escravos na província do Rio de Janeiro (1831-1888)*, Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012.

Andrea Torrente e Piero Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1999.

Antônio Carlos Efig, Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor. In: Antonio Herman V. Benjamin; Claudia Lima Marques (coords.). *Biblioteca de Direito do Consumidor*, vol. 12, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, 2ª ed.

Antonio Junqueira de Azevedo, Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 1, vol. 1, 2000.

Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico e declaração negocial*, São Paulo, 1986.

Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2007, 4ª ed.

Antonio Junqueira de Azevedo, O regime jurídico do contrato preliminar no direito brasileiro. Classificação do contrato preliminar conforme o grau de previsão do conteúdo do contrato definitivo; eficácia forte e eficácia fraca. Distinção entre requisitos para a configuração do contrato preliminar e pressupostos de admissibilidade para a execução específica. *Novos estudos de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2009.

Antônio Junqueira de Azevedo, Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2004.

Antonio Junqueira de Azevedo, Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: Estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 18, 1996.

Antonio Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, Coimbra: Almedina, 1997.

António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*, Coimbra: Almedina, vol. 2, t. 2, 2010.

Antonio Pedro Medeiros Dias, *Revisão e resolução por excessiva onerosidade*, Belo Horizonte: Forum, 2017.

António Pinto Monteiro, *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra: Almedina, 1999.

- António Pinto Monteiro, *Contratos de Distribuição Comercial*, Coimbra: Almedina, 2002.
- António Pinto Monteiro, *Denúncia de um contrato de concessão comercial*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. I, Coimbra: Almedina, 1998, 9ª ed.
- Antunes Varela, *Direito das obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- Araken de Assis, *Contratos nominados*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- Araken de Assis, Do distrato no Código Civil. *Revista CEJ*, n. 24, jan.-mar./2004.
- Araken de Assis, *Resolução do contrato por inadimplemento*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 4ª ed.
- Araken de Assis. In: Arruda Alvim e Thereza Alvim (coords.), *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- Arnaldo Rizzardo, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, 7ª ed.
- Arnoldo Medeiros da Fonseca, *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, Rio de Janeiro: Forense, 1958, 3ª ed.
- Arnoldo Wald, A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 2, maio./ago., 2004.
- Arnoldo Wald, A reforma da Lei de Arbitragem. *Revista dos tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 962, dez. 2015.
- Arnoldo Wald, *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2009, 18ª ed.
- Arnoldo Wald, *Obrigações e contratos*, São Paulo: Saraiva, 2004, 16. ed.
- Artur R. Carbone e Luís Felipe Galante, Delineamentos jurídicos sobre os contratos de utilização de embarcações. *Revista de Direito Privado*, vol. 4, out./dez.
- Ayrton Pimentel, Os seguros de vida e acidentes pessoais. In: Escola Paulista da Magistratura e Instituto Brasileiro de Direito de Seguro (coords.), *Seguros: uma questão atual*, vol. III, São Paulo: Max Limonad, 2001.
- B. Windscheid, *Diritto deite pandette*, trad. it. de C. Fadda e P. E. Densa, vol. I, Torino: Unione tipografico-editrice, 1930, rest. (15 ed. 1902).
- Bernard Teyssié, *Les groupes de contrats*, Paris: L.G.D.J., 1975.

- Bernhard Windscheid, *Diritto delle pandette*, trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, vol. II, p. II, Torino: Unione tipografico-editrice, 1904.
- Caio Mário da Silva Pereira, Exposição de Motivos ao Anteprojeto de Código de Obrigações. *Código Civil*: anteprojetos, vol. 3, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1989.
- Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2005, 21ª ed.
- Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 2014, 26ª ed.
- Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. 3: contratos, Rio de Janeiro: Forense, 23ª ed. rev. e atual. por Caitlin Mulholland, 2019.
- Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 2016, 20. ed. atual. Caitlin Mulholland.
- Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão nos contratos*: edição com referência à Constituição de 1988, ao Projeto do Código de Obrigações de 1965, ao Projeto do Código Civil de 1975 e ao Código de Defesa e Proteção do Consumidor, Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2018, 12. ed. atual. por Gustavo Tepedino.
- Caitlin Sampaio Mulholland, *Internet e contratação*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- Camila Ferrão dos Santos e Gustavo Souza de Azevedo, Direito de arrendimento e abuso de direito: uma análise dos casos de aquisição de passagem aérea fora do estabelecimento comercial. [Civillistica.com](http://Civillistica.com), a. 8, n. 3, 2019.
- Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, vol. 1, São Paulo: Malheiros, 2017.
- Carlo Alberto Funaioli, Giuoco e scommessa. *Novissimo digesto italiano*, vol. VII, Torino: UTET, 1957, 3. ed.
- Carlo Angelici, Responsabilità precontrattuale e protezione dei terzi in una recente sentenza del Bundesgerichtshof. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, I, ano LXXV, 1977.
- Carlos Affonso Pereira de Souza, Ronaldo Lemos, Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança. *Revista de Direito da Cidade*, vol. 18, n. 4.
- Carlos Alberto Bittar, *Contratos comerciais*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, 5ª ed.

- Carlos Alberto da Mota Pinto, António Pinto Monteiro, Paulo Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- Carlos Alberto da Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970.
- Carlos Augusto da Silveira Lobo, Uma introdução à arbitragem. In: Ricardo Ramalho Almeida (coord.), *Arbitragem interna e internacional*: questões de doutrina e da prática, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Rafael Cândido da Silva, A proibição dos pactos sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Thompson Reuters, vol. 72, dezembro, 2016.
- Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, Agência e distribuição. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 19, vol. 5, 2004.
- Carlos Leduar Lopes, Comodato modal. *Revista dos Tribunais*, vol. 697, São Paulo; Revista dos Tribunais, 1993.
- Carlos Nelson Konder e Deborah Pereira Pinto dos Santos, O equilíbrio contratual nas locações em *shopping center*: controle de cláusulas abusivas e a promessa de loja âncora. *Scientia Iuris*, vol. 20, nº. 3, novembro, Londrina, 2016.
- Carlos Nelson Konder e Pablo Renteria, A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord.), *Diálogos de direito civil*, t. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- Carlos Nelson Konder, *Contratos conexos*: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- Carlos Nelson Konder, Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 13, 2017.
- Carlos Nelson Konder, Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: Gustavo Tepedino (coord.), *Obrigações*: estudos na perspectiva civil-constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- Carlos Nelson Konder, Interpretação dos contratos, interpretação da lei e qualificação: superando fronteiras. *Scientia Iuris*, vol. 19, 2015.
- Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro*, vol. II, São Paulo: Saraiva, 2016, 13ª ed.
- Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro*, vol. III, São Paulo: Saraiva, 2010, 7. ed.

- Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil esquematizado: Parte geral, obrigações, contratos*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2011.
- Carmen Tibúrcio, Cláusula compromissória em contrato internacional: interpretação, validade, alcance objetivo e subjetivo. *Revista de Processo*, vol. 241, mar., 2015.
- Celso Agrícola Barbi Filho, Execução específica de cláusula arbitral. *Revista dos Tribunais*, vol. 732, out., 1996.
- César Fiuza, Aplicação da cláusula *rebus sic standibus* aos contratos aleatórios. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol. 36, n. 144, 1999.
- Cesare Pedrazzi, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano: Giuffré, 1955.
- Cesare Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, vol. IV, Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1929, 5ª ed.
- Cíntia Muniz de Souza Konder, *A concessão abusiva de crédito por informação inadequada*, Tese de doutorado, Rio de Janeiro: UERJ, 2018.
- Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 2ª ed.
- Claudia Lima Marques, A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 111, 2017.
- Claudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 7ª ed.
- Claudio Luiz Bueno de Godoy. In: Cesar Peluso (coord.), *Código Civil comentado*, Barueri: Manole, 2013, 7ª ed.
- Claudio Michelin Jr., *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua*, vol. IV, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958, 11. ed. rev. e atual. por Achilles Bevilacqua e Isaías Bevilacqua.

- Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clóvis Bevilacqua*, vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1957.
- Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, edição histórica, vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1957.
- Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. V, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956.
- Clovis Bevilacqua, *Direito das obrigações*, Rio de Janeiro: Rio, 1982 (1977).
- Clóvis Couto e Silva, *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- Clóvis Veríssimo do Couto e Silva. Teoria da causa no direito privado. *Revista jurídica*, n. 2. Porto Alegre, 1954.
- Cristiano Chaves de Almeida e Nelson Rosendal, *Curso de direito civil*, vol. 4, São Paulo: Atlas, 2015, 5ª ed.
- Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, *O leasing*. *Revista dos Tribunais*, vol. 645, julho, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- Daniel Bucar, *Superendividamento*, São Paulo: Saraiva, 2017.
- Darcy Arruda Miranda, *Anotações ao Código Civil brasileiro*, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 1995, 4ª ed.
- Darcy Bessone, *Da compra e venda: promessa, reserva de domínio e alienação em garantia*, São Paulo: Saraiva, 1997.
- Darcy Bessone, *Do contrato: Teoria Geral*, São Paulo: Saraiva, 1997, 4ª ed.
- Deisy Ellen Schwanz, Noções sobre o risco e sua agravação. In: Antonio Carlos Teixeira (coord.), *Em debate: contrato de seguro, danos, risco e meio ambiente*, vol. 5, Rio de Janeiro: FUNENSEG, 2004.
- Dilvanir José da Costa, *A locação no direito brasileiro*, Belo Horizonte: DelRey, 1993.
- Diogo de Leite Campos, Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade. *Revista dos Tribunais*, vol. 71, n. 560, jun. 1982.
- Domenico Riccio, I contratti speciali: I contratti aleatori. *Trattato di diritto privato diretto da Mario Bessone*, vol. XIV, Torino: G. Gianpichelli Editore, 2005.
- Ebert Vianna Chamoun, *Direito civil: 3º ano, notas das aulas taquigrafadas pela aluna Helena Maranhão*, Rio de Janeiro, 1954.
- Eduardo Antônio Klausner, O contrato de mútuo no novo Código Civil. *Revista da EMERJ*, vol. 5, n. 20, Rio de Janeiro: EMERJ, 2002.
- Eduardo Espínola, *Garantia e extinção das obrigações: obrigações solidárias e indivisíveis*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.



- Eduardo Heitor da Fonseca Mendes, *A incidência da garantia contra evicção nas hastas públicas*, Dissertação de mestrado, Rio de Janeiro: UERJ, 2015.
- Eduardo Nunes de Souza, Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 58, São Paulo, 2014.
- Eduardo Takemi Kataoka, *A coligação contratual*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- Emilio Betti, Causa del negozio giuridico, *Novissimo digesto italiano*, Torino: UTET, 1957.
- Emilio Betti, *Teoria geral do negócio jurídico*, t. I, Coimbra: Ed. Coimbra, 1969.
- Emilio Valsecchi, Giuochi e scommesse. *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano: Giuffrè, 1970.
- Ernesto Tzirulnik, Apontamentos sobre a operação de seguros. *Revista Brasileira de Direito de Seguros*, setembro, São Paulo: IBDS, 1997.
- Ernesto Tzirulnik, *Seguros de Riscos de Engenharia*: instrumento do desenvolvimento, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014.
- Fabiana Barletta, *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Saraiva, 2002.
- Fabio Bortolotti e Giampiero Bondanini, *Il contratto de agenzia commerciale*, Padova: Cedam, 2003.
- Fábio Konder Comparato, A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*, Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- Fábio Konder Comparato, Contrato de *leasing*. *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*, vol. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- Fábio Konder Comparato, Reflexões sobre as promessas de cessão de controle societário. *Revista forense*, n. 266, São Paulo: abr.-mai./1979.
- Fábio Siebeneichler de Andrade, Causa e *consideration*. *Ajuris*, vol. 18, n. 53. Porto Alegre, nov. 1991.
- Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito comercial*, vol. III, São Paulo: Saraiva, 2002.
- Fabício D. Rodrigues. In: Costa Machado (org.), Silmara Chinelato (coord.), *Código Civil interpretado*, Barueri: Manole, 2017, 10a ed.

