
ORLANDO
GOMES

ATUALIZADORES
EDVALDO BRITO
REGINALDA PARANHOS DE BRITO

CONTRATOS

Coordenador
Edvaldo Brito

27ª Edição | Revista e Atualizada



CONTRATOS



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

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.

ORLANDO
GOMES

ATUALIZADORES
EDVALDO BRITO
REGINALDA PARANHOS DE BRITO

CONTRATOS

Coordenador
Edvaldo Brito

27ª Edição | Revista e Atualizada



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.
- Nas obras em que há material suplementar *on-line*, o acesso a esse material será disponibilizado somente durante a vigência da respectiva edição. Não obstante, a editora poderá franquear o acesso a ele por mais uma edição.
- Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2019 by

EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (21) 3543-0770 – Fax: (21) 3543-0896

faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).
Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).
- Capa: Fabricio Vale dos Santos
- Produção digital: Ozone
- Data de fechamento: 03.04.2019

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

G615c

Gomes, Orlando

Contratos / Orlando Gomes; atualizadores Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de Brito. – 27. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-309-8672-8

1. Direito civil – Brasil. 2. Obrigações (Direito). 3. Direito reais – Brasil. I. Brito, Edvaldo. II. Brito, Reginalda Paranhos de. III. Título.

19-56391

CDU: 347(81)

Vanessa Mafra Xavier Salgado – Bibliotecária – CRB-7/6644

OBRAS DO AUTOR

1. *O Estado e o Indivíduo*
Gráfica Popular, Bahia, 1933 (esgotada)
2. *A Convenção Coletiva de Trabalho*
Gráfica Popular, Bahia, 1936 (esgotada)
3. *Direito do Trabalho (Ensaio)*
Liv. Progresso, Bahia, 1941; 3ª edição, 1954
4. *Introdução ao Direito do Trabalho*
Rio, Forense, 1944 (esgotada)
5. *O Salário no Direito Brasileiro*
J. Konfino, Rio, 1947 (esgotada)
6. *Do Reconhecimento dos Filhos Adulterinos*
2 volumes, Rio, Forense, 1952; 2ª edição, 1957, em colaboração com Nelson Carneiro
7. *A Crise do Direito*
São Paulo, Max Limonad, 1957 (esgotada)
8. *Introdução ao Direito Civil*
Rio, Forense, 1957; 8ª edição, 1983
9. *Questões de Direito Civil*
Bahia, Liv. Progresso, 1958; 4ª edição, São Paulo, 1976
10. *Marx e Kelsen*
Salvador, Ed. Universidade da Bahia, 1958; 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2003
11. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*
Bahia, Liv. Progresso, 1958; 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2003
12. *Contratos*
Rio, Forense, 1959; 9ª edição, 1983
13. *Direito Privado, Novos Aspectos*
Rio, Freitas Bastos, 1961
14. *Direito e Desenvolvimento*
Bahia, Ed. Universidade da Bahia, 1961
15. *Anteprojeto de Código Civil*
Imprensa Nacional, 1963; Forense, 1985
16. *Memória Justificativa do Anteprojeto de Reforma do Código Civil*
Imprensa Nacional, 1963
17. *Curso de Direito do Trabalho*
Forense, Rio, 1963; 8ª edição, 1981; 17ª edição, 2005, em coautoria com Élon Gottschalk
18. *A Reforma do Código Civil*
Ed. Universidade da Bahia, 1965

19. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*
São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1966; 2ª edição, 1980
20. *Direito de Família*
Rio, Revista Forense, 1968; 5ª edição, 1983
21. *Sucessões*
Rio, Forense, 1970; 5ª edição, 1984; 12ª edição, 2004
22. *Harengas*
Bahia, 1971
23. *Contrato de Adesão*
São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1972
24. *Questões de Direito do Trabalho*
São Paulo, LTr, 1973
25. *Direitos Reais*
Forense, Rio, 1958; 9ª edição, 1985; 19ª edição, 2004
26. *Alienação Fiduciária em Garantia*
4ª edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1975
27. *O Novo Direito de Família, Cinco Estudos*
Bahia, 1975; 2ª edição, Porto Alegre, Sergio Fabris, 1983
28. *Direito Econômico*
São Paulo, Saraiva, 1977, em colaboração com Antunes Varela
29. *Novas Questões de Direito Civil*
São Paulo, Saraiva, 1979
30. *Escritos Menores*
São Paulo, Saraiva, 1981
31. *Novíssimas Questões de Direito Civil*
São Paulo, Saraiva, 1984
32. *Novos Temas de Direito Civil*
Rio de Janeiro, Forense, 1984
33. *Código Civil: projeto Orlando Gomes*
Rio de Janeiro, Forense, 1985
34. *Questões mais Recentes de Direito Privado: Pareceres*
São Paulo, Saraiva, 1988
35. *Responsabilidade Civil*
Rio de Janeiro, Forense, 2011

SOBRE O AUTOR E OS ATUALIZADORES

Orlando Gomes

Professor Emérito na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Professor Honorário na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Salvador.

Professor Catedrático na Universidade Federal da Bahia.

Doutor *Honoris Causa* na Universidade de Coimbra.

Edvaldo Brito

Professor Emérito da Universidade Federal da Bahia, em cuja Faculdade de Direito leciona no Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado).

Professor Emérito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo), em cuja Faculdade de Direito lecionou Direito das Obrigações de 1992 a 2009.

Doutor e Livre-Docente pela Universidade de São Paulo – USP – em cuja Faculdade de Direito foi aprovado Professor Titular de Direito Civil, em concurso público de títulos de provas.

Advogado na Bahia e em São Paulo.

Reginalda Paranhos de Brito

Professora de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Católica do Salvador.

Mestra pela Universidade Federal da Bahia Advogada na Bahia.

PALAVRAS DOS ATUALIZADORES DA 27ª EDIÇÃO

Entrega-se ao leitor esta 27ª edição totalmente revisada.

A introdução feita na oportunidade da 26ª edição, em 2006, corresponde a uma explicação do coordenador das atualizações das obras quanto à contemporaneidade do autor.

Nessas duas edições, o Coordenador, além de revisar todo o texto do livro, também aumentou os assuntos para compatibilizar o texto com a legislação superveniente.

PALAVRAS INICIAIS À 26ª EDIÇÃO

Entrega-se, aqui, uma das obras mais respeitadas do Professor ORLANDO GOMES, representativa de insuperável contribuição à literatura jurídica do direito privado brasileiro.

Observa-se que, das novidades introduzidas pelo texto de 2002, nenhuma deixou de ser antecipada pelo livro que ora se publica em 26ª edição. Assim não lhe escaparam temas trazidos ao novo texto do Código Civil, como: a conversão do contrato nulo (art. 170), exposto no item 157; contrato preliminar (arts. 462 a 466), nos itens 186 e 188; contrato com pessoa a declarar (arts. 467 a 471), no item 131; resolução por onerosidade excessiva (arts. 478 a 480), no item 141; venda com reserva de domínio (arts. 521 a 528), no item 202; venda sobre documentos (arts. 529 a 532), no item 203; contrato estimatório (arts. 534 a 537), no item 185; contrato de agência e distribuição (arts. 710 a 721), nos itens 299 a 306 e 307 a 311; contrato de corretagem (arts. 722 a 729), nos itens 312 a 317; contrato de transporte (arts. 730 a 742), nos itens 238 a 245.

Isto demonstra a criatividade de ORLANDO GOMES, que não se limita a comentar o Direito Positivo brasileiro, nem a citações da jurisprudência, como se não coubesse à Doutrina servir de base às decisões dos Tribunais e à elaboração legislativa. O *contrato com pessoa a declarar* já era, neste livro, anunciado como um pacto que poderia ser adjeto a qualquer contrato (v. o item 131), tal como o legislador brasileiro veio, agora, a consagrá-lo, ao adotar a *categoria* no texto de 2002. No item 136, afirmava o autor que, no Direito pátrio, a regra relativa à cláusula resolutiva não distinguia entre a condição expressa e a tácita; assim é que o legislador de 2002, superando o problema, introduziu o art. 474, que estabelece, doravante, essa distinção, ora registrada nesta edição.

Antes de o legislador brasileiro adotar as *categorias* jurídicas – inclusive as contratuais –, dando-lhes feição de *institutos*, os estudos do autor serviram de norte para a elaboração legislativa. Foi assim quando influenciou modificações no Direito de Família (reconhecimento dos *filhos adulterinos*) e de propriedade (extinção da *enfiteuse*) ou quando emprestou as suas idéias ao espírito antiindividualista e à diretriz da socialidade que plasmaram o novo texto do Código Civil (2002), tal como o afirmou MIGUEL REALE,¹ Presidente da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil (texto 2002).

No campo dos contratos, verifica-se, pelo rol de novidades feito *supra*, que ele se antecipou ao Código (texto de 2002). Desde que escreveu a 1ª edição de *A crise do direito*, nos primeiros anos da década de 40,² do século passado, defende a *eticidade* como fundamento do Direito Civil. Lá já se arrimava no que chamou de *conceitos amortecedores* para emprestá-los à interpretação das normas desse campo jurídico: a noção de *boa-fé*, a teoria do *abuso de direito*, a *noção objetiva de causa* foram, sempre, parte da ideologia desse ilustre jurista, para quem o contrato, no século XIX – dogma da expressão da *liberdade individual*, sob a forma do princípio absoluto da autonomia da vontade –, foi o instrumento ideal do sistema econômico capitalista e, por isso, ele aplaudiu o franco declínio dessa *liberdade* hoje limitada, dando lugar ao equilíbrio contratual, à interferência do Estado na vida econômica, especialmente em face do aparecimento de fenômenos ligados à técnica de formação dos contratos em um mundo que opta pela regulação coletiva, no lugar da formação do contrato tradicional.³ Pena é a timidez do legislador de 2002, quando regula, ainda, essa formação como se o mundo não estivesse vivendo a era da Internet, na qual um *download* forma um contrato em fração de segundos, pondo em crise a noção de *contratos entre ausentes e entre presentes* que o texto de 2002 teima em disciplinar, tradicionalmente. E o que dizer das conquistas tecnológicas no campo das provas, diante de um mísero dispositivo referindo-se, timidamente, a reproduções mecânicas ou eletrônicas, quando o mundo inteiro já trabalha com assinatura eletrônica, *e-mail* e tantas outras conquistas da tecnologia.

O direito dos contratos, nesse texto de 2002, deixa, ainda, a desejar, quando nele se esquece o legislador de que existem muitos desses negócios que nascem sem declaração de vontade. LARENZ⁴ estuda, há muito tempo, os

novos modos de sua *conclusão*, mostrando que há negócios sem declaração de vontade, decorrentes de uma simples *atuação da vontade*, outros decorrentes de uma *conduta social típica*, ainda que se possa discordar desse autor, considerando-se que, bem examinadas as hipóteses por ele formuladas, identifica-se a existência de declaração de vontade por um modo próprio; contudo, não se há de concordar, com o nosso legislador, quando ignorou tais situações que nos surpreendem nos estacionamentos de veículos automotores dos supermercados e dos *shopping centers* ou quando ingressamos em um ônibus de transporte urbano ou em um *ferry-boat*. A *atuação da vontade* traduz-se nesses atos de utilização.

Silêncio total no Código, quanto a princípios já chancelados na Constituição, v.g. o da *dignidade da pessoa humana*, verdadeiro *limite* de ordem pública que, certamente, não passará fora da percepção dos juízes, chamados por esse Código a conciliar lides e a labutar com *conceitos jurídicos indeterminados*, tendo de fazerem a sua integração com a Lei Maior do nosso sistema piramidal do ordenamento jurídico.

Uma palavra não se dá, nesse texto do Código Civil de 2002, de referência aos contratos atraídos de outros sistemas jurídicos, confirmando uma verdadeira *Lex Mercatoria*, para disciplinar relações travadas no mundo de *globalização* econômica, arrolados, neste livro, a partir do item 384. Estes contratos são celebrados, diuturnamente, entre nós. Nem se argumente com a permissão para celebração de contratos atípicos, porque eles não o são, considerando que têm esquema próprio no sistema jurídico de origem. O contrato de *leasing*, aqui, fala-se de um tal arrendamento mercantil; o de *franchising*, nós o temos como de franquia, sem, contudo, guardar-lhe fidelidade ao tipo. Importamos tecnologia, mas não temos a disciplina jurídica do esquema específico do *know-how*.

Reclama-se, pois, uma *teoria geral do contrato*, inexistente nas *disposições gerais* trazidas por esse novo texto, porque há *transformações*, apostas no contrato tradicional, que exigem a aplicação das seguintes recomendações de ORLANDO GOMES:⁵ “Na lição de insigne autor italiano, três razões justificam a existência de uma *teoria geral do contrato*. A primeira é a existência de princípios comuns a todos os contratos; a existência de um modelo geral e abstrato a que se ajustam os diversos tipos. É que, ao lado dos princípios comuns a todos os contratos, há princípios comuns apenas a um grupo de contratos ou uma categoria contratual. A terceira razão que justifica uma *teoria geral do contrato* é a proliferação de contratos inominados ou atípicos, isto é, de contratos sem disciplina particular, que não estão previstos na lei, como estão, por exemplo, a compra e venda, a locação, a fiança ou o depósito. Faltando-lhes, como lhes falta, esquema legal, há necessidade de princípios e regras gerais que possam ser-lhes aplicadas.”

Este livro, originariamente, continha um capítulo, o de nº 36, onde se estudava a *Gestão de Negócios*, porque essa *categoria*, no sistema do Código de 1916, era arrolada como uma das espécies de contrato (arts. 1.331 a 1.345). O atual enquadra-o como uma das *fontes mediatas* da obrigação, ao lado da *promessa de recompensa*, do *pagamento indevido* e do *enriquecimento sem causa*. Assim, o texto desse capítulo foi transferido para o livro *Obrigações*, do autor, constituindo-se, aí, no capítulo nº 26.

Outro tema, que migrou daqui para lá, é o das *arras*. O sistema de 1916 disciplinava-as entre as *disposições gerais dos contratos* (arts. 1.094 a 1.097); o de 2002, com alterações significativas, incorporando idéias de ORLANDO GOMES, insere-as entre os efeitos do inadimplemento das obrigações, ainda que inexista unanimidade doutrinária quanto a esta forma de enquadramento. Este novo regime jurídico forçou, também, a transferência do tema para o livro *Obrigações* (item 122a), retirando-o deste, que cuida, apenas, de uma das *fontes* das obrigações, o *contrato*.

Ambos os textos, por não estarem superados, não constituem, pois, apêndice desta obra, porque estão vivos no local onde passaram a expressar a opção do legislador de 2002.

Neste momento, em que se oferece ao leitor uma obra de um autor clássico, mas elaborada adiante do seu tempo, acompanhada de uma primorosa atualização, feita por um dos mais respeitados civilistas do país, o ilustre Professor Doutor ANTONIO JUNQUEIRA AZEVEDO, este Coordenador da Comissão de Atualizadores, a qual realiza este trabalho de adaptação desses livros ao novo texto do Código, não poderia introduzi-lo sem fazer estes registros e essa conciliação no texto de todas as obras de ORLANDO GOMES submetidas a esse processo plural de revisão.

Salvador, 07 de dezembro de 2006

Data dos 97 anos do nascimento do Professor Orlando Gomes

Edvaldo Brito

Coordenador

-
- ¹ Cf. MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*/Judith Martins-Costa e Gerson Branco. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 92.
- ² Cf. 2ª ed., Max Limonad, 1957.
- ³ Cf. GOMES, Orlando. “Inovações na teoria geral do contrato”, in GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983, pp. 90 e segs.
- ⁴ Cf. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, version española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, tomo I, pp. 58-64.
- ⁵ Cf. *Inovações [...]*, cit., p. 91.

APRESENTAÇÃO DA 13ª EDIÇÃO

A obra do Professor Orlando Gomes é, sem sombra de dúvida, um clássico da literatura brasileira sobre Direito Civil.

Após o falecimento do autor, no entanto, o Direito Positivo nacional tem sofrido constantes impactos, principalmente em razão da legislação extravagante que se sucedeu à nova Constituição de 1988, com significativos reflexos sobre antigas e tradicionais posições doutrinárias e jurisprudenciais.

Confiou-se, à vista disso, ao Prof. Humberto Theodoro Júnior a tarefa de anotar e atualizar o legado jurídico deixado pelo notável civilista baiano.

A 13ª edição do presente volume é o fruto do aludido trabalho de que se desincumbiu com o propósito de respeitar integralmente o texto original. Por isso, as referências atualizadoras, de responsabilidade do Professor Theodoro, foram colocadas, em tipologia diferente da utilizada no texto, sob o título “Nota”, geralmente ao final do tópico respectivo. Algumas vezes, quando a matéria, no original, constava de nota de rodapé, a atualização se fez em seqüência ao próprio texto da nota primitiva.

Destarte, tornou-se possível não só preservar, com toda fidelidade, o pensamento do autor, como compatibilizá-lo com a inevitável mutação do Direito Positivo.

Os Editores

Rio de Janeiro, 1994

PREFÁCIO DA 12ª EDIÇÃO

A renovação da dogmática do Direito Privado vem se operando sob o influxo de reformas sociais que estão suscitando a modificação e o enriquecimento do seu conteúdo tradicional.

A concepção que recusa força jurídica criadora ou reformadora aos valores metajurídicos e às conveniências econômicas ou sociais, retira-se em uma advertência de Windscheid de que as considerações éticas, políticas ou econômicas não constituem assunto do jurista como tal.

Essa filosofia reflete as exigências de uma época sobre a qual o juízo histórico a respeito de seu espírito está definitivamente feito, em termos de condenação, para uns, ou de superação, para outros.

A expressão maior dessa filosofia, no seu obsessivo propósito de organizar um sistema dogmático completo de Direito Privado, encontra-se nas Pandectas elaboradas por juristas germânicos do século passado, com muito vigor intelectual e notável espírito científico, mas a imagem social dessa doutrina, refletida nos Códigos da primeira metade do século fluente, deixou de corresponder ao ideal de justiça dos nossos dias.

Esses juristas trabalharam para subordinar a vida aos conceitos e dobrar a realidade social a princípios deduzidos sob a forma sistemática de imperativos lógicos, logrando êxito nessa tentativa enquanto correspondiam aos fundamentos éticos e culturais da sociedade da qual, em derradeira análise, se extraíram.

O prestígio dessa escola começou a decair a partir do momento em que novas necessidades sociais e distintos valores estouraram seus burilados conceitos.

Não obstante o fascínio que ainda exercem, em certos circuitos acadêmicos, de mentalidade mais arejada, reclama a necessidade revê-los, ao compreenderem que não conseguem preservá-los, sequer os expedientes e facções imaginados para a sua sobrevivência.

Poucos entre nós libertaram-se da influência do *positivismo científico*. A maioria permanece aferrada ao método e aos conceitos pandectistas, a logicar como se o processo histórico se houvesse encerrado no século XIX.

Não perceberam o enriquecimento do Direito Civil, proveniente, segundo Nicoló, do fenômeno de erosão intrínseca de seus princípios, cujo processo se desenvolve no sentido da imposição de novas limitações à liberdade de ação individual, sob formas dantes desconhecidas, consistentes, assim, na restrição legal da liberdade de escolher os fins da atuação, como na determinação do comportamento, que passou a se condicionar ao interesse coletivo.

As transformações envolvem a autonomia privada, pedra angular do sistema civilístico e o próprio conceito de negócio jurídico se deteriora, dos quais desfi-guram-no novas categorias contratuais, como os contratos coativos, normativos, coletivos e de adesão.

Em divergência com a doutrina assente, insinuam-se novas construções jurídicas, como as que advogam, na conceituação do negócio jurídico, a substituição da teoria da vontade pela da confiança ou da auto-responsabilidade, a de intervenção do juiz na economia do contrato, quer através de sentença normativa, quer com fundamento na doutrina da imprevisão, e a que proclama a existência de contratos de fato, a do respeito aos efeitos jurídicos aparentes, a que atribui eficácia externa à vinculação fiduciária, a que admite a existência de comunhão orgânica de interesses, a de substituição do controle material da relação jurídica pelo controle simplesmente formal, a do abuso de direito e tantas outras, que alteraram consideravelmente a dogmática do Direito Contratual nos traços riscados pela ciência das Pandectas.

Passa também por importantes modificações a teoria geral das obrigações, que se verificam no próprio conceito da relação obrigacional; que atingem a inexecução contratual, enriquecida pela noção de inadimplemento positivo, assim como pela de perturbações da prestação; reintroduz-se, com aspectos publicísticos, a lesão; altera-se a noção de dano, admite-se a impossibilidade econômica como causa da exoneração da responsabilidade; aceita-se a teoria das bases do negócio jurídico; e se consolida o conceito de dívida de valor.

Posto não estejam cristalizados ainda, alguns desses conceitos e construções constituem tentativas de substituição de uma dogmática reconhecidamente decadente, não podendo o jurista moderno ignorá-los.

A crítica de noções consagradas tem aberto novos horizontes promissores, posto que, em certos pontos, mais não tenha feito do que fortificar posições tradicionais.

Perpassa, em suma, no Direito Privado, em seu método e fundamentos, mas, principalmente, nas suas diretrizes e bases ético-sociais e ideológicas, irresistível sopro de renovação que areja, há algum tempo, a própria legislação surgida à margem do Código Civil, a atestar que está a se transformar.

Na exposição da matéria compreendida neste volume, procura-se atender ao significado dessa evolução.

Em duas partes acha-se dividida. Discorre-se, na primeira, a respeito da doutrina geral do contrato; analisam-se, na segunda, os contratos típicos.

Deduzidos os princípios comuns aos diversos contratos, assinala-se a sua crise, particularizando-se transformações ocorridas nos capítulos atinentes aos efeitos que produzem, à sua circulação, aos contratos ilícitos e aos preliminares, bem como ao de adesão, assim designadas as condições gerais de contrato.

Na parte dos contratos em espécie, o de transporte, o de comissão, o de representação comercial, o de corretagem, o de fornecimento, o estimatório, os contratos bancários, o de incorporação imobiliária e o de *concessão comercial ou distribuição*, dando-se maior desenvolvimento ao tratamento da compra e venda, da locação, da sociedade e do seguro, sem sacrifício da intencional feição didática da obra. Incluem-se ainda novas figuras contratuais, como a *alienação fiduciária em garantia*, o *leasing*, o contrato de *know-how*, o *franchising*, o *engineering*, o *factoring* e o *seguro de crédito*, recentemente introduzidas na prática dos negócios, algumas ainda sem disciplina própria e até sem denominação vernácula.

Conserva o compêndio a preocupação da clareza pedagógica. Obsessivamente. O autor, tal como Vicente Ráo, está advertido de que a clareza tem o defeito de fazer parecer superficial, mas, do mesmo modo que ele não infere, desse aviso, a conveniência de ser obscuro para parecer mais profundo.

Bahia, 1979

O Autor

PALAVRAS DO COORDENADOR DA EQUIPE DE ATUALIZADORES

A Editora Forense e a Família do Professor Orlando Gomes (os filhos Marcelo, Maurício, Márcio e Marco Antônio – o primeiro presidente e os demais conselheiros da *Fundação Orlando Gomes*) incumbiram-me de coordenar a *Comissão de Atualizadores* (Professores: Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito – *Introdução ao Direito Civil*; Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito – *Contratos*; Luiz Edson Fachin – *Direitos Reais*; ; Mario Roberto Carvalho de Faria – *Sucessões*; Edvaldo Brito – *Obrigações e Responsabilidade Civil*); *Direito de Família*.