- Fernando Jorge da Costa Mota Nunes, *O direito de retenção do empreiteiro na empreitada de construção de imóveis*. Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012.
- Fernando Noronha, Enriquecimento sem causa. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, vol. 15, n. 56, abr./jun. 1991.
- Fernando Noronha, Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. Responsabilidade civil em sentido estrito e responsabilidade negocial. Responsabilidade subjetiva e objetiva. Responsabilidade subjetiva comum ou normal, e restrita a dolo ou culpa grave. Responsabilidade objetiva normal e agravada. In: *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*, vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- Fernão Justen de Oliveira e Ricardo de Paula Feijó, Apostas esportivas no Brasil. *Jota*. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/coluna-do-justen/apostas-esportivas-no-brasil-19122018>. Acesso em 5.8.2019.
- Flávio H. A. Tersi. In: Costa Machado (org.) e Silmara Juny Chinellato (coord.), *Código Civil interpretado*, Barueri: Manole, 2017, 10ª ed.
- Flávio Tartuce, *Direito civil*, vol. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2019, 14ª ed.
- Flávio Tartuce, *Manual de direito civil*, volume único, São Paulo: Método, 2014, 4ª ed.
- Fouchard, Gaillard, Goldman, *International commercial arbitration*, Hague: Kluwer Law International, 1999.
- Fran Martins, *Contratos e obrigações comerciais*, Rio de Janeiro: Forense, 1986, 8ª ed.
- Francesco Camilletti, Profili del problema dell'equilibrio contrattuale. *Collana diritto privato*. Università Degli Studi di Milano. Dipartimento Giuridico-Politico: sezione di diritto privato, Milano: Giuffrè, 2004, v. 1.
- Francesco Carnelutti, Formazione progressiva del contratto. *Rivista di diritto commerciale*, 1916, I.
- Francesco Ferrara, Simulazione dei negozi giuridici. *Nuovo Digesto Italiano*, Torino: UTET, 1940.
- Francesco Galgano, *Le monografie di contratto e impresa*, Padova: CEDAM, 2006.
- Francesco Messineo, Contratto. *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milano: Giuffrè, 1958.

- Francisco de Assis Viégas, *Denúncia contratual e dever de pré-aviso*, Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- Francisco Manuel Pereira Coelho, *O enriquecimento e o dano*, Coimbra: Almedina, 1999.
- Francisco Paulo De Crescenzo Marino, *Contratos coligados no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2009.
- Francisco Paulo De Crescenzo Marino, Responsabilidade contratual. In: Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni (coord.), *Teoria geral dos contratos*, São Paulo: Atlas, 2011.
- Francisco Paulo De Crescenzo Marino, *Revisão contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*, São Paulo: Almedina, 2020.
- Francisco Pereira Coelho, Cessação dos contratos duradouros: regime específico e contrato de agência, *Actas do Colóquio Distribuição Comercial nos 30 anos da Lei do Contrato de Agência*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017.
- Franz Wieacker, *El principio general de la buena fé*, trad. espanhola de Jose Luis de los Mozos, Madrid, Civitas, 1976.
- Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, *Curso de direito processual civil*, vol. III, Salvador: JusPodivm, 2016.
- Gabriel Rocha Furtado, *Mora e inadimplemento substancial*, São Paulo: Atlas, 2014.
- Gabriel Seijo Leal de Figueiredo, Estipulação em favor de terceiro. In: Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni (coord.), *Teoria geral dos contratos*, São Paulo: Atlas, 2011.
- Galvão Telles, *Manual dos contratos em geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- Gaston Morin, *La révolte du droit contre le code – la révision nécessaire des concepts juridiques: contrat, responsabilité, propriété*, Paris: Sirey, 1945.
- Giorgio De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova: Cedam, 1974.
- Giorgio Lener, *Profili del collegamento negoziale*, Milano: Giuffr , 1999.
- Giovanni Dattilo, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano: Giuffr , 1988.
- Giovanni Di Giandomenico, I contratti speciali: I contratti aleatori. *Trattato di diritto privato diretto da Mario Bessone*, vol. XIV, Torino: G. Gianppichelli Editore, 2005.
- Giovanni Ettore Nanni, *Enriquecimento sem causa*, São Paulo: Saraiva, 2004.

- Giovanni Maresca, *Alea contrattuale e contratto di assicurazione*, Napoli: Giannini Editore, 1979.
- Giuseppe Auletta, Attività (dir. priv.). *Enciclopedia del diritto*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958.
- Giuseppe Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, Torino: UTET, 1962.
- Giuseppina Capaldo, *Contratto aleatorio e alea*, Milano: Giuffrè, 2004.
- Guido Alpa, Responsabilità precontrattuale, *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXVII, Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991.
- Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Contrato de *shopping center*. *Revista da EMERJ*, v. 5, nº 16, Rio de Janeiro: EMERJ, 2002.
- Guilherme Calmon Nogueira da Gama, O seguro de pessoa no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, vol. 826, junho, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- Guilherme Magalhães Martins, *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 2ª ed.
- Guilherme Magalhães Martins, Responsabilidade civil do segurador: diálogos entre o Código Civil e o Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 79, jul./set., 2011.
- Günther Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, 1941.
- Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da EMERJ*, vol. 6, Rio de Janeiro, 2003.
- Gustavo Tepedino e Francisco de Assis Viegas, A evolução da prova entre o direito civil e o direito processual civil. *Pensar*, vol. 22, n. 2, Fortaleza, maio/ago. 2017.
- Gustavo Tepedino e Laís Cavalcanti, Notas sobre as alterações promovidas pela Lei n. 13.874/2019 nos arts. 50, 113 e 421 do Código Civil. In: Luis Felipe Salomão; Ricardo Villas Bôas Cueva; Ana Frazão (coords.), *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva, Notas sobre a representação voluntária e o contrato de mandato. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 12, 2017.
- Gustavo Tepedino et al, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, 2ª ed.
- Gustavo Tepedino et al, *Código Civil interpretado pela Constituição da República*, vol. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, 3ª ed.

- Gustavo Tepedino, A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. *Temas de Direito Civil*, t. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 2. ed, rev. e atual.
- Gustavo Tepedino, A responsabilidade civil nos contratos de turismo. *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 4ª ed.
- Gustavo Tepedino, A responsabilidade civil nos contratos de turismo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 26, abril/junho, 1998.
- Gustavo Tepedino, A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 3ª ed.
- Gustavo Tepedino, Anotações à Lei do Inquilinato (arts. 1º a 26). *Temas de direito civil*, t. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 4ª ed.
- Gustavo Tepedino, Atividade sem negócio jurídico fundante e a formação progressiva dos contratos. *Revista trimestral de direito civil*, n. 11, vol. 44, Rio de Janeiro: Padma, 2011.
- Gustavo Tepedino, Notas sobre a função social dos contratos. In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (Coord.), *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- Gustavo Tepedino, Novas formas de entidades familiares. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 4ª ed.
- Gustavo Tepedino, O regime jurídico da revogação de doações. *Soluções práticas de direito*, vol. II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- Gustavo Tepedino, Os novos contratos no novo Código Civil. *Revista da EMERJ. Número Especial 2002*, Parte 1, Rio de Janeiro: Irapuã Araújo, 2002.
- Gustavo Tepedino, Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: Gustavo Tepedino, *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 3ª ed.
- Gustavo Tepedino, Questões controvertidas sobre o contrato de corretagem. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 4ª ed.
- Gustavo Tepedino, Validade e efeitos da rescisão unilateral dos contratos. *Soluções Práticas de Direito*, vol. II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- Gustavo Tepedino. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *Comentários ao novo Código Civil*, vol. X: das várias espécies de contrato, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

- Hamid Charaf Bdine Júnior, *Cessão da posição contratual*, São Paulo: Saraiva, 2007.
- Hamid Charaf Bdine, Empreitada. *Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos*, vol. 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- Henri Dominique Lacordaire, *Conférences de Notre-Dame de Paris*, Tome 3ème, Paris: Librairie Poussielgue Frères, 1846-1848.
- Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. III, Paris: Éditions Montchrestien, 1960.
- Humberto Theodoro Júnior e Adriana Mandim Theodoro de Mello, O regime do contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) no novo Código Civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial. Indenizações cabíveis na extinção da relação contratual. *Revista dos Tribunais*, vol. 825, jul., 2004.
- Humberto Theodoro Júnior, Contrato de seguro. Ação do segurado contra o segurador. Prescrição. *Revista dos Tribunais*, vol. 924, outubro, 2012.
- Humberto Theodoro Júnior, Do contrato de agência e distribuição no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, vol. 825, jun., 2003.
- Humberto Theodoro Júnior, Novidades no campo da intervenção de terceiros no processo civil: a denunciação da lide *per saltum* (ação direta) e o chamamento ao processo da seguradora na ação de responsabilidade civil. *Revista magister de direito civil e processual civil*, Porto Alegre, vol. 5, n. 27, nov./dez., 2008.
- Ilan Goldberg, *Direito de seguro e resseguro*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- Ivan Gustavo Junior Santos Trindade, *Os reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/15) no sistema brasileiro de incapacidade civil*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, 2016.
- J. E. Carreira Alvim, *Tratado geral da arbitragem*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975, 8ª ed.
- J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XVI, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, 9ª ed.
- J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil interpretado*, vol. XVII, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, 9ª ed.

- J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XVIII, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1993, 12<sup>a</sup> ed.
- J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XIX, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, 8<sup>a</sup> ed.
- J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XXVII, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.
- J. R. Castro Neves, As garantias do cumprimento da obrigação. *Revista da EMERJ*, vol. 11, n. 44, 2008.
- J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito commercial brasileiro*, vol. VI, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939, 2<sup>a</sup> ed.
- Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- Jacques Arnaldez, Yves Derains e Dominique Hascher, *Collection of ICC arbitral awards 1974-1985*, Hague: Kluwer Law International, 2003.
- Jacques Arnaldez, Yves Derains e Dominique Hascher, *Collection of ICC arbitral awards 1991-1995*, Hague: Kluwer Law International, 1997.
- Jacques Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris: L.G.D.J., 2006.
- James A. Graham, Terceros, no-firmantes, y acuerdos arbitrales. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 16, Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2007.
- Jérôme Huet, *Traité de droit civil : les principaux contrats spéciaux*, dir. Jacques Ghestin, Paris: L.G.D.J., 1996.
- João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra: Almedina, 1990.
- João Luiz Alves, *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil anotado*, vol. IV, Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.
- João Luiz Alves, *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia. Editores-Livreiros, 1926.
- João Luiz Coelho da Rocha, Representação comercial e distribuição comercial – Importância dos traços distintivos. *Revista de Direito Mercantil*, vol. 101, São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- Jorge Cesa Ferreira da Silva. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- Jorge Lobo, *Contrato de franchise*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- Jorge Mosset Iturraspe, *Contratos conexos: grupos y redes de contratos*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.

- José Augusto Delgado, *Comentários ao novo Código Civil*: das várias espécies de contrato de seguro: arts. 757 a 802, vol. XI, tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- José Augusto Delgado. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XI, t. II, Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- José Carlos Barbosa Moreira, Unidade ou pluralidade de contratos: contratos conexos, vinculados ou coligados. Litisconsórcio necessário ou facultativo. “Comunhão de interesses”, “conexão de causas” e “afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito”. *Revista dos tribunais*, vol. 448, São Paulo, fev. 1973.
- José Carlos Moreira Alves, *A retrovenda*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- José Carlos Moreira Alves, *Direito romano*, vol. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- José Eduardo da Rocha Frota, Ação revocatória de doação. *Revista de Processo*, vol. 19, jul./set., São Paulo: Thompson Reuters, 1980.
- José Emilio Nunes Pinto, Contrato de adesão. Cláusula compromissória. Aplicação do princípio da boa-fé. A convenção arbitral como elemento de equação econômico-financeira do contrato. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 10, jul./set., 2006.
- José Emilio Nunes Pinto, O mecanismo multietapas de solução de controvérsias. [S.l.: s.n., 20--]. 2p. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4510](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4510). Acesso em: 29.3.2014.
- José Ernesto de Lemos Chagas, *Leasing* – arrendamento mercantil. *Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*, vol. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- José Fernando Simão, *Direito civil*: contratos. São Paulo, Atlas, 2011, 5ª ed.
- José Luiz de Queiroz, *Comutatividade no contrato de seguro*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.
- José Maria Trepas Cases, *Código Civil comentado*, vol. III, São Paulo: Atlas, 2003.
- José Maria Trepas Cases, *Código Civil comentado*, vol. VIII, São Paulo: Atlas, 2003.
- José Miguel Garcia Medina, *Código de Processo Civil comentado*: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC, São Paulo:



- Editora Revista dos Tribunais, 2012, 2ª ed.
- José Miguel Garcia Medina. Art. 966. In: Lenio Luiz Streck et al, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 2016.
- Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*: critérios para sua aplicação, São Paulo: Saraiva, 2018, 2ª ed.
- Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- Judith Martins-Costa, A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 25, abr./jun., 2010.
- Judith Martins-Costa, A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema francês e no sistema civil brasileiro. *Ajuris*, vol. 16, n. 45, Porto Alegre, mar., 1989.
- Judith Martins-Costa, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. V, t. I, Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- Judith Martins-Costa, Contrato de seguro. Suicídio do segurado. Art. 798, Código Civil. Interpretação. Diretrizes e princípios do código civil. Proteção ao consumidor. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol.1, jul./set., 2014.
- Judith Martins-Costa, Contratos internacionais – Cartas de intenção no processo formativo da contratação internacional – graus de eficácia dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 94, São Paulo, 1994.
- Juliana Pedreira da Silva, *Contratos sem negócio*: crítica das relações contratuais de fato, São Paulo: Atlas, 2011.
- Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Beck Juristischer, 2004.
- Karl Larenz, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Madrid: Editorial Revista de derecho privado, 1956.
- Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, 4ª ed.
- Karl Larenz, O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956). *Revista Direito GV*, vol. 2, n. 1, jan-jun., 2006.
- Kiyoshi Harada, Contrato de depósito. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 3, jan./jun., 1999.

- Lacerda de Almeida, *Direito das coisas*, Rio de Janeiro, J. Ribeiro Santos, 1908.
- Leonardo Mattietto, A representação voluntária e o negócio jurídico de procuração. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 4, vol. 1, Rio de Janeiro: Padma, 2000.
- Leonardo Roscoe Bessa, *Cadastro positivo*: comentários à Lei 12.414, de 9 de junho de 2011, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- Louis Josserand, *Cours de droit civil positif français*, II, Paris: Recueil Sirey, 1939, 3<sup>ème</sup> ed.
- Luca Buttarò, *L'interesse nell'assicurazione*, Milano: Giuffrè, 1954.
- Luciano de Camargo Penteado, *Efeitos contratuais perante terceiros*, São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- Lucio V. Moscarini, Prelazioni. *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Varese: Giuffrè Editore, 1985.
- Luigi Balestra, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova: CEDAM, 2000.
- Luís Antonio de Andrade, Evolução das Leis do Inquilinato. *Revista de informação legislativa*, vol. 16, n. 62, pp. 107-116, abr./jun.
- Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I, Pamplona: Thomson-Civitas, 2007, 6<sup>a</sup> ed.
- Luis Renato Ferreira da Silva, Cessão de posição contratual. In: Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni (coord.), *Teoria geral dos contratos*, São Paulo: Atlas, 2011.
- Luis Renato Ferreira da Silva, *Revisão dos contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- Luiz Antonio Rizzatto Nunes, *Curso de Direito do Consumidor*, São Paulo: Saraiva, 2012, 7<sup>a</sup> ed.
- Luiz Edson Fachin, *Direito civil*: sentidos, transformações e fim, Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- Luiz Edson Fachin, Responsabilidade civil contratual e a interpretação da cláusula de não indenizar. *Soluções Práticas de Direito*, vol. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, O Contrato de *leasing* e a Súmula 263 do STJ. *Revista de Direito Privado*, vol. 26, abr./jun., São Paulo: Thompson Reuters, 2006.
- Luiz Fux, *Curso de direito processual civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

- Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, 5ª ed.
- Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. In: Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (coord.), *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XV, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- Luiz Guilherme Marinoni, *Ações para obtenção de coisa*, disponibilizado pelo autor em seu site: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-As-ações-para-a-obtenção-de-coisa-art.-461-A-do-CPC-.pdf>. Acesso em: 20.6.2019.
- Luiz Roldão de Freitas Gomes, *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- Luiz Roldão de Freitas Gomes, *Contrato*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 2ª ed.
- Luiza Bianchini, *Contrato preliminar: conteúdo mínimo e execução*, Porto Alegre: Arquipélago, 2017.
- Luiza Lourenço Bianchini, *Contrato preliminar: conteúdo mínimo e execução*, Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.
- Manoel Ignacio Carvalho de Mendonça, *Contratos no direito civil brasileiro*, t. II, Rio de Janeiro: Forense, 1955.
- Manoel Ignacio Carvalho de Mendonça, *Doutrina e prática das obrigações*, t. I, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911.
- Manuel A. Carneiro da Frada. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- Manuel Januário da Costa Gomes, Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento: considerações gerais. *O direito*, a. 143, n. 1, 2011.
- Marcelo Dickstein, *A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: surrectio e supressio*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- Marcelo Junqueira Calixto, *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- Marcelo Terra, Permuta de terreno por área construída. *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- Marcelo Trindade, Enriquecimento sem causa e repetição de indébito: observações à luz do Código Civil de 2002. *Revista Trimestral de Direito*

*Civil*, n. 18, abr./jun. 2004.

Marcília Metzker S. Brêtas e Marta Célia Oliveira, Aproveitamento de créditos de ICMS sobre insumos na produção de energia elétrica. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 12. n. 55, abr.-mar., 2004.

Marco Aurélio Bezerra de Melo, *Teoria geral dos contratos*, São Paulo: Atlas, 2015.

Marco Aurélio Bezerra de Melo. In: J. M. Leoni Lopes de Oliveira e Marco Aurélio Bezerra de Melo (coord.). *Direito Civil: contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2018, 2ª ed.

Marco Aurélio de Sá Viana, *Curso de direito civil*, vol. 5, Belo Horizonte: DelRey, 1996.

Marcos Ehrhardt Jr., *Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé*, Belo Horizonte: Forum, 2014.

Maria Cândida do Amaral Kroetz, *A representação voluntária no direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

Maria Celina Bodin de Moraes, A causa dos contratos. *Revista trimestral de direito civil*, n. 21, 2005.

Maria Celina Bodin de Moraes, Notas sobre a promessa de doação. *Civilistica.com*, a. 2, n. 3, Rio de Janeiro: jul.-set., 2013. Disponível em: <http://civilistica.com/notas-sobre-a-promessa-de-doacao/>. Acesso em 3.4.2018.

Maria Celina Bodin de Moraes, O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. *Revista Forense*, vol. 309, ano 86, jan./fev./mar., 1990.

Maria Costanza, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, Giuffrè, 1989.

Maria Ester V. Arroyo Monteiro de Barros. In: Arruda Alvim e Thereza Alvim (coord.), *Comentários ao Código Civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais, São Paulo: Saraiva, 2011, 27ª ed.

Maria Helena Diniz, *Tratado teórico e prático dos contratos*, vol. III, São Paulo: Saraiva, 1993.

Maria João Castanheira Carapinha, *Cláusula de preferência em acordo parassocial: que tutela para o sócio preferente?*, Dissertação de

- Mestrado, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2015.
- Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, Coimbra: Almedina, 2009, 12ª ed.
- Massimo Bianca, *Diritto civile*, vol. III, Milano: Giuffrè, 1987.
- Massimo Franzoni, Il danno risarcibile. In: Massimo Franzoni, *Trattato della responsabilità civile*, Milano: Giuffrè, 2010.
- Maurício Godinho Delgado, *Curso de direito do trabalho*, São Paulo: LTr, 2017, 16ª ed.
- Michele Giorgianni, O direito privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, vol. 747, Rio de Janeiro, jan., 1988.
- Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, 4ª ed.
- Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, vol. IV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, 4ª ed.
- Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil: obrigações em geral*, vol. II, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966, 4ª ed.
- Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.
- Miguel Maria de Serpa Lopes, *O silêncio como manifestação de vontade*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, 3ª ed.
- Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, São Paulo: Saraiva, 1998.
- Nadia de Araujo, O princípio da autonomia da cláusula arbitral na jurisprudência brasileira. *Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*, vol. VI, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- Nagib Slaibi Filho e Romar Navarro de Sá, *Comentários à Lei do Inquilinato*, Rio de Janeiro: Forense, 2010, 10ª ed.
- Nancy Andrigui. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *Comentários ao novo Código Civil*, vol. IX, Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- Natalino Irti, L'età della decodificazione. In: *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, vol. 3, n. 10. São Paulo: out./dez. de 1979.
- Nelly Potter, *Revisão e resolução dos contratos no Código Civil*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- Nelson Rosendal. In: Cezar Peluso, *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*, Barueri: Manole, 2013, 7ª ed.

- Netônio Machado, Depositário por equiparação – Inadmissibilidade – Prisão do depositário infiel. *Revista dos Tribunais*, vol. 744, São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro, 1997.
- Norberto Bobbio, *Teoria da norma jurídica*, Bauru: Edipro, 2003, 2ª ed.
- Odair Márcio Vitorino. In: Costa Machado (org.) e Anna Candida da Cunha Ferraz (coord.), *Constituição Federal interpretada*, Barueri: Manole, 2018, 9ª ed.
- Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, 26ª ed., rev. e atual. por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino.
- Orlando Gomes, *Obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 2019, 19ª ed.
- Otávio Luiz Rodrigues Junior, *Revisão judicial dos contratos*, São Paulo: Atlas, 2006.
- Otávio Luiz Rodrigues Junior. In: Álvaro Villaça Azevedo (coord.), *Código Civil comentado*, vol. VI, t. I, São Paulo: Atlas, 2003.
- Otávio Pinto e Silva, O direito romano e as origens do trabalho autônomo. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004.
- Otto Sandrock, Arbitration agreements and groups of companies. *The international Lawyer*, vol. 27, n. 4, 1993.
- Pablo Renteria, *Penhor e autonomia privada*, São Paulo: Atlas, 2016.
- Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo curso de direito civil*, vol. IV, t. I, São Paulo: Saraiva, 2006, 2ª ed.
- Paul Oertmann, *Das Recht Der Schuldverhältnisse*, Berlin: Heymann, 1910.
- Paula A. Forgioni, *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- Paula Forgioni, *Contrato de distribuição*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- Paula Greco Bandeira, As cláusulas de *hardship* e o dever da boa-fé objetiva na renegociação dos contratos. *Revista Pensar*, Fortaleza: Universidade de Fortaleza, vol. 21, n. 3, 2016.
- Paula Greco Bandeira, *Contrato incompleto*, São Paulo: Atlas, 2015.
- Paula Greco Bandeira, *Contratos aleatórios no direito brasileiro*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- Paula Greco Bandeira, Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 30, ano 8, abr./jun., 2007.

- Paulo Barbosa de Campos Filho, *O problema da causa no Código Civil brasileiro*, São Paulo: Max Limonad, 1978.
- Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Humberto Dalla Bernardina de Pinho (coord.), *Novo Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Contratos nominados II: contrato estimatório, doação, locação de coisas, empréstimo. In: Miguel Reale; Judith Martins-Costa (coord.), *Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- Paulo Eduardo Lilla, *O abuso de direito na denúncia dos contratos de distribuição: o entendimento dos tribunais brasileiros e as disposições do Novo Código Civil*. Disponível em:  
<http://www.socejur.com.br/artigos/contratos.doc>. Acesso em 21.8.2006.
- Paulo Luiz de Toledo Piza, *Contrato de resseguro*, São Paulo: IBDS, 2002.
- Paulo Luiz Neto Lôbo, *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*, São Paulo: Saraiva, 1991.
- Paulo Luiz Netto Lôbo, *Direito civil: contratos*, São Paulo: Saraiva, 2017.
- Paulo Luiz Netto Lôbo. In: Antônio Junqueira de Azevedo (coord.), *Comentários ao Código Civil*, vol. 6, São Paulo: Saraiva, 2003.
- Paulo Magalhães Nasser, *Onerosidade excessiva no contrato civil*, São Paulo: Saraiva, 2011.
- Paulo Mota Pinto, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra: Almedina, 1995.
- Paulo Mota Pinto, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- Paulo Nader, *Curso de Direito Civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2018, 9ª ed.
- Pedro Alvim, *O contrato de seguro*, Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, Coimbra: Almedina, 2002.
- Pedro Romano Martinez, *O subcontrato*, Coimbra: Almedina, 1989.
- Philippe Stoffel-Munck, La rupture du contrat. *Le contrat: travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*, Paris: Société de Législation Comparée, 2005.
- Pietro Perlingieri, *Forma del negozio e formalismo degli interpreti*, Napoli: ESI, 1987.
- Pietro Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale: secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane,

2006, 3ª ed.