O critério de escolha dos integrantes dessa *Comissão* está informado por dois pré-requisitos de igual nível: a) o respeito do atualizador pela memória do Professor Orlando Gomes e b) a competência arrimada pela inteligência e cultura do atualizador, neste caso, à exclusão deste coordenador.

As regras para a atualização consistem em:

Guardar a uniformidade do estilo de atualizações; elaborar uma introdução que ofereça uma visão de conjunto da obra atualizada e da atualização, em si; guardar, na atualização, o mérito do pensamento da obra, seguindo a seqüência na qual ele está vazado, vedadas, assim, as confrontações de pensamento divergente do atualizador; colocar a sigla RA (Revisão do Atualizador) nos trechos objeto do trabalho do atualizador; excluir os trechos totalmente superados, substituindo-os por texto de autoria do atualizador e transferindo-o para um apêndice (os textos do Professor Orlando Gomes suprimidos da obra irão para um apêndice ao final de cada volume); acrescentar, em nota de rodapé e nas referências bibliográficas, nomes de obras e autores consultados para realização do trabalho de atualização.

O Professor Antônio Junqueira Azevedo ficou incumbido de atualizar a 26ª edição e cumpriu todas essas regras com insuperável conhecimento e admirável dedicação, inclusive pelo seu declarado respeito a Orlando Gomes, cuja memória, com esta atualização, ajuda a preservar.

Ao ilustre Professor Junqueira, os agradecimentos da Editora, da Família Gomes e deste subscritor.

Salvador, 07 de dezembro de 2006

Data dos 97 anos do nascimento do Professor Orlando Gomes

Edvaldo Brito

Coordenador

ÍNDICE ANALÍTICO DAS MATÉRIAS

PARTE I **Teoria Geral dos Contratos**

Capítulo 1 **INTRODUÇÃO**

1. Conceito de contrato
2. Formação histórica e pressupostos ideológicos
3. O contrato no Direito contemporâneo
4. O contrato no Direito das Obrigações
5. Concepções de contrato
6. O contrato como norma
7. O contrato em novo contexto
8. A declaração de vontade dos contratantes
9. Aspecto material e documentação do contrato
10. Significado do contrato
11. Função econômica do contrato

Capítulo 2 **PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO REGIME CONTRATUAL**

12. Princípios gerais
13. Princípio da autonomia da vontade
14. Limitações à liberdade de contratar
15. Derrogações e mutilações
16. Limitação à liberdade de modificar o esquema legal do contrato
17. Processos técnicos para coibir abusos
18. O princípio do consensualismo
19. Princípio da força obrigatória
20. Teoria da imprevisão
21. Princípio da boa-fé
22. Princípio da relatividade dos efeitos dos contratos
- [23. Princípio do equilíbrio econômico]

[24. Princípio da função social do contrato]

Capítulo 3

PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DO CONTRATO

25. Distinção entre pressupostos e requisitos
26. Capacidade das partes
27. Idoneidade do objeto
28. Legitimação
29. Consentimento
30. Classificação das declarações
31. Modos de consentir
32. Consentimento pelo silêncio
33. Declaração direta e indireta
34. Consentimento expresso e tácito
35. Forma
36. Causa e objeto

Capítulo 4

FORMAÇÃO DO CONTRATO

37. Generalidades
38. A formação de um contrato
39. A proposta
40. Proposta obrigatória
41. Proposta a ausente
42. Caducidade da proposta
43. A aceitação, atos de execução e de apropriação
44. Dissenso
45. Contraproposta
46. Aceitação tardia
47. Retratação
48. Obrigação de aceitar
49. Contratos mediante correspondência
50. Sistemas
51. Lugar da formação do contrato

Capítulo 5

CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

52. Classificação
53. Contratos unilaterais e bilaterais ou sinalagmáticos

54. Importância prática da distinção
55. Contratos onerosos e gratuitos
56. Contratos comutativos e aleatórios
57. Contratos consensuais e reais
58. Contratos solenes e não solenes
59. Contratos principais e acessórios
60. Contratos instantâneos e contratos de duração
61. Contratos de execução imediata e de execução diferida
62. Contratos típicos e atípicos
63. Contratos pessoais ou *intuitu personae* e contratos impessoais
64. Contratos *civis* e *mercantis*
65. Contratos individuais, coletivos e normativos
66. Autocontrato
67. Classificação pela função econômica

Capítulo 6 **CONTRATOS BILATERAIS OU SINALAGMÁTICOS**

68. Particularidades
69. *A exceptio non adimpleti contractus*
70. Vícios redibitórios
71. Fundamento da garantia
72. Ações edilícias
73. Evicção
74. Condição resolutiva tácita

Capítulo 7 **CONTRATOS ATÍPICOS E CONTRATOS COLIGADOS**

75. Atipicidade
76. Terminologia
77. Divisão dos contratos atípicos
78. Contratos mistos e coligados
79. Classificação dos contratos mistos
80. Disciplina jurídica
81. Espécies e critérios distintivos

Capítulo 8 **CONTRATOS DE ADESÃO**

82. Generalidades
83. Modo de formação

- 84. Caracterização
- 85. Posição do legislador
- 86. Natureza jurídica
- 87. Interpretação do contrato de adesão
- 88. Contrato-tipo

Capítulo 9
CONTRATOS POR TEMPO DETERMINADO E INDETERMINADO

- 89. Influência do termo e da condição nos contratos
- 90. Contrato por tempo indeterminado
- 91. Contrato por tempo determinado
- 92. Interesse prático da distinção
- 93. Prorrogação do contrato
- 94. Recondução expressa
- 95. Recondução tácita

Capítulo 10
CONTRATO PRELIMINAR

- 96. Justificação doutrinal
- 97. Natureza
- 98. Modalidades de pré-contrato
- 99. Pressupostos e requisitos
- 100. Eficácia
- 101. Extinção

Capítulo 11
CONTRATOS DERIVADOS

- 102. Noção
- 103. Distinção entre contrato derivado e contrato cedido
- 104. Função do contrato derivado
- 105. Pressupostos
- 106. Quando pode ser estipulado
- 107. Efeitos
- 108. Contrato derivado especial

Capítulo 12
CIRCULAÇÃO DOS CONTRATOS [CESSÃO DE POSIÇÃO CONTRATUAL]

- 109. A cessão de contrato
- 110. Natureza
- 111. Requisitos

- 112. Espécies
- 113. Formas
- 114. Formação
- 115. Objeto
- 116. Efeitos
- 117. Casos

Capítulo 13

CONTRATOS ILÍCITOS

- 118. Contratos ilícitos
- 119. Classificação dos contratos ilícitos
- 120. Contrato ilegal
- 121. Contrato proibido
- 122. Contrato imoral
- 123. Contratos usurários
- 124. Contrato fraudulento
- 125. Contrato sob condição ilícita

Capítulo 14

EFEITOS DO CONTRATO

- 126. Princípios gerais
- 127. Princípio da irretratabilidade
- 128. Princípio da intangibilidade
- 129. Princípio da relatividade quanto às pessoas
- 130. Estipulação em favor de terceiro
- [131. Contrato com pessoa a designar]
- 132. Princípio da relatividade quanto ao objeto

Capítulo 15

RESOLUÇÃO [E REVISÃO] DOS CONTRATOS

- 133. Generalidades
- 134. Distinções preliminares
- 135. Resolução
- 136. Cláusula resolutiva tácita
- 137. Pacto comissório expresso
- 138. Efeitos da resolução por inexecução voluntária
- 139. Resolução por inexecução involuntária
- 140. Efeitos da resolução por inexecução involuntária
- 141. Resolução [e revisão] por onerosidade excessiva

142. Resolução, anulação e nulidade relativa

Capítulo 16 **RESILIÇÃO E RESCISÃO DOS CONTRATOS**

143. Conceito

144. Distrato

145. Resilição unilateral

146. Resilição unilateral dos contratos por tempo indeterminado

147. *Jus poenitendi*

148. Revogação, renúncia e resgate

149. Efeitos da resilição

150. Rescisão

151. Cessação

Capítulo 17 **INVALIDIDADE E INEFICÁCIA DOS CONTRATOS**

152. Invalidade e ineficácia

153. Inexistência, nulidade e anulabilidade

154. Distinção entre contratos nulos e anuláveis

155. Legitimação

156. Convalescença

157. Conversão do contrato nulo

158. Ineficácia em sentido restrito

Capítulo 18 **INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS**

159. Conceito e função

160. Interpretação da lei e interpretação do contrato

161. Tipos de interpretação

162. Interpretação subjetiva

163. Interpretação objetiva

164. Usos interpretativos

PARTE II **Contratos em Espécie**

Capítulo 19 **DOAÇÃO**

165. Generalidades

166. Natureza

- 167. Elementos característicos
- 168. Pressupostos e requisitos
- 169. Espécies
- 170. Conteúdo
- 171. Invalidade
- 172. Revogação

Capítulo 20

COMPRA E VENDA

- 173. Generalidades
- 174. Caracterização
- 175. Distinções
- 176. Eficácia do contrato
- 177. Capacidade e legitimação
- 178. Elementos essenciais
- 179. A coisa
- 180. O preço
- 181. Vendas aleatórias
- 182. Obrigações do vendedor e do comprador
- 183. Riscos
- 184. Modalidades especiais de venda
- 185. Contrato de fornecimento e contratos de bolsa

Capítulo 20-A

CONTRATO ESTIMATÓRIO

Capítulo 21

PROMESSA E COMPROMISSO DE VENDA

- 186. Promessa de venda e contrato preliminar
- 187. Promessa unilateral e opção
- 188. Contrato preliminar de compra e venda
- 189. Compromisso de venda
- 190. Natureza
- 191. Capacidade das partes e forma
- 192. Execução
- 193. Regime legal
- 194. Compromisso de venda de imóveis não loteados
- 195. Extinção do compromisso

Capítulo 22
PACTOS ADJETOS À COMPRA E VENDA

- 196. Cláusulas especiais
- 197. Retrovenda
- 198. Venda a contento
- 199. Preempção
- 200. Pacto de melhor comprador
- 201. Pacto comissório
- 202. Venda com reserva de domínio
- 203. Modalidades particulares de venda

Capítulo 23
TROCA OU PERMUTA

- 204. Generalidades
- 205. Qualificação
- 206. Caracterização
- 207. Objeto
- 208. Disposições comuns à troca e à compra e venda
- 209. Disposições próprias da troca

Capítulo 24
LOCAÇÃO

- 210. Generalidades
- 211. Conceito e caracteres
- 212. Natureza
- 213. Objeto
- 214. Modalidades
- 215. Obrigações do locador e do locatário
- 216. Sanções
- 217. Duração
- 218. Riscos
- 219. Cessação
- 220. Locação para fins comerciais ou industriais
- 221. Cessão e sublocação
- 222. Despejo

Capítulo 25
CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

- 223. Sistematização

- 224. Contrato de prestação de serviços *stricto sensu*
- 225. Contrato de trabalho eventual
- 226. Contrato de trabalho desinteressado
- 227. Contrato de trabalho doméstico
- 228. Formas especiais de trabalho

Capítulo 26 EMPREITADA

- 229. Generalidades
- 230. Distinções
- 231. Caracteres
- 232. Espécies
- 233. Conteúdo
- 234. Responsabilidade das partes
- 235. Riscos
- 236. Extinção
- 237. Subempreitada