Pietro Perlingieri, In tema di tipicità e atipicità nei contratti. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*: problemi del diritto civile, Napoli: ESI, 2003.

Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli: Scientifiche Italiane, 2005, 5ª ed.

Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Pietro Perlingieri, *Perfis de direito civil*: introdução ao direito civil constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 3ª ed.

Pietro Rescigno, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli: Novene, 1994.

Planiol, Georges Ripert e Jean Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, tomo II, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952.

Pontes de Miranda, *Tratado de direito predial*, t. IV, Rio de Janeiro: José Konfino, 1952.

Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XLIII, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, 3ª ed.

Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XLIV, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XLV, Rio de Janeiro: Borsoi, 1964.

Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XLVI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XLII, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, 3ª ed.

Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXIII, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXV, São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012.

Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXVI São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXXIX, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, 3ª ed.

Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXXIX, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.



- Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, vol. XXXI, São Paulo, Revista dos Tribunais, atualizado por Gustavo Tepedino, 2012.
- Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado: parte especial*, t. XIII, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- Rafael Marinangelo, Subcontrato. In: Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni (coord.), *Teoria geral dos contratos*, São Paulo: Atlas, 2011.
- Rafael Tárrega Martins, *Seguro DPVAT: seguro obrigatório de veículos automotores de vias terrestres*, Campinas: LZN Editora, 2007, 2ª ed.
- Raoul Charles Van Caenegem, *Uma introdução histórica ao direito privado*, São Paulo: Martins Fontes, 2000, 2ª ed.
- Raquel Bellini Salles, *Autotutela nas relações contratuais*, Rio de Janeiro: Processo, 2019.
- Renata C. Steiner, *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*, São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- Regis Velasco Fichtner, *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- Renan Lotufo, O contrato de transporte de pessoas no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 43, jul.-set., 2002.
- Ricardo Bechara Santos, O contrato de seguro e as condenações além do risco assumido: áleas do Genial *Homo Sapiens*. *Cadernos de Seguro: Coletânea*, 1981-2001, vol. 2, Rio de Janeiro: Funseng, 2001.
- Ricardo Fiuza, *Novo Código Civil comentado*, São Paulo: Saraiva, 2002.
- Ricardo Marcelo Fonseca, *Introdução teórica à história do direito*, Curitiba: Juruá, 2012.
- Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 65, jan./mar., 2008.
- Roberto de Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, vol. 3, Messina-Milão: Casa Editrice Giuseppe Principato, 1935, 7ª ed.
- Roberto Wagner Marquesi, A doação modal no Código Reale. *Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos*, vol. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- Rodolfo Sacco e Michele Graziadei, La rupture du contrat. *Le contrat: travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*, Paris: Société de Législation Comparée, 2005.

- Rodrigo da Guia Silva, *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*, São Paulo: Thompson Reuters, 2018.
- Rodrigo Ferreira Zidan, Aviso de sinistro: aspectos do descumprimento da obrigação de pronto aviso. In: Walter Polido (coord.), *Em Debate*, vol. 8, Rio de Janeiro: Funenseg, 2014.
- Rodrigo Garcia da Fonseca, Os juros à luz do Código Civil de 2002. In: Gustavo Tepedino et al, *O Direito e o Tempo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- Rodrigo Toscano de Brito, *Equivalência material dos contratos*, São Paulo: Saraiva, 2007.
- Rodrigo Xavier Leonardo, Contratos coligados. In: Leonardo Brandelli (org.), *Estudos de direito civil, internacional privado e comparado: coletânea em homenagem à professora Vera Jacob de Fradera*, São Paulo: LEUD, 2014.
- Rodrigo Xavier Leonardo, *Redes contratuais no mercado habitacional*, São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.
- Rosario Nicolò, Alea. *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano: Giuffrè, 1958.
- Rose Melo Vencelau Meireles, *Autonomia privada e dignidade humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- Rubens Requião, Agência. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 5, São Paulo: Saraiva, 1977.
- Rubens Requião, *Do representante comercial*, Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- Rubens Requião, *Nova regulamentação da representação comercial autônoma*, São Paulo: Saraiva, 2003.
- Ruy Rosado de Aguiar Jr., *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, Rio de Janeiro: Aide, 2004.
- Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. VI, t. II, Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, vol. 15, n. 1, p. 1-148, jan./jun. 2003.
- Salvatore Orlando Cascio e Carlo Argiroffi, Contratti misti e contratti collegati. *Enciclopedia giuridica Treccani*, IX, Roma: Treccani, 1988.
- Salvatore Pugliatti, Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. *Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*, Milano: Giuffrè, 1951.
- Salvatore Pugliatti, *Scritti giuridici*, vol. I, Milano: Giuffrè, 2008.

- San Tiago Dantas, *Programa de direito civil: teoria geral*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, 3ª ed.
- San Tiago Dantas, *Programa de direito civil*, vol. II: os contratos, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1918.
- Sebastião José Roque, *Direito contratual civil-mercantil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*, São Paulo: Ícone, 2003, 2ª ed.
- Sergio Cavalieri Filho, A Responsabilidade no transporte terrestre de passageiro à luz do Código do Consumidor. *Revista de Direito do TJERJ*, n. 25.
- Sergio Cavalieri, *Programa de responsabilidade civil*, São Paulo: Atlas, 2012, 10ª ed.
- Sergio Savi, *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*, São Paulo: Atlas, 2012.
- Sergio Ruy Barroso de Mello, A importância da extrema boa-fé no resseguro. *Resseguro On-line*, vol. 44, São Paulo: Pellon & Associados, 2015. Disponível em: <http://www.pellon-associados.com.br/portal/index.php/pt/informativos/resseguro-on-line/item/2593-resseguro-online-44>. Acesso em: 24.3.2019.
- Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, vol. 2, São Paulo: Atlas, 2008.
- Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: contratos em espécie*, vol. 3, São Paulo: Atlas, 2006, 6ª ed.
- Sílvio de Salvo Venosa, *Lei do Inquilinato comentada* (Doutrina e Prática), São Paulo: Atlas, 2013, 12ª ed.
- Silvio Rodrigues, *Direito Civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2004, 30ª ed.
- Sofia Temer, Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória. *Revista de Processo*, vol. 278, abr. 2018.
- Sylvio Capanema de Souza, *Comentários ao Código Civil: arts 565 a 578*. In: Sálvio de Figueiredo (coord.), Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- Sylvio Capanema de Souza, *Lei do Inquilinato comentada*, Rio de Janeiro: Forense, 2014, 9ª ed. rev., atualizada e ampliada.
- Teresa Ancona Lopez. In: Antônio Junqueira de Azevedo (coord.), *Comentários ao Código Civil*, vol. 7, São Paulo: Saraiva, 2003.
- Teresa Negreiros, Enriquecimento sem causa – aspectos de sua aplicação no Brasil como um princípio geral de direito. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, vol. 55, n. 3, dez. 1995.

- Teresa Negreiros, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 2ª ed.
- Thiago Junqueira. Os seguros privados cobrem eventos associados a pandemias? *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/direito-civil-atual-seguros-privados-cobrem-eventos-associados-pandemias#sdfootnote2anc>. Acesso em: 6 set. 2020.
- Thiago Lins, *O lucro da intervenção e o direito à imagem*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- Thiago Rosa Soares, A capacidade de fato das pessoas com deficiência. *Consultoria Legislativa*, Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.
- Thiago Villela Junqueira, Os contratos aleatórios e os mecanismos de equilíbrio contratual. In: César Augusto de Castro Fiuza; Rafael Peteffi da Silva; Otávio Rodrigues Júnior (org.), *(Re)Pensando o Direito: Desafios para a Construção de novos Paradigmas*, Florianópolis: CONPEDI, 2014.
- Thyago Lacerda Didini, *A teoria do risco putativo no contrato de seguro*, Rio de Janeiro: Escola Nacional de Seguros – Centro de Pesquisa e Economia do Seguro, 2015.
- Tullio Ascarelli, *Lezioni di diritto commerciale – Introduzione*, Milano: Giuffrè, 1955.
- Tullio Ascarelli, O contrato plurilateral. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, São Paulo: Saraiva, 1945.
- Umberto Eco, *Interpretação e superinterpretação*, São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- Vincenzo Cerami, Agenzia. *Enciclopedia del Diritto*, vol. I, Milano: Giuffrè.
- Vincenzo Roppo, Il contrato. In: Giovanni Iudica; Paolo Zatti (org.), *Trattato di diritto privato*, Milano: Giuffrè, 2001.
- Vincenzo Roppo, *Il contratto*, Milano: Giuffrè, 2001.
- Vivianne da Silveira Abílio, *Cláusulas penais moratória e compensatória: critérios de distinção*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- Vladimir Mucury Cardoso, *Revisão contratual e lesão*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- Voltaire Giavarina Marensi, A reciprocidade e cooperação nos contratos de seguro. *Revista dos Tribunais Sul*, vol. 8, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- W. Laurence Craig, William W. Park e Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, New York: Oceana Publications, 2000, 3ª ed.
- Waldirio Bulgarelli, *Contratos mercantis*, São Paulo: Atlas, 1987, 4ª ed.

Waldírio Bulgarelli, *Questões atuais de direito empresarial*, São Paulo: Malheiros, 1995.

Walter A. Polido, *Contrato de seguro: novos paradigmas*, São Paulo: Editora Roncarati, 2010.

Walter Ceneviva, *Lei dos Registros Públicos comentada*, São Paulo: Saraiva, 2010, 20ª ed., livro digital.

Wanderley Fernandes, Formação de contrato preliminar suscetível de adjudicação compulsória. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 77, São Paulo: jan-mar., 1990.

Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*. Direito das obrigações. 2ª Parte, vol. V, São Paulo: Saraiva, 2007, 35ª ed.

Yves Derains e Eric A. Schwartz, *A guide to the new ICC rules of arbitration*, Haia: Kluwer Law International, 1998.



## SUMÁRIO DAS GLOSAS

Historicidade do conceito de contrato: voluntarismo e acordo de vontades  
Contrato como instrumento de autorregulação de interesses  
Função normativa das categorias jurídicas  
O contrato como espécie do gênero negócio jurídico  
Bilateralidade das manifestações de vontades  
Negócios unilaterais  
Negócios plurilaterais  
Preeminência das situações existenciais sobre as patrimoniais  
Tratamento normativo qualitativamente diferenciado entre as situações jurídicas existenciais e as patrimoniais  
Situações dúplices  
Individuação da normativa com base nos interesses relevantes  
Objetivo de produzir efeitos vinculantes  
Contrato como atividade teleologicamente orientada  
Gratuidade e juridicidade  
Negócios “interessados” e relações de cortesia  
“Pactos de honra” ou “acordos de cavalheiros”  
Acordos e convenções  
Liberdade como noção pré-jurídica  
Papel da vontade na construção do contrato  
Transformações do Século XX  
A Lei como fundamento de obrigatoriedade do contrato  
Da autonomia da vontade à autonomia privada  
Autonomia privada como expressão de liberdades fundamentais

Desmistificação da vontade

Autonomia negocial

Distinção entre autonomia patrimonial e existencial

Autonomia deixa de ser um valor em si mesma

Interferência do Estado nas relações privadas

Legislação extravagante

Dirigismo contratual

O exemplo do direito do trabalho

O exemplo das locações e da economia popular

Crítica à teoria dos microssistemas

Impacto do CDC

A chamada teoria da vontade

Teoria da declaração

Teoria da confiança

A teoria das chamadas relações contratuais de fato

O acolhimento doutrinário e jurisprudencial da teoria

Declínio da teoria nos anos 1970

Contexto histórico-ideológico

Europa e América Latina

Crítica à técnica da vontade presumida

Atualidade da teoria

Oportunidade de revisitar a doutrina dos comportamentos socialmente típicos

Qualificação da concreta relação jurídica a partir da sucessão de atos funcionalmente interligados

Valoração positiva de atividades socialmente típicas

Admissão da relação contratual sem negócio

Sugerimos alterar para: “servidor”, por ser termo mais moderno da doutrina administrativista.

O exemplo da Justiça do Trabalho e da “primazia da realidade”

Possibilidade de exame de licitude e de merecimento de tutela dos atos extranegociais

Funcionalização da autonomia contratual

Estrutura e função das situações jurídicas subjetivas

Função do contrato



Função da situação jurídica define os poderes atribuídos ao seu titular

Constitucionalização do direito contratual

Sopesamento dos princípios colidentes

Imperativos constitucionais no direito contratual

Liberdade de contratar e liberdade contratual

Dirigismo contratual

Proibição de contratar

Dever de contratar

Cláusulas vedadas ou compulsórias

Legitimidade da conquista de posições de vantagem

Partes e terceiros

Interesses não contratuais juridicamente relevantes

Impacto da boa-fé e da função social do contrato

Pacta sunt servanda

Obrigatoriedade do contrato sob novo fundamento

Relativização da intangibilidade

Intangibilidade do conteúdo contratual

Da boa-fé subjetiva à boa-fé objetiva

Incorporação pelo Código Civil de 2002

Cláusula geral de boa-fé

Tríplice função

Especializações funcionais

Deveres anexos

Vinculação dos deveres à função do contrato

Incidência da boa-fé além dos contratantes

Função como elemento interno e razão justificativa da autonomia contratual

O art. 421 do Código Civil

O debate sobre a função social

Esvaziamento da importância da função social

Desvirtuamento da função social

Crítica à associação com o autoritarismo

Crítica à invocação de uma garantia pré-legislativa

Solidariedade social e justiça contratual

Autonomia do princípio do equilíbrio contratual

Proteção da parte vulnerável

Perfil estrutural do contrato

Centralidade da vontade sob o paradigma liberal

Manifestação de vontade expressa, tácita, presumida e ficta

Sujeito contratante × titular da situação jurídica subjetiva

“Contrato consigo mesmo”

Capacidade e legitimação

Objeto do contrato × objeto da obrigação

Patrimonialidade do objeto: remissão

Impossibilidade material e jurídica do objeto

Ilícitude do objeto

Abusividade e merecimento de tutela

Determinabilidade do objeto

Contrato per relationem

Causa subjetiva e causa objetiva

Causa como função econômico-social do contrato

Causa como síntese dos efeitos jurídicos essenciais

Causa × objeto do contrato

Causa × motivos

Superação do formalismo

Instrumentalidade das regras que impõem formalidades

Forma probatória e exigência formal convencional

Função normativa das classificações

Tipo contratual

Tipos abertos

Tipicidade social

Contratos ditos mistos

Bilateralidade e unilateralidade dos efeitos do contrato × bilateralidade e unilateralidade das manifestações de vontade formadoras do negócio

Contratos ditos bilaterais imperfeitos

Sinalagma contratual

Contratos plurilaterais

Efeitos econômicos do contrato

Contratos onerosos e gratuitos × contratos bilaterais e unilaterais

Contratos formais ou solenes

Contratos reais

Condições ou cláusulas gerais do contrato

Contratos de adesão

Contratos de adesão fora das relações de consumo

Contratos normativos e contratos-tipo

Contratos instantâneos e de duração

Contratos de execução imediata e de execução diferida

Contratos de execução continuada e periódica

Tutela da pessoa humana em situação de particular vulnerabilidade

Rejeição aos chamados microssistemas

Finalismo × maximalismo

Terminologia

Contrato principal e contrato acessório

Coligação contratual com diversidade de partes

Formação do contrato como processo

Negociações preliminares ou tratativas

Punctação

Cartas de intenção

Responsabilidade pré-contratual

Responsabilidade pela ruptura imotivada das negociações e culpa in contrahendo

Interesse negativo × interesse positivo

Formação progressiva do contrato

Contato social e comportamento socialmente típico

Indenização de interesses positivos

Atividade sem negócio

Proposta

Proposta não vinculante

Retratação da proposta

Oferta ao público

Oferta nas relações de consumo

Aceitação

Aceitação com modificações

Aceitação tardia

Formas de aceitação

Momento de conclusão do contrato  
Formação do contrato eletrônico  
Local de formação do contrato e sua relevância  
Local de formação do contrato eletrônico  
Definição  
Regulamentação no ordenamento brasileiro  
Compromisso de compra e venda de imóvel  
Utilidade  
Antecipação de efeitos  
Forma livre do contrato preliminar  
Caso Disco  
Contrato preliminar e contrato incompleto  
Registro como fator de eficácia perante terceiros  
Suprimento judicial e conversão em definitivo  
Execução específica  
Prazo para exigir o contrato definitivo  
Contrato preliminar unilateral e proposta  
Contrato preliminar unilateral e opção  
Princípio da relatividade  
Tutela externa do crédito  
Exemplos  
Ausência de transmissão de direito  
Gratuidade  
Estipulação imprópria  
Faculdade de revogação  
Faculdade de substituição  
Exemplos  
Nulidade da promessa coativa  
Resistência doutrinária  
Efeitos da insolvência  
Cessão da posição contratual: distinção  
Subcontrato: distinção  
Conceito de garantia  
“Princípio de garantia”  
Modificação das garantias

Abrangência das garantias: contratos onerosos comutativos

Hastas públicas

Preexistência do vício

Vício oculto e desconhecido

Gravidade do vício

Distinção de figuras afins

Prazos decadenciais

Garantia contratual

Vulnerabilidade do consumidor

Distinção dos requisitos

Efeitos

Prazos

Risco do desenvolvimento

Conceito de evicção

Privação do direito

Preexistência da causa

Sentença judicial

Denúnciação da lide

Efeitos

Frutos e benfeitorias

Evicção parcial

Afastamento da garantia

Cláusula rebus sic stantibus

Base objetiva do negócio

Cláusula de hardship

Contratos aleatórios

Contratos unilaterais

Excessividade e álea normal

Ausência de imputabilidade e mora

Extrema vantagem

Imprevisibilidade

Efeitos da pandemia de Covid-19

Resolução e retroatividade

Oferta de redução equitativa

Dever de renegociação

Revisão judicial  
Objetividade da onerosidade  
Extinção pela execução  
Causas extintivas de todos os negócios jurídicos  
Causas extintivas das relações obrigacionais  
Causas extintivas próprias dos contratos  
Forma do distrato  
Efeitos do distrato  
Resilição unilateral  
Denúncia  
Cláusula resolutiva tácita  
Alcance da cláusula resolutiva tácita  
Interpretação do art. 475 do CC  
Cláusula resolutiva expressa  
Exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*)  
*Exceptio non rite adimpleti contractus*  
Exceção de contrato não cumprido e prestações essenciais  
Exceção de insegurança  
Conceito e efeitos essenciais  
Efeito obrigacional  
Prestação em pecúnia  
Lacuna na determinação do preço  
Responsabilidade pelas despesas  
Exceção de contrato não cumprido e exceção de insegurança  
Objeto da compra e venda  
Venda à vista de amostra, protótipo ou modelo  
Venda conjunta de coisas  
Direito de preferência  
Negócio consensual  
Capacidade das partes  
Gestão positiva de riscos  
Gestão negativa de riscos  
Contrato incompleto  
Alocação legal de riscos  
Débitos da coisa

Local da tradição  
Venda ad corpus  
Venda ad mensuram  
Prazo decadencial de 1 ano  
Vendas aleatórias  
Emptio spei  
Risco de inexistência da coisa  
Caracteri-zação do contrato aleatório  
Sinalagma na compra e venda aleatória  
Inexistência da coisa: disciplina  
Compra e venda de coisa futura ou compra e venda da esperança?  
Emptio res speratae  
Risco quanto à extensão da prestação  
Inexistência da coisa  
Causa da emptio res speratae  
Qualificação  
Coisa exposta a risco  
Risco anterior desconhecido dos contratantes  
Causa da compra e venda de coisa exposta a risco  
Inexistência ou anulabilidade  
Venda de ascendente para descendente  
Venda entre cônjuges  
Nulidade da compra e venda ou cessão de crédito  
Exceções à nulidade  
Conceito  
Consignação em juízo  
Cessibilidade e transmissibilidade do direito de retrato  
Conceito  
Venda sujeita a prova  
Conceito  
Direito pessoal e personalíssimo  
Direito de preferência em acordo de acionistas  
Solução indenizatória  
Prazo decadencial  
Direito de preferência em condomínio

Conceito

Alocação de riscos

Negócio jurídico formal

Objeto

Inadimplemento do comprador

Resolução contratual

Disciplina do CPC

Conceito

Alocação de riscos

Tempo e lugar do pagamento

Conceito

Contrato preliminar

Promessa unilateral ou bilateral

Inadimplemento

Histórico

Conceito

Prestação do outorgado

Distinções com outros tipos contratuais

Poder de disposição

Riscos da coisa

Definição e histórico

Objeto

Contrato atípico

Função prático-social

Negócio unilateral

Negócio gratuito

Consensual

Doação verbal

Elementos

Ato inter vivos

Doação conjuntiva

Controvérsia

Entendimento majoritário: impossibilidade da promessa de doação

Doação com encargo

Promessa de doação em acordo de separação



Execução específica ou perdas e danos?  
Inexigibilidade de promessa de doação  
Doação pura  
Doação em contemplação de merecimento e remuneratória  
Doação modal ou com encargo  
Revogação pela inexecução do encargo  
Eficácia da doação  
Aceitação pelo donatário  
Dispensa do consentimento do donatário  
Doação a nascituro  
Doação a prole eventual e em contemplação de casamento futuro  
Doação de ascendentes a descendentes ou de um cônjuge a outro cônjuge  
Critérios para colação  
Doação inoficiosa  
Doação em forma de subvenção periódica  
Doação universal  
Doação de cônjuge adúltero  
Doação a entidade futura  
Doação com cláusula de reversão  
Regra da irrevogabilidade  
Hipóteses de ingratidão do donatário  
Renúncia à revogação por ingratidão  
Inexecução do encargo  
Prazo para a ação revocatória  
Legitimidade para a ação revocatória  
Efeitos da revogação por ingratidão  
Perecimento ou alienação do bem a terceiro  
Doações não sujeitas à revogação por ingratidão  
Princípio da intranscendência da pena  
Aplicação das regras do Código Civil  
CDC  
Aplicação da Lei do Inquilinato  
Leis especiais  
Conceito  
Consentimento

Bem infungível  
Transferência da posse direta  
Preço certo, determinado ou determinável  
Contrato temporário  
Prorrogação do contrato a prazo indeterminado  
Garantias contratuais  
Contrato de longa duração  
Caráter não personalíssimo  
Sucessão causa mortis  
Sucessão inter vivos  
Cláusula de vigência em caso de alienação  
Sub-rogação  
Indenização pelas benfeitorias  
Pertences  
Coisa em estado de servir  
Vícios redibitórios  
Evicção  
Obrigação de conservação  
Depreciação por caso fortuito  
Uso pacífico da coisa  
Embaraços de fato e de direito  
Inadimplemento do locador  
Dever de observar o prazo  
Direitos do locador  
Respeito à finalidade do bem  
Dever de diligência e conservação  
Deterioração da coisa  
Obrigação de pagar o aluguel  
Dever de comunicar turbações de terceiros  
Dever de devolução no mesmo estado  
Dever de observar o prazo contratual  
Multa exagerada ou desproporcional  
Critérios para redução da penalidade  
Resilição unilateral  
Aluguel-pena