Capítulo 27 TRANSPORTE

- 238. Generalidades
- 239. Formação do contrato
- 240. Natureza
- 241. Transporte de coisas
- 242. Responsabilidade do transportador
- 243. Conhecimento
- 244. Transporte de pessoas
- 245. Obrigação de segurança

Capítulo 28 EMPRÉSTIMO

- 246. Generalidades
- 247. Comodato
- 248. Caracteres
- 249. Objeto
- 250. Conteúdo
- 251. Riscos
- 252. Extinção
- 253. Mútuo

- 254. Caracteres
- 255. Objeto
- 256. Conteúdo
- 257. Riscos
- 258. Extinção
- 259. Usura
- 260. Títulos de crédito

Capítulo 29 CONTRATOS BANCÁRIOS

- 261. Contratos bancários
- 262. Depósito bancário
- 263. Abertura de crédito
- 264. Desconto
- 265. Contrato de conta corrente
- 266. Crédito confirmado
- 267. Outros contratos. Financiamento. Aceite bancário
- 268. Contratos de custódia ou guarda de valores

Capítulo 30 DEPÓSITO

- 269. Generalidades
- 270. Caracteres
- 271. Objeto
- 272. Espécies
- 273. Conteúdo
- 274. Direitos especiais do depositário
- 275. Riscos
- 276. Depósito irregular
- 277. Extinção
- 278. Prisão do depositário
- 279. Seqüestro
- 280. Depósitos especiais

Capítulo 31 MANDATO

- 281. Generalidades
- 282. Conceito e caracteres
- 283. Sujeitos e objetos

- 284. Espécies
- 285. Conteúdo
- 286. Extinção
- 287. A procuração
- 288. Substabelecimento
- 289. Procuração em causa própria e procuração irrevogável

Capítulo 32

COMISSÃO

- 290. Conceito e distinções
- 291. Representação imperfeita
- 292. Disciplina legal do contrato
- 293. Objeto
- 294. Direitos e obrigações do comissário
- 295. Responsabilidade do comissário
- 296. Contrato do comissário consigo mesmo
- 297. Direitos e obrigações do comitente
- 298. Comissão *del credere*

Capítulo 33

CONTRATO DE AGÊNCIA OU REPRESENTAÇÃO COMERCIAL

- 299. Elementos configurativos
- 300. Figuras características
- 301. Qualificação profissional do agente
- 302. Agentes, viajantes e praticistas
- 303. Cláusula de exclusividade
- 304. Obrigações e direitos do agente
- 305. Direito à retribuição
- 306. Resilição do contrato

Capítulo 34

CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

- 307. Agenciamento e distribuição
- 308. Caracterização
- 309. Conteúdo. Obrigações do concedente
- 310. Obrigações do concessionário
- 311. Extinção

Capítulo 35

CORRETAGEM OU MEDIAÇÃO

- 312. Generalidades
- 313. Natureza do contrato
- 314. Direitos do corretor
- 315. Obrigações e responsabilidades do corretor
- 316. Extinção do contrato
- 317. Formas particulares de mediação

Capítulo 36 **SOCIEDADE**

- 318. Natureza
- 319. Distinções preliminares
- 320. Conceito e caracteres
- 321. Elementos, pressupostos e requisitos
- 322. Espécies
- 323. Direitos e obrigações dos sócios
- 324. Administração da sociedade
- 325. Dissolução e liquidação
- 326. Associação
- 327. Sociedades

Capítulo 37 **EDIÇÃO E REPRESENTAÇÃO DRAMÁTICA**

- 328. Generalidades
- 329. Caracteres
- 330. Conteúdo
- 331. Extinção
- 332. Representação dramática

Capítulo 38 **CONSTITUIÇÃO DE RENDA**

- 333. Generalidades
- 334. Caracteres e traços distintivos
- 335. Partes
- 336. Modos de constituição
- 337. Conteúdo
- 338. Extinção

Capítulo 39 **SEGURO**

- 339. Localização

- 340. Generalidades
- 341. Espécies de seguro
- 342. Apólice
- 343. Seguro de danos
- 344. Seguro de [pessoa], conceito e particularidades
- 345. Partes
- 346. Pressupostos e requisitos
- 347. Estrutura e formação do contrato
- 348. Conteúdo
- 349. Apólice de seguro de vida
- 350. Designação de beneficiário
- 351. Tipos fundamentais
- 352. Extinção do contrato
- 353. Contrato de capitalização

Capítulo 40 **JOGO E APOSTA**

- 354. Generalidades
- 355. Distinção entre jogo e aposta
- 356. Distinção entre as várias espécies de jogos
- 357. Jogos proibidos
- 358. Jogos tolerados e jogos autorizados
- 359. Mútuo para jogo
- 360. Contratos diferenciais
- 361. Competições esportivas
- 362. Sorteio

Capítulo 41 **FIANÇA**

- 363. Generalidades
- 364. Caracteres
- 365. Pressupostos e requisitos
- 366. Efeitos
- 367. Extinção

Capítulo 42 **TRANSAÇÃO**

- 368. Generalidades
- 369. Conceito e caracteres

- 370. Pressupostos e requisitos
- 371. Espécies
- 372. Efeitos
- 373. Invalidez

Capítulo 43

CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

- 374. Generalidades
- 375. Estrutura
- 376. Objeto
- 377. Caracteres
- 378. Natureza
- 379. Formação
- 380. Obrigações legais
- 381. Obrigações contratuais
- 382. Sanções
- 383. Extinção

Capítulo 44

NOVAS FIGURAS CONTRATUAIS

- 384. Enunciação
 - 385. Alienação fiduciária em garantia
 - 386. *Leasing* (arrendamento mercantil)
 - 387. *Know-how*
 - 388. *Franchising*
 - 389. *Engineering*
 - 390. *Factoring*
 - 391. Seguro de crédito
 - 392. Contratos na informática
 - 393. Contrato de viagem turística
 - 394. Cartões de crédito
 - 395. Outros contratos
- Bibliografia

PARTE I

TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

Capítulo 1

INTRODUÇÃO

Sumário: 1. Conceito de contrato. 2. Formação histórica e pressupostos ideológicos. 3. O contrato no Direito contemporâneo. 4. O contrato no Direito das Obrigações. 5. Concepções de contrato. 6. O contrato como norma. 7. O contrato em novo contexto. 8. A declaração de vontade dos contratantes. 9. Aspecto material e documentação do contrato. 10. Significado do contrato. 11. Função econômica do contrato.

1. Conceito de contrato. A renovação dos estudos jurídicos e a convicção crescente da necessidade de completá-los com os subsídios de outras ciências humanas, notadamente a Sociologia, a Política e a Economia, induzem tratamento novo dos institutos jurídicos tradicionais que distinguem o Direito Privado, dentre os quais o *contrato*. Tanto significaria o abandono da *posição* manualística¹ assumida nos compêndios e cursos adotados nas escolas de ensino jurídico, até mesmo os de elaboração mais recente. Justifica-se até certo ponto essa orientação dos autores de tais textos por ser verdadeira a observação de que ainda nos encontramos na época da ciência jurídica que se inicia com Savigny.² O modelo teórico sobre o qual trabalham, sugerido pela disciplina legal codificada, continua a ser, a despeito das alterações que o deformam, aquele traçado pelos expoentes da escola das Pandectas. Não é possível afastá-lo inteiramente numa obra didática, mas cumpre descrevê-lo à luz dos fatos que têm concorrido para a deformação, fazendo, quando menos, *ortopedia* do instituto que se analisa, se a natureza da obra desaconselha tratamento puramente crítico.

O conceito de *contrato* é, conforme o ensinamento dessa escola, o de uma categoria geral e abstrata reduzida à unidade no sistema conceitual, segundo as regras da lógica formal. O *sistema* assemelha-se a uma pirâmide em cujo vértice se encontra um conceito generalíssimo ao qual se reconduzem os restantes conceitos, como outros tantos tipos e subtipos, levando esse método do pensamento formal à *jurisprudência dos conceitos*.³ Na seqüência desse pensamento, Puchta estabelece a conexão lógica dos conceitos como a suprema tarefa do jurista, explicando que, para possuir a *consciência sistemática*, é preciso estar em condições de acompanhar em sentido ascendente e descendente a proveniência de qualquer conceito através de todos os termos médios que participam de sua formação.⁴

A escala na genealogia do conceito de *contrato* sobe ao *negócio jurídico*, [conceito adotado pelo Código Civil,⁵ muito embora sem definição legislativa expressa, daí para o ato jurídico⁶ e, por fim,] para o fato jurídico.

Nessa perspectiva, o *contrato* é uma espécie de *negócio jurídico* que se distingue, na *formação*, por exigir a presença pelo menos de duas *partes*. Contrato é, portanto, *negócio jurídico bilateral*, ou *plurilateral*.

Da conexão entre os dois conceitos, o de contrato e o de negócio jurídico, segue-se que o daquele contém todas as características do outro, por ser um *conceito derivado*. Eis por que as noções comuns a todos os negócios jurídicos, bilaterais ou unilaterais, se estudam na parte geral ou introdutória do Direito Civil⁷ naqueles sistemas, como o nosso, em que os conceitos fundamentais da matéria, a exemplo do Código Civil alemão, são sistematizados em artigos que precedem os livros especiais. Onde o *negócio jurídico* (ato jurídico) não é instituto acolhido no Direito Positivo, a cisão não tem cabimento.

O tratamento do contrato sob esse enfoque não significa, porém, a aceitação do método da jurisprudência dos conceitos. Nem que os institutos jurídicos concentrados em torno do contrato sejam apreciados apenas em função da sua posição na escala de conceitos em que se insere ou de sua base ético-jurídica, mas, sim, de conformidade com o seu fim e com o seu conteúdo lógico, ético, sociológico, político-social.⁸

O contrato e seus tipos esquematizados na lei serão estudados como instrumentos jurídicos para a constituição, transmissão e extinção de direitos na área econômica.

Esta limitação no enfoque não significa desconhecimento de que o conteúdo dos contratos é alimentado também por outras fontes ou que não tenha outras *matrizes*, tais como os *usos normativos*, os *usos interpretativos*, as *cláusulas de estilo*, as normas supletivas, disposições que não se encontram no Código Civil, e as *sentenças judiciais* que integram ou substituem as cláusulas contratuais⁹ como na execução coativa em forma especificante do Código de Processo Civil.

2. Formação histórica e pressupostos ideológicos. O conceito moderno de contrato formou-se em consequência da confluência de diversas correntes de pensamento, dentre as quais: a) a dos canonistas; b) a da escola do Direito Natural.¹⁰

A contribuição dos canonistas consistiu basicamente na relevância que atribuíram, de um lado, ao *consenso*, e, do outro, à *fé jurada*. Em valorizando o consentimento, preconizaram que a vontade é a fonte da obrigação, abrindo caminho para a formulação dos princípios da autonomia da vontade e do consensualismo. A estimação do consenso leva à idéia de que a obrigação deve nascer fundamentalmente de um ato de vontade e que, para criá-lo, é suficiente a sua declaração. O respeito à palavra dada e o dever da veracidade justificam, de outra parte, a necessidade de cumprir as obrigações pactuadas, fosse qual fosse a forma do pacto, tornando necessária a adoção de regras jurídicas que assegurassem a força obrigatória dos contratos, mesmo os nascidos do simples consentimento dos contraentes.

A Escola do Direito Natural, racionalista e individualista, influiu na formação histórica do conceito moderno de contrato ao defender a concepção de que o fundamento racional do nascimento das obrigações se encontrava na vontade livre dos contratantes. Desse juízo, inferiram seus pregoeiros o princípio de que o consentimento basta para obrigar (*solus consensus obligat*). Salienta-se, no particular, a contribuição de Pufendorf, para quem o contrato é um acordo de vontades, expresso ou tácito, que encerra compromisso a ser honrado sobre a base do dever de veracidade, que é de Direito Natural.¹¹ Ressalta-se ainda a influência de Pothier na determinação da função do acordo de vontades como fonte do vínculo jurídico e na aceitação do princípio de que o contrato tem força de lei entre as partes, formulado como norma no Código de Napoleão.

Não é no direito romano que se deve buscar a origem histórica da categoria jurídica que hoje se denomina *contrato*, pois, segundo Bonfante, era um especial vínculo jurídico (*vinculum juris*) em que consistia a obrigação (*obligatio*), dependendo esta, para ser criada, de atos solenes (*nexum, sponsio, stipulatio*). É certo que o conceito sofreu alterações, e outros romanistas, como Riccobono, sustentam que o contrato era o acordo de vontades, gerador de obrigações e ações, ou que na fase pós-clássica já se admitia que a origem das obrigações se encontrava na declaração da vontade das partes.

A moderna concepção do contrato como acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem se esclarece à luz da ideologia individualista dominante na época de sua cristalização e do processo econômico de consolidação do regime capitalista de produção.

O conjunto das idéias então dominantes, nos planos econômico, político e social, constituiu-se em matriz da concepção do *contrato* como *consenso* e da vontade como fonte dos efeitos jurídicos, refletindo-se nessa idealização o contexto individualista do jusnaturalismo, principalmente na superestimação do papel do indivíduo.¹²

O liberalismo econômico, a idéia basilar de que todos são iguais perante a lei e devem ser igualmente tratados, e a concepção de que o mercado de capitais e o mercado de trabalho devem funcionar livremente em condições, todavia, que favorecem a dominação de uma classe sobre a economia considerada em seu conjunto¹³ permitiram fazer-se do *contrato* o instrumento jurídico por excelência da vida econômica.

O processo econômico caracterizado então pelo desenvolvimento das forças produtivas exigia a generalização das *relações de troca* determinando o esforço de abstração que levou à construção da figura do *negócio jurídico* como gênero de que o contrato é a principal espécie. O *contrato* surge como uma categoria que serve a todos os tipos de relações entre sujeitos de direito e a qualquer pessoa independentemente de sua posição ou condição social. Não se levava em conta a condição ou posição social dos sujeitos, se pertenciam ou não a certa classe, se eram ricos ou pobres, nem se consideravam os valores de uso mas somente o parâmetro da troca, a equivalência das mercadorias, não se distinguia se o objeto de contrato era um bem de consumo ou um bem essencial, um meio de produção ou um bem voluptuário: tratava-se do mesmo modo a venda de um jornal, de um apartamento, de ações ou de uma empresa.¹⁴

Se bem que a evolução do Direito nos tempos presentes se encaminhe em sentido contrário, tal é o modelo de *contrato* que ainda se descreve nos compêndios de Direito Civil amarrados ao Código Civil e alheios à exuberante *legislação especial* que o contradiz e contesta.

3. O contrato no Direito contemporâneo. Diversas causas concorreram para a modificação da noção de contrato.

A suposição de que a igualdade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio entre os contratantes, fosse qual fosse a sua condição social, foi desacreditada na vida real. O desequilíbrio tornou-se patente, principalmente no contrato de trabalho, gerando insatisfação e provocando tratamento legal completamente diferente, o qual leva em consideração a desigualdade das partes. A interferência do Estado na vida econômica implicou, por sua vez, a limitação legal da *liberdade de contratar* e o encolhimento da esfera de *autonomia privada*, passando a sofrer crescentes cortes, sobre todas, a *liberdade de determinar o conteúdo* da relação contratual. A crescente complexidade da vida social exigiu, para amplos setores, *nova técnica de contratação*, simplificando-se o *processo de formação*, como sucedeu visivelmente nos contratos em massa, e se acentuando o fenômeno da despersonalização.

Tais modificações repercutiram no *regime legal* e na *interpretação do contrato*.

Importantes e abundantes leis dispensaram especial proteção a determinadas categorias de pessoas para compensar juridicamente a debilidade da posição contratual de seus componentes e eliminar o desequilíbrio. Desenvolveu-se uma legislação de apoio a essas categorias, com estímulo à sua organização. Determinado a dirigir a economia, o Estado ditou normas impondo o conteúdo de certos contratos, proibindo a introdução de certas cláusulas, e exigindo, para se formar, sua autorização, atribuindo a obrigação de contratar a uma das partes potenciais e mandando inserir na relação inteiramente disposições legais ou regulamentares.

Assinalam-se como principais fatores das transformações ocorridas na *teoria geral do contrato*: 1º) a insatisfação de grandes estratos da população pelo desequilíbrio, entre as *partes*, atribuído ao princípio da igualdade formal; 2º) a modificação na técnica de vinculação por meio de uma relação jurídica; 3º) a intromissão do Estado na vida econômica.

O desequilíbrio determinou a técnica do *tratamento desigual*, cuja aplicação tem no Direito do Trabalho o exemplo mais eloquente.

Dentre as novas técnicas de constituição das relações jurídicas, salientam-se as que foram impostas pela *massificação* de certos contratos determinante da *uniformização* de suas condições ou cláusulas e as que acusam a tendência para a *despersonalização* dos contraentes.

A política interventiva do Estado atingiu, por sua vez, o *contrato*, na sua cidadela, ao restringir a *liberdade de contratar*, na sua tríplice expressão de *liberdade de celebrar contrato*, da *liberdade de escolher o outro contratante* e da *liberdade de determinar o conteúdo do contrato*.

Três modificações no regime jurídico do contrato revelam outras tantas tentativas para a correção do desequilíbrio. A primeira consistiu na promulgação de grande número de leis de proteção à categoria de indivíduos mais fracos econômica ou socialmente, compensando-lhes a inferioridade com uma superioridade jurídica. A segunda patenteia-se na legislação de apoio aos grupos organizados, como os sindicatos, para enfrentar em pé de igualdade o contratante mais forte. A terceira, no *dirigismo contratual*, exercido pelo Estado através de leis que impõem ou proíbem certo conteúdo de determinados contratos, ou sujeitam sua conclusão ou sua eficácia a uma autorização de poder público.

Surgem, em conseqüência, figuras anômalas, como a do contrato, cujo conteúdo é imperativamente alterado por lei superveniente, seja substituindo suas cláusulas principais, seja amputando-o, ou do contrato em que uma das partes foi obrigada a contratar, ou do contrato que tem fonte legal, e assim por diante, até mesmo o que, sem ser concluído, produz efeitos por mandamento judicial, como a adjudicação compulsória.

Passa-se a dissociar a *relação contratual do acordo de vontade*, com o propósito de explicar certas anomalias, como a prorrogação legal das locações, e justificar a diversidade de critérios de interpretação e a repartição dos riscos.

A mais importante conseqüência dessas transformações é a mudança nas preocupações do legislador quanto à rigidez do contrato. Em relação ao contrato nos moldes clássicos, empresta maior significação às normas *sobre o acordo de vontades*, detendo-se na disciplina cuidadosa da declaração de vontade e dos *vícios* que podem anulá-la, e limitando a proteção legal aos que não têm condições de emití-la, livre e conscienciosamente (menores, enfermos). Em relação aos contratos nos moldes contemporâneos, que se realizam em série, a preocupação é a defesa dos

aderentes (contratos de adesão), mediante normas legais que proibam cláusulas iníquas, até porque as regras sobre a declaração da vontade e os vícios do consentimento quase não se lhe aplicam. [Os arts. 423 e 424 do Código Civil estipulam regras de proteção dos aderentes].

4. O contrato no Direito das Obrigações. A idéia de contrato aplica-se em todas as ramificações do Direito e abrange todas as figuras jurídicas que nascem do concurso de vontades, seja qual for a sua modalidade ou a sua eficácia. Pode ser limitada, não obstante, ao campo do Direito Privado, designando-se por esse vocábulo o negócio jurídico bilateral que se apresenta em todas as partes do Direito Civil: no Direito das Obrigações, no Direito de Família, no Direito das Coisas e no Direito das Sucessões.

Ao estudo dessas *relações jurídicas* dedica-se esta obra.

Os principais contratos típicos são: a compra e venda, a troca, [o contrato estimatório], a doação, a promessa de venda, a locação, [a prestação de serviços], a empreitada, o transporte, o empréstimo, o depósito, o mandato, a comissão, [a agência, a distribuição, a corretagem], a representação dramática, a constituição de renda, o seguro, a fiança, a transação, os contratos bancários e os de incorporação imobiliária.

Novas figuras contratuais estão penetrando no mundo dos negócios, algumas já tipificadas na *legislação especial*, outras ainda sem tratamento legal específico. Dentre essas figuras, reclamam uma vista de olhos: o contrato de alienação fiduciária em garantia, o *leasing*, o *know-how* e alguns mais outros tantos (Capítulo 44).

Emprega-se o vocábulo *contrato* em sentido *amplo e restrito*. No primeiro, designa todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades. No segundo, o acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais na esfera patrimonial.

Para nomear os negócios jurídicos plurilaterais em geral, usam alguns o termo *convenção*, nele incluindo todos os acordos, estabeleçam, ou não, vínculo obrigacional. A *convenção* compreenderia não só os negócios plurilaterais destinados a criar obrigações, mas também a modificar ou extinguir obrigações preexistentes,¹⁵ enquanto o contrato seria idôneo exclusivamente à criação de obrigações. Teria, para outros, sentido especial, compreendendo apenas os acordos normativos. A questão é, no entanto, puramente terminológica. Interessa, assim mesmo, fixar o exato sentido da palavra *contrato* porque a outras modalidades do concurso de vontades não se aplicam as regras que o regem. Deve ser observada para designar o negócio bilateral, cujo efeito jurídico pretendido pelas partes seja a criação de vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial.¹⁶

No Direito moderno, o termo *pacto* significa a cláusula aposta em certos contratos para lhes emprestar feitiço especial. Pacto não é mais, como no Direito Romano, a convenção desprovida de sanção.

Na prática emprega-se a palavra *contrato* em acepções distintas, ora para designar o *negócio jurídico bilateral gerador de obrigações*, ora, o *instrumento* em que se formaliza, seja a escritura pública, o escrito particular de estilo, simples missiva, ou um recibo. Na linguagem corrente, essa sinonímia está generalizada a tal ponto que os leigos supõem não haver contrato se o acordo de vontades não estiver reduzido a escrito. O contrato tanto se celebra por esse modo como oralmente. Não é a *forma* escrita que o cria, mas o encontro de duas declarações convergentes de vontades, emitidas no propósito de constituir, regular ou extinguir, entre os declarantes, uma relação jurídica patrimonial de conveniência mútua.

Contrato é, assim, o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam.

Os sujeitos da relação contratual chamam-se *partes*. *Parte* não se confunde com *pessoa*. Uma só pessoa pode representar as duas *partes*, como no *autocontrato* ou *contrato consigo mesmo*, e uma só *parte*, compor-se de várias pessoas, como na locação de um bem por seus condôminos. *Parte* é, em síntese, um *centro de interesse*, indicando-se com essa expressão a posição dos sujeitos em face da situação na qual incide o ato.¹⁷

O mecanismo de formação do contrato compõe-se de declarações convergentes de vontades emitidas pelas *partes*. Para a perfeição do contrato, requerem-se: em primeiro lugar, a existência de duas declarações, cada uma das quais, individualmente considerada, há de ser válida e eficaz; em segundo lugar, uma *coincidência de fundo* entre as duas declarações.¹⁸ Por conseguinte, acordo de vontades para a constituição e disciplina de uma relação jurídica de natureza patrimonial. O fim do acordo pode ser também a modificação ou a extinção do vínculo.

Existem *acordos* patrimoniais que não são considerados *contratos* porque não originam, para as *partes*, obrigações que modifiquem a situação preexistente, mas se limitam a estabelecer regras a serem observadas se os interessados praticam os atos prefigurados, como os *acordos normativos*, ou a tornar certa uma situação jurídica incerta, como a *transação*. Esses negócios jurídicos são, porém, autênticos contratos.