Possibilidade de redução do aluguel-pena pelo juiz  
Perpetuatio obligationis  
Direito de retenção pelas benfeitorias necessárias e úteis autorizadas pelo locador  
Benfeitorias necessárias e úteis  
Benfeitorias voluptuárias  
Direito de retenção  
Histórico  
Alcance da Lei nº 8.245/91  
Imóvel urbano ou rural: critério da finalidade econômica  
Locação para temporada  
Espécies de locação  
Locação não residencial  
Exclusão da Lei do Inquilinato  
Análise estrutural  
Ação renovatória  
Direito de preferência  
Denúncia vazia em locações residenciais  
Locação em habitações coletivas multifamiliares  
Partes  
Ausência de vênio conjugal: ineficácia  
Sublocação, cessão e empréstimo  
Anuência tácita do locador  
Sub-locação em locações não residenciais  
Sub-locação em locações residenciais  
Contrato acessório  
Ação de despejo na sub-locação  
Responsabilidade subsidiária do sub-locatário  
Sucessão contratual causa mortis  
Sucessão locatícia na separação dos cônjuges ou companheiros  
Deveres de ceder o uso e o gozo da coisa e garantir seu uso pacífico  
Dever de fornecer recibo descritivo do pagamento  
Pagamento de taxas e tributos  
Despesas extraordinárias do condomínio  
Rol exemplificativo de obrigações do locatário

Respeito à convenção de condomínio e custeio de despesas ordinárias

Participação em assembleias

Condições para o exercício do direito de preferência

Inaplicabilidade do direito de preferência

Natureza personalíssima e real: ação de adjudicação compulsória

Nulidade da cláusula de renúncia à preferência

Desistência da venda pelo locador

Sub-locação total

Sub-locação parcial

Prazo determinado

Locação não residencial

Locação residencial por escrito e com prazo igual ou superior 30 (trinta) meses

Locação residencial verbal ou por prazo inferior a 30 (trinta) meses

Resilição unilateral pelo locador

Resilição unilateral pelo locatário

Resilição pelo locatário: transferência profissional

Cláusula de vigência

Ação revisional de aluguel

Projeto de Lei nº 1.179/2020

RJET

Outros Projetos de Lei

Perspectiva histórica

Natureza jurídica

Conceito

Tríplice opção

Etapas da formação do contrato

Fixação do conteúdo

Requisitos legais

Leasing financeiro

Lease back

Leasing operacional

Self-leasing

Cobrança antecipada do VRG

Possibilidade de quitação antecipada do VRG

Função prático-social  
Negócio jurídico gratuito  
Contrato unilateral  
Comodato com encargo  
Infungibilidade do bem  
Bens alheios sob administração  
Prazo  
Devolução do bem  
Mora do comodatário  
Aluguel-pena  
Mora do comodante  
Contrato informal e intuitu personae  
Efeitos acidentais  
Obrigação de conservação  
Respeito à finalidade  
Inadimplemento do comodatário  
Dever de diligência  
Excludentes de responsabilidade  
Despesas  
Pluralidade das partes  
Reembolso de despesas extraordinárias  
Vícios ocultos  
Mora do comodatário  
Mora do comodante  
Conceito  
Distinção para o comodato  
Objeto do mútuo  
Mútuo gratuito e oneroso  
Contrato real ou consensual?  
Diversidade de função: diversidade de disciplina  
Contrato bilateral ou unilateral  
Contrato informal e temporário  
Prazo  
Aviso prévio  
Direito à restituição do bem

Presunção de onerosidade: juros  
Juros convencionais ou legais  
Juros moratórios ou compensatórios  
Juros legais moratórios  
Limite legal dos juros moratórios  
Taxa Selic  
Exceção de insegurança  
Mútuo a non domino  
Mutuário menor  
Ratificação do ato  
Dolo do menor  
Inexistência de indenização por benfeitorias  
Obrigação de restituição  
Vedação ao anatocismo  
Evolução histórica  
Lei da Usura  
Relações bancárias  
Medida Provisória n.º 2.170-36  
Medida Provisória nº 2.172-32  
Evolução histórica  
Objeto do contrato de prestação de serviços  
Natureza residual  
Relação trabalhista: distinções  
Simulação  
Legislação especial  
Conceito  
Ênfase no fazer  
Distinção com a empreitada  
Serviço contratado  
Bilateralidade e onerosidade  
Remuneração  
Tempo do pagamento  
Consensualidade  
Intuitu personae  
Prestação do serviço ou conclusão da obra

Direito à remuneração  
Contrato temporário  
Renovação contratual  
Interrupção dos serviços  
Prazo indeterminado: denúncia vazia  
Art. 473, par. ún., CC  
Resilição unilateral de contrato com prazo determinado  
Denúncia imotivada em contrato a prazo determinado  
Denúncia motivada  
Outras hipóteses de extinção contratual  
Interferência ilícita de terceiro no contrato  
Preliquidação das perdas e danos  
Cláusula geral de boa-fé objetiva  
Não responsabilização do terceiro  
Dupla pretensão  
Origem: locação  
Conceito  
Ênfase na obrigação de dar  
Distinções com outros tipos contratuais  
Objeto  
Onerosidade  
Empreitada a preço global ou por medida  
Empreitada de labor ou empreitada mista  
Bilateral, consensual e, em regra, comutativo  
Subempreitada  
Empreitada intuitu personae  
Empreitada de labor  
Empreitada mista  
Responsabilidade e riscos  
Responsabilidade pela solidez e segurança da obra  
Vícios ocultos  
Prazo de garantia  
Responsabilidade do projetista  
Empreitada a preço global ou fixo  
Empreitada por medida

Cláusula de reajustamento na empreitada a preço global

Reajuste de preço na falta de previsão contratual

Permissão contratual de alterações no projeto

Excessiva onerosidade e revisão contratual

Aceitação da obra na empreitada por medida

Empreitada turnkey

Características

Preço global

Obediência às instruções

Entrega da obra

Recusa justificada da obra

Direito de retenção do empreiteiro

Projetos de engenharia e arquitetura

Resilição unilateral pelo dono da obra

Resilição unilateral pelo empreiteiro

Suspensão da obra

Extinção do contrato por morte

Conceito

Partes

Vedação ao uso do bem

Deveres de guarda e custódia

Espécies

Contrato real

Objeto

Contrato temporário

Gratuito ou oneroso

Gratuito, unilateral e real

Oneroso e consensual

Caráter intuitu personae

Consensual

Prazo determinado ou indeterminado

Deveres de custódia, guarda e conservação

Dever de restituição

Depositário infiel

Direito de recusa à restituição



Devolução da coisa

Perda da coisa por fortuito ou fato de terceiro

Pluralidade de depositantes

Vedação ao uso e à transferência a terceiro

Transmissão das obrigações aos herdeiros

Incapacidade superveniente do depositário

Força maior

Direito à remuneração e direito de retenção

Devolução da coisa a critério do depositário

Pagamento de despesas e prejuízos com a coisa

Despesas necessárias, úteis e voluptuárias

Características do depósito necessário

Depósito legal e miserável

Depósito hoteleiro

Penhor legal

Depósito miserável

Prisão civil

Previsão constitucional

Pacto de São José da Costa Rica

Status supralegal

Súmula Vinculante

Representação: traço essencial

Gratuito ou oneroso

Intuitu personae

Contrato unilateral: ausência de sinalagma

Caráter

preparatório

Revogabilidade

Procuração: instrumento do mandato

Mandato geral e mandato especial

Autonomia

Definição

Contemplatio domini

Representação legal ou convencional

Ato jurídico unilateral e abstrato

Eficácia da representação  
Legítima confiança  
Boa-fé subjetiva do terceiro  
Cláusula geral de boa-fé objetiva  
Dever de informar do representante  
Autocontrato  
Conflito de interesses  
Causa objetiva de anulabilidade  
Causa subjetiva de anulabilidade  
Prazo para anulação  
Negócio indireto  
Efeitos pessoais  
Responsabilidade do mandatário pela evicção e vícios redibitórios  
Extinção do mandato in rem suam  
Excesso de poderes  
Prova dos poderes do mandatário  
Ratificação  
Abuso de poderes  
Atuação do mandatário em nome próprio e no interesse do mandante  
Atuação do mandatário em nome próprio  
Direito de retenção  
Dever de diligência  
Standards de conduta  
Substabelecimento  
Substabelecimento sem reservas  
Autorização para substabelecer  
Proibição ao substabelecimento  
Substabelecimento em mandato judicial  
Dever de prestar contas  
Compensação  
Dever de transferir as somas ao mandante  
Negligência do mandatário  
Eficácia pós-contratual  
Adimplemento das obrigações frente aos terceiros  
Dever de pagar o devido em razão do mandato

Culpa do mandatário  
Dever de ressarcir as perdas  
Extinção não culposa do contrato  
Pluralidade de mandantes  
Revogação  
Eficácia da revogação perante terceiros  
Cláusula de irrevogabilidade  
Irrevogabilidade do mandato  
Renúncia  
Morte de uma das partes  
Mudança de estado  
Fim do prazo  
Conclusão do negócio  
Capacidade do mandante e mandatário  
Honorários  
Procuração  
Poderes do mandatário judicial  
Representação e prestação de serviços  
Revogação dos poderes  
Renúncia do mandatário  
Ciência do mandante  
Substabelecimento  
Comprovação dos poderes  
Conceito  
Relação com terceiros  
Objeto  
Dois negócios  
Comissão por consignação  
Distinção do contrato de mandato  
Bilateral, oneroso, consensual e comutativo  
Intuitu personae  
Dever de concluir o negócio  
Dever de obediência às instruções  
Dever de diligência  
Estado das mercadorias

Cláusula del credere  
Direitos do comissário  
Remuneração  
Créditos do comissário  
Direito de retenção  
Autocontrato  
Dispensa sem justa causa  
Dever de pagar a remuneração  
Direito de alterar as instruções  
Das instruções  
Juros  
Unificação do direito das obrigações  
Comissão mercantil  
Surgimento do contrato de distribuição  
Compatibilização das fontes normativas  
Lei Ferrari  
Microssistemas  
Unidade do ordenamento jurídico  
Tarefa do intérprete  
Causa do contrato de agência  
Fase preparatória  
Obrigação de meio  
Poderes de representação  
Zona de atuação  
Distinção entre delimitação de zona geográfica e exclusividade  
Habitualidade ou profissionalidade  
Autonomia do agente  
Diretrizes do agenciado  
Identificação da subordinação no caso concreto  
Sujeição excessiva às diretrizes do proponente  
Dever de informar do agente  
Onerosidade  
Forma livre  
Efeito accidental  
Decisão do proponente

Representação comercial autônoma  
Sentido econômico de representação  
Superposição dos contratos  
Delimitação do âmbito de incidência  
Coisa à disposição do distribuidor  
Ausência de representação  
Causa do contrato de distribuição  
Operação de revenda  
Posse sobre a coisa  
Assunção das responsabilidades perante terceiros  
Divergência quanto à qualificação do contrato de distribuição  
Prescindibilidade da propriedade da coisa  
Técnica de atuação em nome próprio  
Autonomia do distribuidor  
“Ter a coisa à sua disposição”  
Poder de disposição  
Irrelevância da propriedade da coisa  
Dever de pagar as comissões  
Cláusula de exclusividade  
Interrupção das propostas e boa-fé objetiva  
Direitos do proponente  
Dever de promover negócios no interesse do proponente e em observância às instruções  
Dever de diligência  
Obediência às instruções  
Dever de arcar com as despesas  
Responsabilidade pelos danos causados aos clientes  
Teoria da aparência  
Responsabilização do agente por força do CDC  
Direito à remuneração  
Dispensa por justa causa: remuneração pelos serviços úteis  
Dispensa sem justo motivo: remuneração pelos negócios concluídos e pendentes  
Força maior: remuneração pelos serviços realizados  
Denúncia vazia nos contratos de prazo indeterminado