Há contratos que não se formam com o só e simples *consentimento das partes*. Tais são, por exemplo, o depósito e o empréstimo, que só se tornam perfeitos e acabados com a entrega da coisa por uma das *partes* à outra. Outros requerem *forma* solene para o acordo de vontade, não valendo, se preterida.

A *coincidência* das declarações é essencial à formação do contrato. Chame-mo-la consenso, para designar, com uma só palavra, este requisito característico da perfeição dos contratos. Se não ocorre, há *dissenso*. A coincidência é necessária nos pontos essenciais e decisivos para a formação do contrato, segundo a vontade de uma ou das duas partes. Sempre que faltar, o contrato não nasce, ou será ineficaz.

O *dissenso* pode ser *manifesto* ou oculto. Quando *manifesto*, não há *acordo* porque a coincidência de vontades não se verifica conscientemente em relação a pontos decisivos.¹⁹ Quando *oculto*, as partes supõem que houve acordo, mas, em verdade, não houve. No *dissenso oculto*, o contrato é anulável; no *dissenso manifesto*, não se forma. É que, sendo oculto o dissenso, as declarações coincidem exteriormente, dando a aparência de negócio eficaz.

Pode o *dissenso* revelar-se à luz de interpretação das declarações de vontade, ocorrendo em dois casos principais: 1º) as declarações não coincidem exteriormente; 2º) as declarações coincidem exteriormente, mas têm objetivamente sentido diverso, e cada parte dera e podia dar significação distinta à sua declaração.²⁰

Em suma, o dissenso é manifesto, se as partes estão conscientes da sua existência, e oculto, no caso contrário.

Traço característico do contrato é a *plurititularidade*, isto é, a coparticipação de sujeitos de direito com interesses econômicos contrapostos. A contraposição é essencial, não passando o contrato, assim, de uma *composição*.

A noção de *parte* como *centro de interesses* esclarece a distinção entre *contrato* e outros *atos plurilaterais*, como o *negócio plurilateral* e o *ato coletivo*, sem maior relevância prática por se lhes aplicarem as normas do Direito Contratual.

O *contrato plurilateral* suscita efeitos em distintas relações jurídicas que envolvem vários sujeitos.

Os *atos coletivos* compõem-se de várias declarações de vontades voltadas para o mesmo fim, emitidas por diversos sujeitos com interesses distintos, como na rescisão de um arrendamento pelos dois ou mais arrendatários. Resultam da soma de várias declarações de vontades emitidas conjuntamente. A doutrina alemã denomina-os *Gesamtakte, atos conjuntos*.²¹ Nesses negócios não há intercâmbio de declarações de vontade emitidas por partes contrapostas. As declarações são paralelas para a formação de uma declaração comum da mesma parte composta de várias pessoas.²² O *ato conjunto* não é negócio jurídico bilateral.

É também unilateral o *ato colegial*, como a deliberação de uma assembléia de acionistas. Para ser tomada, os participantes declaram, singularmente, a própria vontade, concorrendo desse modo para a formação de vontade do grupo. Não há pluralidade de declarações, mas uma só, porque as vontades particulares desaparecem para dar lugar à vontade geral. Não têm natureza contratual tais *deliberações*. Regem-se por normas distintas. Não requerem, como o contrato, a unanimidade de pronunciamentos, bastando, para se formar, a vontade da maioria de votos, que prevalece e se impõe à vontade da minoria.

O concurso de atividade é outra característica do contrato. O ato praticado por um só sujeito é unilateral, mesmo que exija a ciência, mas não a atividade, de outro, como na declaração receptícia de aviso prévio a um empregado.

Com o contrato não se deve confundir o ato praticado por sujeitos distintos, para o qual a declaração de um deles teve de ser integrada na do outro, como o de pessoa relativamente incapaz e do seu assistente. O ato é de *parte composta*, mas *unilateral*.

5. Concepções de contrato. Duas concepções antagônicas de *contrato* em relação ao *conteúdo* dividem os juristas: a *subjetiva* e a *objetiva*.

Para os adeptos da concepção subjetiva, o conteúdo do contrato é composto pelos direitos e obrigações das partes. O contrato é, por definição, fonte de *relações jurídicas*, sem ser exclusivamente, no entanto, o *ato* propulsor das relações obrigacionais.

Para os prosélitos da concepção objetiva, o conteúdo do contrato é composto de *preceitos*. As disposições contratuais têm substância normativa, visando a vincular a conduta das partes. Na totalidade, constituem verdadeiro *regulamento* traçado de comum acordo. Tal, em suma, sua estrutura. É o contrato, portanto, fonte de *normas jurídicas*, ao lado da lei e da sentença.

Na concepção tradicional, o *contrato* é todo acordo de vontades destinado a constituir uma relação jurídica de natureza patrimonial e eficácia obrigacional.²³

O contrato distingue-se da lei, na lição de Savigny, por ser *fonte de obrigações* e direitos subjetivos, enquanto a lei é fonte de direito objetivo (*norma agendi*).²⁴ É uma ação humana de efeitos voluntários, praticada por duas ou mais *partes*, da qual o ordenamento jurídico faz derivar um vínculo. Encarado no primeiro aspecto, o da *formação*, é um ato de criação; no segundo, o conjunto de obrigações e direitos que condicione necessariamente a conduta das partes, tal como quiseram defini-la.

O modo de estabelecer os direitos e obrigações contratuais dá a impressão de que o contrato, devido à sua aparência legislativa, tem natureza normativa, constituído o seu conteúdo de preceitos que regem a relação criada e vinculam o comportamento das partes. Os partidários da concepção tradicional não admitem, entretanto, que tais normas pertençam ao mesmo *genus* da lei, infensos à idéia de lei concreta e individual. Sustentam que o contrato só pode criar relações jurídicas e direitos subjetivos, jamais normas de direito objetivo, mesmo quando estabelece regras abstratas para o futuro, como nas *condições gerais de contrato* (*contratos de adesão*) que, pelo modo de formulação e forma abstrata, apresentam certa semelhança com o direito objetivo, mas não contêm realmente norma alguma de Direito, senão cláusulas que se limitam a criar entre a parte que as estatui e os clientes uma *relação jurídica*, para que a estas também se subordinem no futuro os fatos previstos nas referidas *condições*, e seus efeitos.²⁵ Em suma: o contrato é um *pressuposto* de fato do nascimento de *relações jurídicas*, uma das principais, senão a mais importante, *fontes* ou causa geradora das obrigações, o *título* de criação de nova realidade jurídica, constituída por direitos, faculdades, pretensões, deveres e obrigações, ônus, encargos.

Além de ser causa eficiente desse complexo de direitos e obrigações, o contrato tem de ser encarado como *vínculo* ou resultado que produz, a *relação jurídica* a que dá nascimento, os efeitos que provoca entre as partes. Em síntese: *conteúdo e eficácia*.

6. O contrato como norma. Ao analisar especificamente o *contrato* do ponto de vista da *teoria pura do Direito*, Kelsen²⁶ observa que a definição tradicional que o tem como um acordo de vontades de dois ou mais sujeitos tendente a criar ou extinguir uma obrigação e o direito subjetivo correlato passa por alto uma de suas funções mais importantes, que é a *função criadora de direito*. Ao celebrar um contrato, as partes não se limitariam a aplicar o direito abstrato que o rege, mas estariam criando também *normas individuais* que geram obrigações e direitos *concretos* não existentes antes de sua celebração. Essas *normas individuais*, que compõem o *conteúdo do contrato* e exigem determinada conduta dos contratantes, teriam a mesma substância normativa da regra *pacta sunt servanda*, que aplicam ao celebrar o contrato. Desse modo, o produto jurídico do contrato, ou seja, a consequência que lhe atribui o ordenamento jurídico, é a norma que cria, individual e concreta porque não obriga a número indeterminado de indivíduos nem se aplica a número indeterminado de casos, tal como sucede com a norma ou lei.

A explicação de Kelsen coincide com as idéias sistematizadas na teoria denominada *preceptiva*. Já Von Bulow definira o negócio jurídico, de que o contrato é uma das espécies, como um comando concreto ao qual o ordenamento jurídico atribui efeito vinculante. A declaração de vontade teria natureza preceptiva, e o conteúdo do contrato seria representado por diversas e sucessivas regras de conduta pertencentes ao mesmo *genus*. Tal seria, em síntese, a *lex contractus*.²⁷

Nesse contexto, o contrato é ato criador de direito objetivo, até porque para alcançar o fim apontado pelos sequazes da concepção tradicional, qual seja, o da *constituição de relações*, não pode deixar de estabelecer *normas*,²⁸ eis que dever jurídico não pode existir sem correspondente comando. Explica Ferri que o tecido da sociedade é formado de normas ou comandos objetivos, concorrendo os particulares para tecer essa tela com os seus contratos, o que implica ter de reconhecer que a *regra contratual* é também *norma jurídica*.²⁹

A despeito dos esforços dos adeptos da concepção preceptiva para justificá-la como a explicação correta do conteúdo do contrato, ponderosas têm sido as críticas dos seus opositores. Diz-se que a controvérsia se reduz a uma questão semântica, visto que os preceptivistas atribuem à expressão *norma jurídica* um significado amplíssimo, impróprio ou supérfluo, como assinala Cariota Ferrara.³⁰ Uma vez se conceitue a norma jurídica como uma regra geral e abstrata, é manifesto que normas não são as *cláusulas* de um contrato, eis que a sua aplicação é restrita aos contraentes. Até nos chamados *contratos normativos* as disposições respectivas regem unicamente as relações daqueles que se lhes querem submeter. Se normas fossem, não seriam autônomas, mas subordinadas à lei vigente em qualquer momento de sua existência, interpretadas conforme os critérios aplicáveis à exegese dos comandos legais; ao contrário disso a revogação da lei vigente ao tempo de conclusão de um contrato não acarreta a das

disposições contratuais e, na sua interpretação, aplicam-se regras peculiares.³¹ Têm-na aversão a maioria dos escritores do próprio país de origem, todos acusando a sua artificialidade quando assimila à norma (*dado objetivo*) o produto de um comportamento (*dado subjetivo*) e quando despreza a *função dispositiva* do contrato.

Colocado o problema na perspectiva dos pressupostos ideológicos das duas concepções antagônicas, observa-se que o recrudescimento do interesse de defender e reforçar a autonomia privada, em crescente progressão depois da guerra, tem contribuído para o descrédito da idéia de que o contrato tem caráter normativo. Afirma-se, ademais, que essa idéia está a serviço do capitalismo liberal³² porque racionaliza a dominação dos privilegiados pelo emprego de um instrumento jurídico de inspiração liberal do crivo de princípios, como o da boa-fé e da condenação ao abuso de direito, na medida em que se objetiva tornando-se norma autônoma, isto é, desligada das partes que o adotaram, como se verifica mais agressivamente no *contrato de adesão* (condições gerais de contrato).

7. O contrato em novo contexto. No novo contexto determinado pela política de intervenção do Estado na economia, o *contrato* sofre duas importantes modificações em sua significação e em sua função: 1) deixa de ser simplesmente expressão da *autonomia privada*; 2) passa a ser uma estrutura de conteúdo complexo e híbrido, com disposições voluntárias e compulsórias, nas quais a composição dos interesses reflete o antagonismo social entre as categorias a que pertencem os contratantes (produtores e consumidores, empregadores e empregados, senhorios e inquilinos).