Prazo prescricional quinquenal  
Jurisprudência do STJ acerca do prazo prescricional  
Prescrição nas hipóteses de denúncia imotivada  
Disciplina  
Conceito  
Ausência de representação  
Ausência de subordinação  
Contrato consensual  
Contrato acessório  
Bilateral e oneroso / Aleatório ou comutativo  
Aproximação útil  
Interesse útil  
Obediência às instruções do comitente  
Exigências para atuação  
Imparcialidade  
Dever de informação  
Deveres de diligência e prudência  
Remuneração do corretor  
Responsabilidade pelo pagamento da comissão  
Direito à remuneração  
Exclusividade  
Área de atuação  
Formalização posterior do negócio  
Pluralidade de fontes  
Conceito unitário  
Partes  
Bilhete de passagem e conhecimento  
Classificações  
Responsabilidade no transporte cumulativo  
Solidariedade  
Indivisibilidade da prestação  
Comutativo e consensual  
Oneroso e bilateral ou unilateral  
Transporte benévolo  
Contrato de adesão e de execução continuada

Serviço público  
Distinção de figuras afins  
Pluralidade de fontes normativa  
Antinomia do CC com tratados e convenções internacionais  
Normas administrativas  
Serviço público de competência da União  
Serviço público municipal  
Concessão, permissão e autorização  
CDC  
Conceito  
Bagagens  
Carona  
Histórico  
Unificação da disciplina pelo CC2002  
Cláusula excludente de responsabilidade  
Cláusula de incolumidade física e psíquica do passageiro  
Cláusula limitativa de responsabilidade  
Pré-liquidação dos danos materiais  
Regime de responsabilidade no CBA e nas Convenções Internacionais  
Nulidade de cláusula limitativa ou excludente de responsabilidade à luz da  
Constituição Federal de 1988  
Prevalência das disposições do CDC  
Entendimento do STF: prevalência das Convenções Internacionais  
Tese nº 210 do STF  
Norma de sobredireito  
Danos morais e cláusula limitativa  
Fato de terceiro  
Fortuito interno  
Fortuito externo  
Causas de rompimento do nexo causal  
Concausas  
Responsabilidade do transportador perante terceiros  
Serviço público: responsabilidade objetiva  
CDC: responsabilidade objetiva  
Código Civil e o transporte como atividade de risco

Culpa concorrente da vítima  
Danos causados aos empregados  
Termo inicial e final da responsabilidade  
Prescrição  
Conduzir o passageiro com segurança  
Observância dos horários e itinerários acordados  
Falhas técnicas: fortuito interno  
Dever de não recusar passageiros injustificadamente  
Obrigação de resultado: levar o passageiro ao local acordado  
Rescisão do contrato a critério do consumidor  
Solidariedade com transportador substituto  
Danos morais e materiais e direito de retenção  
Dever de pagar a remuneração  
Observância de normas regulamentares  
Respeito à segurança e conforto dos demais passageiros  
Concorrência da vítima para o dano  
Passageiros “pingentes”  
“Surfista ferroviário”  
Passageiro clandestino  
Direito de rescisão unilateral do passageiro  
Não cabimento da restituição  
Fortuito ou força maior  
Desistência no transporte aéreo  
Overbooking  
Qualificação do overbooking  
Solução para o overbooking  
Disciplina  
Conceito  
Destinatário  
Início da execução contratual  
Conhecimento  
Título de crédito impróprio  
Relação discriminada das coisas a serem transportadas  
Responsabilidade do remetente endossante  
Legitimidade para receber a mercadoria



Vício do produto em relação de consumo  
Dúvida quanto ao destinatário  
Dever de transportar a coisa com segurança ao seu destino  
Responsabilidade objetiva  
Responsabilidade do transportador de valores  
Direito de recusar a coisa a ser transportada  
Responsabilidade por mercadorias mal acondicionadas  
Dever de recusa da mercadoria perigosa  
Início e fim da responsabilidade do transportador  
Entrega da mercadoria  
Impossibilidade de concluir o transporte por força maior  
Ausência de instruções do remetente  
Interrupção ou impossibilidade do transporte por culpa do transportador  
Solidária no transporte cumulativo  
Obrigação de pagar o frete  
Obrigação de contratar seguro  
Dever de informação  
Indenização ao transportador pelas declarações inexatas  
Prazo para a propositura da ação indenizatória  
Dever de veracidade na legislação especial  
Histórico  
Conceito unitário de seguro  
Natureza jurídica da prestação do segurador  
Prestação de garantia  
Partes  
Pluralidade de fontes normativas  
Capacidade para ser corretor de seguros  
Corretagem de seguros  
Relação de consumo  
Aplicação do CC e do CDC  
Contrato de adesão  
Contrato bilateral  
Contrato oneroso e consensual  
Apólice ou bilhete  
Formação do contrato

Aceitação ou recusa da proposta pelo segurador  
Emissão da apólice  
Contratação por simples bilhete de seguro  
Apólice ou bilhete nominativo, à ordem ou ao portador  
Cosseguro  
Resseguro  
Retrocessão  
Seguro a conta de outrem  
Renovação tácita do contrato  
Indenização em dinheiro ou reposição da coisa  
Prescrição  
Eliminação do risco  
Coletivização dos riscos  
Aleatoriedade  
Incerteza quanto ao lucro ou dano  
Comutatividade: prestação de garantia  
Eliminação econômica do risco  
Mutualismo  
Crítica: critérios econômicos  
Perspectiva econômica do contrato aleatório  
Neutralização técnica do risco  
Incerteza do resultado econômico final  
Qualificação do seguro como contrato aleatório  
Critério jurídico  
Aspecto estrutural  
Causa: álea jurídica  
Princípio do mutualismo  
Cálculo atuarial  
Coletivização dos riscos  
Sinalagma funcional  
Equilíbrio nos contratos aleatórios  
Equilíbrio entre as prestações do segurador e do segurado  
Álea jurídica  
Riscos alheios à álea jurídica  
Aplicação dos remédios de reequilíbrio contratual

Aplicação prática

Boa-fé subjetiva e objetiva

Boa-fé qualificada

Dever de informação do segurado na fase pré-contratual

Informações completas, precisas e exatas

Falha no dever de informar do segurado no momento da contratação

Razoabilidade, usos locais e práticas comerciais

Falha de informação do segurado em seguro saúde

Omissão de informação determinante à contratação ou à fixação do prêmio

Nulidade

Dever de informação do segurador

Agravamento intencional do risco pelo segurado

Distinção entre mero descuido e agravamento intencional do risco

Sinistro decorrente de ato praticado pelo segurado sob efeito de substâncias tóxicas

Validade da exclusão da cobertura

Dever de informar todo incidente capaz de agravar consideravelmente o risco

Alternativa do segurador

Eficácia da resilição unilateral

Dever de comunicar e mitigar os danos

Mora do segurado e do segurador

Adimplemento substancial

Cláusula de cancelamento automático

Conteúdo da função social

Proteção aos interesses de terceiros

Seguro DPVAT

Convivência dos interesses sociais e dos interesses privados

Conceito

Princípio indenitário

Função especulativa: incompatibilidade

Má-fé do segurado

Boa-fé do segurado

Mais de um seguro sobre o mesmo interesse

Apreciação do interesse segurado no momento do sinistro

Exceção ao princípio indenitário  
Seguro de veículos  
Sub-seguro e seguro a primeiro risco  
Vício intrínseco da coisa não declarado  
Seguro em contrato de transporte  
Dever de informação do segurado  
Dever de comunicar o sinistro  
Prescrição anual  
Seguro de reembolso  
Seguro de responsabilidade civil obrigatório  
Abrangência da indenização  
Sub-rogação legal  
Sub-rogação: mesmas prerrogativas  
Afastamento da sub-rogação  
Ineficácia do ato em prejuízo ao segurador  
Alienação ou cessão do interesse segurado  
Súmula 465 do STJ  
Razoabilidade da proibição  
Conceito  
Diversa função  
Inaplicabilidade do princípio indenitário  
Seguro sobre a vida de outros  
Impossibilidade de sub-rogação  
Espécies  
Seguro coletivo  
Obrigações do estipulante e do segurador  
Mutação da relação  
Deveres principais  
Impossibilidade de transação  
Deveres de boa-fé  
Mora do segurado  
Beneficiário do seguro de pessoa  
Quem pode ser beneficiário  
Companheiro como beneficiário  
Alteração do beneficiário

Beneficiário  
Exclusão da herança  
Período de carência  
Prazo máximo de carência  
Cobertura por suicídio  
Imprevisibilidade  
Carência no suicídio  
Critério objetivo  
Reincidência do elemento intencional  
Presunção relativa de premeditação  
Prevalência do critério objetivo  
Hipóteses de incidência da cobertura  
Seguro de vida e seguro de acidentes pessoais: distinção  
Cláusulas excludentes da cobertura em caso de fortuito  
Caso fortuito e força maior no contrato de seguro  
Pandemia do novo coronavírus  
Atos infralegais autorizando a exclusão  
Análise concreta  
Conceito  
Constituição de renda onerosa  
Modalidade de direito real: extinção  
Utilidade  
Renda  
Contrato de trato sucessivo  
Bilateral ou unilateral; gratuito ou oneroso  
Contrato formal  
Natureza negocial  
Contrato comutativo ou aleatório  
Álea  
Termo certo  
Direito de acrescer  
Garantia real ou pessoal  
Resolução do contrato por inadimplemento  
Extinção contrato de constituição  
Inalienabilidade e impenhorabilidade

Formas de extinção do contrato  
Conceito de jogo  
Conceito de aposta  
Distinção entre jogo e aposta  
Relevância jurídica  
Conteúdo econômico  
Uniformidade de disciplina  
Causa  
Identidade de disciplina jurídica  
Onerosidade  
Bilateral ou plurilateral  
Álea  
Álea jurídica  
Incerteza quanto ao vencedor  
Espécies de jogos  
Jogos autorizados  
Jogos tolerados  
Obrigação natural  
Jogos proibidos  
Impossibilidade de repetição nos jogos proibidos  
Reconhecimento, novação ou fiança da dívida de jogo  
Proteção ao terceiro de boa-fé  
Exclusão das regras de jogo e aposta aos contratos diferenciais  
Garantia geral dos credores  
Garantia especial: real ou pessoal  
Garantia pessoal ou fidejussória  
Abonador  
Objeto  
Fiança civil e mercantil  
Fiança consensual, legal ou judicial  
Contrato unilateral  
Gratuito ou oneroso  
Contrato acessório  
Negócio personalíssimo  
Insolvência ou incapacidade superveniente do fiador

Negócio formal  
Interpretação restritiva  
Fiança não limitada  
Fiança em valor igual ou inferior à dívida afiançada  
Dívidas futuras  
Outorga uxória  
Anulabilidade  
Dispensa de outorga uxória na união estável  
Benefício de ordem  
Renúncia ao benefício de ordem  
Ação de regresso  
Desídia do credor  
Pluralidade de fiadores  
Afastamento da solidariedade  
Sub-rogação  
Regresso na pluralidade de fiadores  
Não cabimento da ação de regresso  
Prazo determinado ou indeterminado  
Lei do Inquilinato  
Bem de família do fiador  
Transmissão aos herdeiros do fiador  
Exceções  
Extinção da obrigação afiançada  
Concessão de prazo adicional ao devedor  
Impossibilidade de sub-rogação nos mesmos direitos e preferências creditórios  
Retardo do credor na execução  
Definição  
Função  
Classificação  
Validade  
Conservação dos negócios jurídicos  
Objeto  
Efeitos da transação  
Evicção

Vício do consentimento  
Nulidade da transação  
Definição  
Validade  
Cláusula compromissória  
Cláusula compromissória cheia e vazia  
Compromisso  
Distinção  
Autonomia privada  
Cláusula de hardship  
Direitos patrimoniais disponíveis  
Estado civil  
Direito de família  
Relações de consumo  
Consensualismo  
Extensão subjetiva da cláusula compromissória  
Teoria do grupo  
Unidade de orientação econômica  
Inclusão da parte interveniente no procedimento arbitral  
Vontade tácita em aderir à arbitragem  
Extensão objetiva da cláusula compromissória  
Lei aplicável, equidade e práticas comerciais  
Princípio kompetenz-kompetenz  
Cláusula compromissória com vício de nulidade  
Tutelas de urgência  
Título executivo  
Ação de nulidade  
Pedido de esclarecimentos  
Sentença arbitral complementar  
Ação de nulidade  
Atos unilaterais  
Promessa de recompensa: conceito  
Espécies  
Publicidade  
Ato unilateral não receptício



Credor da promessa de recompensa  
Teoria da prioridade  
Execução simultânea  
Revogabilidade  
Concurso  
Ausência de representação  
Requisitos  
Liberalidade  
Responsabilidade pelo fortuito  
Comunicação ao gestor  
Conversão em mandato  
Reprovação da gestão  
Gestão útil  
Parâmetros para a utilidade da gestão  
Dispensa de ratificação  
Deveres do gestor  
Interrupção da gestão  
Dever de prestar contas  
Operações conexas  
Restituição do indébito  
Indébito objetivo e indébito subjetivo  
Obrigações condicionais  
Prova do erro  
Posse de boa-fé ou de má-fé  
Obrigação de fazer e não fazer  
Retenção do indébito  
Dívida prescrita ou inexigível  
Fim ilícito, imoral ou proibido por lei  
Enriquecimento sem causa × responsabilidade civil  
Requisitos da actio in rem verso  
Enriquecimento real e enriquecimento patrimonial  
Ausência de causa  
Ausência superveniente de causa  
Subsidiariedade  
Lucro da intervenção

GUSTAVO **TEPEDINO**  
CARLOS NELSON **KONDER**  
PAULA GRECO **BANDEIRA**

**FUNDAMENTOS DO DIREITO CIVIL**  
VOLUME **3**

# CONTRATOS

De acordo com:  
• Lei da Liberdade Econômica  
- Lei 13.874/2019

Inclui MATERIAL  
SUPLEMENTAR  
Consulte



# Fundamentos do Direito Civil

Tepedino, Gustavo

9788530989910

592 páginas

[Compre agora e leia](#)

Fruto de longos anos de pesquisa e de experiência didática de seus autores, os Fundamentos se contrapõem a dois vetores que ameaçam, constantemente, o mercado editorial. O primeiro deles é a repetição acrítica da dogmática tradicional, haurida dos postulados históricos do direito romano, com cosméticas adaptações, em suas sucessivas edições, à evolução legislativa. O segundo é a aderência casuística a soluções jurisprudenciais de ocasião, que aparentemente asseguram feição prática e abrangente aos manuais, sem aprofundar, contudo, a justificativa doutrinária dos problemas jurídicos e a forma de solucioná-los. A coleção ora trazida a público, em sentido oposto, encontra-se inteiramente construída a partir do sistema instaurado pela Constituição da República de 1988, que redefiniu os modelos jurídicos com os princípios e valores que se incorporam às normas do Código Civil e à legislação infraconstitucional, estabelecendo, assim, novas bases dogmáticas que, unificadas pelo Texto Constitucional, alcançam coerência sistemática apta à compreensão dos problemas jurídicos e de seus alicerces doutrinários. No sentido de facilitar a leitura, as ideias-chave de cada capítulo encontram-se destacadas na margem das páginas.

Ao final de cada capítulo, há um problema prático associado ao respectivo tema tratado. Por outro lado, por meio do código de acesso disponível em cada volume, os autores oferecerão material jurisprudencial e bibliográfico, permanentemente atualizado, de apoio ao debate e ao aprofundamento teórico. O terceiro volume abrange a teoria geral dos contratos, na qual são abordadas as normas gerais sobre o tema, em especial os princípios de direito contratual e os contratos em espécie, analisando-se cada tipo contratual sob a referida perspectiva funcional, identificando-se a finalidade por ele pretendida. Consagra-se, enfim, a autonomia privada no exercício das atividades econômicas à luz dos princípios e valores que orientam o ordenamento jurídico.

[Compre agora e leia](#)



**BRUNO  
RICARDO  
BIONI**

# PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

a função e os limites  
do consentimento

Apresentação  
**Cintia Rosa Pereira de Lima**

**2ª** edição  
revisita, atualizado e  
reformulado

Prefácio  
**Danilo Doneda**

De acordo com:  
• **Modificação da Lei Geral de Proteção de Dados**  
– Lei 13.853/2019  
• **Inclusão automática de consumidores no**  
**Cadastro Positivo** – LC 166/2019  
• **Convenção 108+** do Conselho Europeu



# Proteção de Dados Pessoais

Bioni, Bruno Ricardo

9788530988760

328 pginas

[Compre agora e leia](#)

O livro aborda aquele que é um dos temas mais importantes e, ao mesmo tempo, um dos mais desafiadores do campo da proteção de dados pessoais: o consentimento. Essa ambivalência corresponde justamente à alma desta obra, que faz uma investigação dogmática, mas sem perder de vista aportes empíricos, para identificar quais os limites e a função do consentimento na proteção dos dados pessoais. Além de explorar questões basilares – por exemplo, a proteção de dados pessoais como um direito de personalidade autônomo perante o direito à privacidade, os conceitos de dados pessoais e dados anonimizados e o legítimo interesse como uma das bases legais para o tratamento de dados –, o leitor encontrará uma análise detida sobre como o direito e a tecnologia podem enfraquecer ou nutrir a capacidade do cidadão de controlar seus dados pessoais. Com isso, coloca-se em perspectiva que o consentimento deve ser funcionalizado a partir da equalização das assimetrias de poder e informação em jogo, e que haja uma estratégia regulatória não só focada no consentimento, mas também apoiada na ideia de que há um valor social na proteção dos dados pessoais e, portanto, limites devem ser estabelecidos. Toda essa articulação

teórica está apoiada: a) em elementos tradicionais da cultura jurídico-legal brasileira (direitos da personalidade, proteção do consumidor, princípio da boa-fé e teoria dos contratos relacionais); b) na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018) e na legislação setorial de proteção de dados pessoais (e.g., Marco Civil da Internet e Código de Defesa do Consumidor); c) em estudos de casos e na revisão de literatura estrangeira; d) no direito comparado, especialmente o novo Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais. À vista disso, o leitor tem em mãos um livro que estuda a lei geral e a legislação setorial de proteção de dados pessoais no Brasil, mas considerando quais elementos dogmáticos e teóricos nacionais e estrangeiros são relevantes para identificar que o conceito de autodeterminação informacional vai além do consentimento.

[Compre agora e leia](#)

ANDERSON SCHREIBER  
FLÁVIO TARTUCE  
JOSÉ FERNANDO SIMÃO  
MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO  
MÁRIO LUIZ DELGADO

# CÓDIGO CIVIL COMENTADO

DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

PREFÁCIO DE  
GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA

De acordo com:

- Declaração de Direitos de Liberdade Econômica  
- Medida Provisória n. 893/2019
- Proibição do casamento de menor de 16 anos  
- Lei n. 13.811/2019
- Modificação do quórum de deliberação no âmbito  
das sociedades limitadas  
- Lei n. 13.792/2019
- Lei do "distrito" dos negócios imobiliários  
- Lei n. 13.786/2018
- Lei de multipropriedade  
- Lei n. 13.777/2018

Código Civil Comentado  
**INTERATIVO**





# Código Civil Comentado

Tartuce, Flávio

9788530986889

1608 páginas

[Compre agora e leia](#)

"O Código do nosso tempo" Apresentamos à comunidade jurídica nacional este Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência, fruto de um projeto comum, de autores de uma mesma geração, atualmente entre os 40 e 50 anos de idade, todos com experiências anteriores com Manuais, Cursos, Código Civil comentados ou anotados e coordenação de obras coletivas. Além dessa vivência editorial, trabalhamos com o Direito Privado em nossa atividade profissional, seja na advocacia, na atividade consultiva, em pareceres, em arbitragens ou mesmo no Tribunal. Somos professores de praticamente todos os ramos do Direito Civil – da Parte Geral ao Direito das Sucessões –, com experiência docente de mais de duas décadas. A estrutura dos comentários que desenvolvemos é dividida substancialmente em duas partes. Na primeira delas, procuramos analisar o dispositivo, expressando nossa posição sobre a norma e expondo as interpretações doutrinárias constantes das Jornadas de Direito Civil, de Direito Processual Civil e de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal. Na segunda parte, comentamos os julgados emblemáticos a respeito do dispositivo, em uma visão crítica e dialogal com as Cortes brasileiras. Ademais,

a obra está acompanhada de um Código Civil Comentado Interativo, em que serão postadas aulas, complementos, esquemas explicativos e outros conteúdos de atualização. Desse modo, o livro não ficará desatualizado ano a ano, e será possível uma constante interação nossa com vocês, leitores. Cada autor terá uma seção específica nesse projeto digital, ou seja, sua sala própria. As instruções de acesso estão em uma das contracapas da obra. Uma boa leitura e bons estudos. Os Autores

[Compre agora e leia](#)



João Batista Lazzari • Carlos Alberto Pereira de Castro  
Daniel Machado da Rocha • Gisele Kravchychyn

# Comentários à **REFORMA DA PREVIDÊNCIA**



# Comentários à Reforma da Previdência

Lazzari, João Batista Et Al.

9788530988432

296 páginas

[Compre agora e leia](#)

Esta obra de comentários à Emenda Constitucional nº 103/2019 contempla a análise das alterações ocorridas nos Regimes de Previdência Social dos trabalhadores da iniciativa privada e dos servidores públicos atingidos pela Reforma, com o objetivo de facilitar a compreensão das inovações quanto às novas regras permanentes e de transição para a concessão dos benefícios. Compreende abordagens críticas sobre os novos requisitos de acesso às aposentadorias, à contagem do tempo trabalhado, à pensão por morte, à acumulação de benefícios e às alíquotas contributivas.

[Compre agora e leia](#)

Luiz Antonio Scavone Junior

# DIREITO IMOBILIÁRIO

Teoria e Prática

Inclui MATERIAL  
SUPLEMENTAR

- Modelos de peças e  
contratos editáveis  
para o Word
- Legislação selecionada



15<sup>ª</sup>  
edição

revisão  
atualizada  
e reformulada



# Direito Imobiliário

Scavone Jr., Luiz Antonio

9788530988548

1680 páginas

[Compre agora e leia](#)

Trata-se de obra de grande atualidade, que focaliza os problemas imobiliários com acuidade e coragem, pois o autor, com a experiência de quem milita na área, traz questões e debate temas oferecendo soluções novas que fogem do tradicionalismo. Apresenta ao leitor uma visão especializada do Direito Imobiliário voltado para a prática, sem perder de vista os aspectos doutrinários e jurisprudenciais relevantes, expostos com a necessária profundidade, e a legislação que rege a matéria. Em uma única obra, o autor reuniu diversos temas – como compra e venda, direitos reais, vizinhança, condomínio, locações, parcelamento do solo urbano, contratos –, inclusive os aspectos que envolvem os financiamentos imobiliários, sempre acompanhados de modelos práticos, tais como: Propriedade, Direitos Reais e Registros – ações de retificação de área, reivindicatória, desapropriação, suprimimento de outorga para alienação de bem, pedido de providências e arguição de incidente de falsidade. Cuidados na Compra de Imóveis – ação pauliana, embargos de terceiro e relação das certidões necessárias na compra do imóvel. Vizinhança – ações de dano infecto, nunciação de obra nova e demarcação. Locação de Imóveis Urbanos –

notificações, ações de despejo, renovatória, de consignação em pagamento e de chaves, revisional, exoneração de fiança, execução e adjudicação. Negócios Jurídicos Imobiliários – incorporação, convenção condominial, notificações, ações de resolução contratual por inadimplemento, arras ou sinal e contratos imobiliários, corretagem, alienação fiduciária, adjudicação compulsória, execução, imissão de posse, redibitória, obrigação de fazer, indenização em face da construtora, repetição de indébito, revisão de contratos imobiliários e anulatória de leilão. Condomínio – ações de cobrança de débitos condominiais, monitória, de divisão de terras, extinção de condomínio e contestação. Posse e suas consequências – ações de reintegração de posse, manutenção de posse, interdito proibitório e usucapião. Contratos – contratos de compra e venda, locação, empreitada e alienação fiduciária.

[Compre agora e leia](#)