Desde o delineamento da figura do *negócio jurídico* pelos jusnaturalistas alemães nos fins do século XVIII e, em seguida, pelos pandectistas, o *contrato*, tido então como a sua principal espécie, passa a ter um *significado* e uma *função* correspondentes aos pressupostos culturais da época. Elevado à altura de principal motor da vida econômica, significa atuação da *liberdade* do indivíduo na esfera do Direito, e meio para o exercício do *poder* de autodeterminação individual. Era, em suma, o grande instrumento da *autonomia privada*. As relações patrimoniais tinham, nesse *poder* atribuído aos particulares pelo ordenamento jurídico, a sua fonte exclusiva. Entre esse *poder* de autodeterminação do indivíduo e o contrato há, nesse enfoque, uma conexão que explica a redução da sua estrutura ao puro acordo de vontades. Em tal contexto, o tratamento doutrinário do contrato é simples, limitando-se à explicação dos seus pressupostos e requisitos, do modo por que se forma e se dissolve, de sua classificação, de sua nulidade e de seus tradicionais esquemas típicos.

Sucedem, porém, que o fenômeno da contratação evolui ao ponto de alterar profundamente esse quadro conceitual.³³ O movimento evolutivo não se caracteriza unicamente pelo aparecimento de numerosas *inovações técnicas*, nem pela consagração em princípios jurídicos de suspeitas motivações para justificar a direção e o controle da economia pelo Estado. Dirige-se no sentido de uma reconstrução do próprio sistema contratual orientada no sentido de libertar o conceito de contrato da idéia de autonomia privada e admitir que, além da vontade das partes, outras fontes integram o seu conteúdo.³⁴ A nova concepção atenta para o dado novo de que, em virtude da política interventiva do Estado hodierno, o contrato, quando instrumenta relações entre pessoas pertencentes a categorias sociais antagônicas, ajusta-se a parâmetros que levam em conta a dimensão coletiva dos conflitos sociais subjacentes.³⁵ Disciplinados por uma *legislação avulsa* que abandonou a postura tradicional do Código Civil, passam a ser, na explicação de Rodatà, um ponto de referência de interesses diversos, uma estrutura aberta que é preenchida não apenas por disposições resultantes do acordo de vontades, mas também por prescrições da lei, imperativas e dispositivas, e pela equidade. [O Código Civil consagrou a boa-fé enquanto fonte de integração do contrato no art. 422]. Do *contrato de adesão* à *programação contratada* ou contrato de programa, é toda uma gama de tipos contratuais que ultrapassam os bordos da moldura clássica em que se encaixilhava o contrato na sua configuração pandectista. Já alguns contratos esquematizados nos Códigos, como a compra e venda de determinados bens, a locação, o transporte, o seguro e certas operações bancárias, colocam-se nessa perspectiva nova – o que justifica este esclarecimento preambular e a indicação de figuras que a ciência tradicional, detectando uma crise da noção de contrato, considera teratológicas. Seria imperdoável ignorar hoje, mesmo num manual, esses novos aspectos da teoria geral do contrato. Os limites tradicionais da *autonomia privada* são a *ordem pública* e *bons costumes*, mas o seu exercício é também restringido pelo expediente da *tipicidade* dos negócios jurídicos e da determinação legal de todos os efeitos de um negócio típico[, bem como pela atuação dos princípios da boa-fé e da função social do contrato, dentre outros estudados no Capítulo 2, da proibidade].

8. A declaração de vontade dos contratantes. A atividade convergente *das partes* há de se exercer no mesmo plano, não havendo contrato na integração de declarações que se completam, como a de *autorização* prévia ou

sucessiva e a do ato que a requer.

Visto que o contrato pressupõe declarações de vontade coincidentes, a de cada *parte* recebe denominação própria. Uma há de preceder necessariamente à outra. A declaração de quem tem a iniciativa do contrato chama-se *proposta* ou *oferta*. A do outro, *aceitação*. Quem faz a oferta, *proponente* ou *policitante*. Quem a aceita, *oblato* ou *aceitante*.

Consideradas individualmente, a proposta e a aceitação não são *negócio jurídico*, embora a proposta, em certos casos, produza efeitos negociais prescritos na lei. É, entretanto, ato *pré-negocial*.

Há sempre *sucessividade* entre a *proposta* e a *aceitação*, podendo o intervalo ser mais ou menos longo se os interessados se defrontam ou se se comunicam através de correspondência epistolar. A aceitação pode ser imediata. Havendo intervalo maior, surge o problema da determinação do exato momento em que se forma o contrato.

Para que o consenso se forme, proposta e aceitação devem coincidir no conteúdo.

Cada qual precisa ser limitada em relação à outra. Necessária, em síntese, a correspondência entre as duas.

Negócios submetidos às mesmas regras do contrato formam-se através de comportamento material ou negocial dos sujeitos, estando a se difundir novas noções como as de *negócio de atuação*, *declaração tipificada* e *comportamento omissivo*.³⁶

9. Aspecto material e documentação do contrato. Sob o aspecto material, o contrato apresenta-se como um conjunto de disposições. A formulação dos interesses recíprocos obedece a normas consagradas pela praxe, que visam a facilitar sua interpretação. Daí a existência de *formulários*, que procuram estilizar, em linguagem apropriada, a redação dos contratos nominados. Posto não seja obrigatória a observância de fórmulas sacramentais, o uso de expressões consagradas é aconselhável para traduzir com mais segurança a intenção das partes. A existência dessas fórmulas, de emprego freqüente, possibilita análise mais objetiva do aspecto externo dos contratos.

O *instrumento* de qualquer contrato compõe-se, essencialmente, de duas partes: o *preâmbulo* e o *contexto*.

No *preâmbulo*, procede-se à qualidade das partes, declara-se o objeto do contrato e, de regra, se enunciam as razões determinantes de sua realização ou objetivo que os contratantes têm em mira. Essas disposições preliminares não têm maior relevância, mas podem, conforme o conteúdo, constituir parte integrante do contrato propriamente dito, adquirindo então valor para sua interpretação.³⁷

O *contexto* de um contrato compõe-se de série ordenada de disposições, que se chamam *cláusulas*, quando escrito. Nos contratos por *instrumento particular*, as cláusulas podem ser datilografadas ou escritas do próprio punho de uma das partes. Nos contratos por *instrumento público*, o tabelião, em livro próprio, recolhe o ditado pelos contratantes, ou copia a *minuta* que lhe apresentem. Não há limitação para o número de cláusulas nem ordem a ser obrigatoriamente seguida, mas convém não avolumar o texto com cláusulas ociosas ou com a inútil reprodução de textos legais e, bem assim, que se procure dar ordenação lógica ao conjunto orgânico das proposições, usando os termos com propriedade e precisão técnica.

Pothier distinguia três espécies de cláusulas: *essenciais*, *naturais* e *acidentais*. As primeiras são as cláusulas sem as quais o contrato não pode existir, como a que estabelece o preço na compra e venda. As segundas, as que se referem a obrigações peculiares previstas na lei, que não são, no entanto, compulsórias, como a garantia de evicção nos contratos translativos. As terceiras são determinações acessórias para subordinar a eficácia do contrato a evento futuro, como a enunciação de uma data para limitá-la no tempo.

Nos contratos solenizados em escritura pública ou celebrados por instrumento particular impresso, são habituais algumas proposições invariáveis chamadas *cláusulas de estilo*. A validade dessas cláusulas depende de expressa menção, ou de confirmação.

Presumem-se incorporadas ao contrato as cláusulas previstas na lei não ressalvadas pelas *partes*.

Inserem-se automaticamente no conteúdo do contrato, substituindo as que lhe forem contrárias, as cláusulas impostas em preceitos *imperativos* da lei. Integram ainda o conteúdo do contrato os usos contratuais,³⁸ assim entendidas as práticas comumente observadas pelos contratantes, mas se lhes recusa eficácia se não resultarem de acordo para sua aceitação, expresso ou tácito.

Se bem que não estejam compreendidos no instrumento do contrato, integram seu conteúdo os *documentos complementares*, como ocorre, por exemplo, no contrato de empreitada para a construção de um edifício, no qual estipulam as partes que as especificações do material a ser empregado na obra constem de escrito anexo. A fim de que esses documentos se tornem parte integrante do contrato, é preciso que a eles se faça menção e que sejam autenticados pelos contratantes.

Para a validade do instrumento, devem as partes assiná-lo, depois de o datar, exigindo-se também que seja subscrito por duas testemunhas e transcrito no registro público de títulos e documentos, para que seus efeitos se operem a respeito de terceiro.

Nos contratos verbais e nos que se formam por escrito sem o estilo usual, as disposições são englobadas como *condições contratuais*.

10. Significado do contrato. Não é pacífico o entendimento quanto ao significado da categoria designada pelo nome de *contrato*. Será, para alguns, o acordo de vontades necessário ao nascimento da relação jurídica obrigacional; para outros, a própria relação. A aceitação da proposta pelo oblato impulsiona uma relação na qual, em sua forma mais simples, uma das partes assume a posição de *credor* e a outra a de *devedor* quando as duas não tomam, correlatamente, em situação mais complexa, as duas posições. O vínculo obrigacional, assim contraído, perdura, produzindo efeitos. Pretende-se que o contrato seja, tão-somente, o acordo que o ata. Deve distinguir-se da *relação* porque alguns efeitos só se produzem com a sua execução. Assim, nos contratos de duração, como o de trabalho, os direitos do empregado prendem-se à execução do acordo inicial de vontades. Desse modo, a relação se distinguiria do contrato propriamente dito. Para outros, a relação é a situação das partes imediatamente após a perfeição e acabamento do contrato.

Conquanto se venha manifestando a tendência para dissociar o contrato da relação, principalmente para possibilitar a sobrevivência desta ao esgotamento, no tempo, da força vinculante daquele, a verdade é que *acordo* e *relação* se apresentam, respectivamente, como os *aspectos subjetivo* e *objetivo* da mesma entidade jurídica. O alcance do contrato vai da formação à extinção. É, em resumo, uma relação jurídica com todos os seus elementos, e não apenas força propulsora. Não obstante, pode existir relação obrigacional que não resulta de acordo de vontades e este não ser suficiente eventualmente para construir a posição jurídica das partes de um contrato.

11. Função econômica do contrato. A vida econômica desdobra-se através de imensa rede dos contratos que a ordem jurídica oferece aos sujeitos de direito para que regulem com segurança seus interesses. Todo contrato tem uma função econômica, que é, afinal, segundo recente corrente doutrinária, a sua *causa*.

Considerada a variedade de funções econômicas que desempenham, classificam-se em contratos:

- a) para promover a circulação de riqueza;
- b) de colaboração;
- c) para prevenção de risco;
- d) de conservação e acautelatórios;
- e) para prevenir ou dirimir uma controvérsia;
- f) para a concessão de crédito;
- g) constitutivos de direitos reais de gozo, ou de garantia.³⁹

Dentre os contratos reservados para promover a circulação da riqueza, encontram-se os de *troca*, que se dirigem, nas suas várias espécies, à realização de um *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*. São os de uso mais copioso. Precisa o homem desses instrumentos jurídicos para alcançar fins determinados por seus interesses econômicos. É mediante um desses contratos que se desfaz de um bem por dinheiro ou em permuta de outro bem; que trabalha para receber salário; que coopera com outrem a obter uma vantagem pecuniária; que a outros se associa para realizar determinado empreendimento; que previne risco; que põe em custódia coisas e valores; que obtém dinheiro alheio; em suma, que participa da vida econômica. Se quer comprar um bem que outrem está disposto a vender ou a trocar, a lei lhe oferece instrumento adequado: o *contrato de compra e venda*, ou o de *permuta*. Se pretende, por liberalidade, transferir de seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra pessoa, utiliza o contrato de *doação*. Se precisa de casa para morar, pode alugá-la, celebrando contrato de *locação*. Se necessita trabalhar para outrem em troca de salário, estipula *contrato de trabalho*. Se pretende de outrem determinada obra, a encomenda, concluindo contrato de *empreitada*. Se tem necessidade de bem alheio, toma-o por empréstimo, mediante *comodato* ou *mútuo*. Se quer que determinada coisa seja guardada por outrem, durante algum tempo, serve-se do contrato de *depósito*. Se lhe convém que outra pessoa administre seus interesses, confere-lhe poderes bastantes pelo contrato de *mandato*. Se necessita lograr certo fim juntamente com outrem, a este se associa, reunindo esforços e recursos mediante o contrato de *sociedade*. Se entende que o pagamento de uma dívida deve ser

garantido por outrem, exige *fiança*, estipulando o respectivo contrato. E assim por diante, cada qual tendo função econômica específica.

A fim de que a vida econômica se desenrole mediante esses instrumentos jurídicos, não bastam, contudo, os contratos definidos e disciplinados na lei. Admitem-se arranjos e combinações, dignos de proteção, ampliando-se, assim, imensuravelmente, a esfera dos contratos, com o acréscimo dos chamados *contratos atípicos*, também chamados *inominados* [aos quais faz referência o art. 425 do Código Civil].

Tamanha é a importância dos contratos como *fato econômico*, que sua disciplina jurídica constitui a estereotipação do regime a que se subordina a economia de qualquer comunidade.

A função econômico-social do contrato foi reconhecida, ultimamente, como a razão determinante de sua proteção jurídica. Sustenta-se que o Direito intervém, tutelando determinado contrato, devido à sua função econômico-social. Em consequência, os contratos que regulam interesses sem utilidade social, fúteis ou improdutivos, não merecem proteção jurídica. Merecem-na apenas os que têm função econômico-social reconhecidamente útil. A teoria foi consagrada no Código Civil italiano, conquanto encontre opositores.⁴⁰

Na afirmação de que o contrato exerce uma função social, o que se quer significar, em suma, é que deve ser socialmente útil, de modo que haja interesse público na sua tutela. [O princípio da função social do contrato, previsto no art. 421 do Código Civil, é estudado no Capítulo 2]. Entretanto, o reconhecimento de que todo contrato tem função econômico-social é feito por alguns de modo diverso, os quais destacam a “função típica de cada contrato”, isto é, a função que serve para “determinar o tipo ou os caracteres típicos de cada contrato”.⁴¹ A essa *função típica* dos contratos liga-se a moderna doutrina objetiva da causa.⁴²

¹ Barcellona, “Diritto Privato e Processo Economico”, *passim Stato e Giuriste*, com a colaboração de Couture.

² Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, na tradução italiana: *Storia del Metodo nella Scienza Giuridica*.

³ Larenz, ob. cit., p. 21.

⁴ O exemplo que dá de tal *escala conceitual* é o conceito de servidão de trânsito, que é em primeiro lugar um *direito subjetivo*; em seguida, um *direito real*, e depois um *direito real sobre a coisa alheia, de gozo*, e assim por diante, conf. *Manuale delle Pandette*, t. I, p. 21.

⁵ [Arts. 104 e segs.].

⁶ [O Código Civil não se referia ao negócio jurídico, mas sim ao ato jurídico. Este vinha conceituado no] art. 81, *in verbis*: “Todo ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos se denomina ato jurídico.”

⁷ V., do autor, *Introdução ao Direito Civil*, pp. 297 a 515. A categoria do negócio jurídico é objeto atualmente de reservas por ser considerada de escassa utilidade para a dogmática do Direito e porque as suas principais figuras (contrato, testamento, casamento) têm regulamentação diferente. Allara, *La Teoria Generale del Contratto*, p. 12.

⁸ Larenz, ob. cit., p. 24. Atormentado pela dificuldade de que um direito subjetivo possa subsistir também independentemente da vontade real do titular, Windscheid sustenta que a vontade dominante não é a do titular do direito, mas a do ordenamento jurídico, acentuando desse modo a predominância da *pretensão*, de tal modo que divisa na propriedade não a faculdade do proprietário de dispor de uma certa coisa conforme a sua vontade, mas unicamente a possibilidade de manter os terceiros longe dessa coisa (*obrigação passiva universal*). Orlando Gomes, “Significado Ideológico do Conceito de Direito Real”, in *Revercor [Estudos jurídicos em homenagem à Faculdade de Direito da Bahia]*, pp. 3-15.

Na doutrina mais recente, tende-se a separar, no conceito de contrato, o *fato* propulsor da *relação* e esta, dantes unilateralmente concebidos. Hoje distingue-se, por outras palavras, o *ato* do *vínculo*, como faziam os canonistas com o matrimônio. Neste, o consentimento dos nubentes era considerado o *fato*, do qual nascia o *vínculo conjugal*, isto é, a relação matrimonial definida na lei, a constituição de uma família, a inserção dos cônjuges num conjunto invariável de poderes, direitos, deveres e obrigações. Nos contratos patrimoniais também sucede essa diferenciação que provoca a aplicação de normas distintas, mas a determinação do conteúdo da relação ainda é grande parte obra dos próprios contraentes, nos limites de sua *autonomia privada*.

Esclarece Trimarchi que a possibilidade de substituição de um tipo contratual por outro, imposta aos contraentes, ou a um deles, admitida atualmente, é uma das manifestações mais expressivas da nova *ideologia jurídica* em matéria de *contrato*. Os fenômenos jurídicos que estão se manifestando na área contratual atestam, como frisa o citado autor, que a função e os valores do *contrato* não podem mais ser representados nos mesmos termos da doutrina oitocentista, pois, no campo da

produção econômica organizada, as normas legais têm a função de assegurar uma distribuição eficaz dos recursos produtivos, de golpear as empresas ineficientes e de proporcionar as condições para o rendimento econômico, e a atividade do empresário é considerada em função do interesse econômico da comunidade.

- ⁹ S. Maiorca, *Il Contratto*, p. 9.
- ¹⁰ Díez Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, p. 87, que destaca também o “voluntarismo jurídico da escolástica tardia”.
- ¹¹ Cons. Wieacker, *Privatrechts Geschichte der Neuzeit*, na tradução espanhola, *História del Derecho Privado de la Edad Moderna*, pp. 272 e segs.
- ¹² Barcellona, ob. cit., p. 272.
- ¹³ Díez Picazo, ob. cit., p. 89.
- ¹⁴ Barcellona, ob. cit., p. 277.
- ¹⁵ Capitant, *Vocabulaire Juridique*; Eduardo Espínola, *Contratos Nominados*, p. 8.
- ¹⁶ Devem qualificar-se também como contratos, segundo tendência modernamente acolhida em algumas legislações, como o Código Civil da Itália, o Código polonês das Obrigações e o Código Civil venezuelano, negócios jurídicos bilaterais translativos (a cessão), modificativos (a novação) ou extintivos (a remissão) de obrigações. O alargamento da categoria vem se dando por sua extensão a outros segmentos de Direito Civil, que não o das obrigações, e a outros campos distintos do Direito Civil. Há contrato real, contrato familiar e contrato sucessório, assim como contrato processual e contrato de Direito Público. Alguns destes não são, na verdade, contratos, como observa Allara, ob. cit., pp. 15 e segs.
- ¹⁷ Mirabelli, *Dei Contratti in Generale*, p. 12.
- ¹⁸ Oertmann, *Introducción al Derecho Civil*, p. 200.
- ¹⁹ Assim, como exemplifica Enneccerus, se ao concluir um contrato de compra e venda as partes se puserem de acordo sobre a coisa e o preço, mas ainda não concordarem sobre quem deve suportar as despesas com o transporte, e, conforme a declaração de uma delas ou de ambas, se tiver que estipular acordo sobre isso, o contrato, antes desse acordo, ainda não está concluído, in *Tratado de Derecho Civil*, tomo 1º, p. 168.
- ²⁰ Enneccerus, ob. cit., p. 169
- ²¹ Enneccerus, ob. cit., p. 71; Von Thur, *Tratado de las obligaciones*, t. 2, p. 102.
- ²² A esse ato de concorrência de várias vontades para a formação de uma só, a doutrina alemã chama *beschluss*, termo intraduzível para o vernáculo.
- ²³ O contrato é uma categoria jurídica que está a se alargar no próprio campo do Direito Civil; além de ser fonte de obrigações, na sua função tradicional atribuída no Direito Romano, opera, em alguns sistemas jurídicos, na esfera das *relações reais*, constituindo e transferindo *direitos reais*. Admite-se, demais disso, que o contrato não é apenas *constitutivo* de obrigações, mas também *modificativo e extintivo*.
- ²⁴ Messineo, *Il Contratto in Genere*, t. I, p. 84.
- ²⁵ Von Thur, *Tratado de las Obligaciones*, t. I, p. 101.
- ²⁶ *El contrato y el Tratado*.
- ²⁷ Formam essa corrente, dentre outros, na Alemanha: Von Bulow e Larenz; Betti e Ferri, na Itália. Cons. a propósito na literatura brasileira: Vicente Ráo, *O Ato Jurídico*; Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico*; e, do autor, *Introdução ao Direito Civil e Transformações Gerais do Direito das Obrigações*.
- ²⁸ Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, p. 9.
- ²⁹ *Lezioni sul Contratto*, p. 20.
- ³⁰ *El Negocio Jurídico*.
- ³¹ Federico de Castro, *El Negocio Jurídico*, p. 33.
- ³² Federico de Castro, ob. cit., p. 32.
- ³³ Barcellona, *Diritto Privato e Processo Economico*, p. 254; *idem*, *Intervento Statale e Autonomia Privata*; Rodotà, *Le Fonti di Integrazione del Contratto*, v. estudos do mesmo autor, de Miguel Vasseur e N. Lipari, in *Il Diritto Privato nella Società Moderna*, ensaios colecionados por S. Rodotà. Cons. as obras de Ripert e Savatier; Ferri, *Lezione sul Contratto*.
- ³⁴ Rodotà, ob. cit.
- ³⁵ Barcellona, ob. cit., p. 257.
- ³⁶ Mirabelli, *L'Atto non Negoziabile*; Federico de Castro, *El Negocio Jurídico*; Santoro Passarelli, *Dottrine Generale del Diritto*; Rica, *Sui Cosidetti Rapporti Contrattuali di Fatto*; do autor *Contrato de Adesão e Transformações Gerais do Direito das Obrigações*.
- ³⁷ Messineo, *Dottrina Generale del Contratto*, p. 22.
- ³⁸ [Art. 113 do Código Civil].

³⁹ Messineo, ob. cit., p. 20. Em nosso Direito, o contrato não é bastante para constituir direitos reais, indispensáveis sendo, ademais, a *tradição* ou a *transcrição*, esta para os bens imóveis.

⁴⁰ Cons. Gino Gorla, *Il Contratto*, vol. 1º, pp. 199 e segs.

⁴¹ Gorla, ob. cit., vol. 1º, p. 206. Esclarecendo esse sentido em que se emprega a expressão *função social*, Gorla dá o seguinte exemplo: a compra e venda tem a função típica da troca entre dinheiro e bens.

⁴² Betti, *Teoria General del Negocio Jurídico*; Scognamiglio, *Contributo alla Teoria del Negozio Giuridico*; Federico de Castro, *El Negocio Jurídico*; Díez Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Ver, *infra*, nº 34.

Capítulo 2

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO REGIME CONTRATUAL

Sumário: 12. Princípios gerais. 13. Princípio da autonomia da vontade. 14. Limitações à liberdade de contratar. 15. Derrogações e mutilações. 16. Limitação à liberdade de modificar o esquema legal do contrato. 17. Processos técnicos para coibir abusos. 18. O princípio do consensualismo. 19. Princípio da força obrigatória. 20. Teoria da imprevisão. 21. Princípio da boa-fé. 22. Princípio da relatividade dos efeitos dos contratos. [23. Princípio do equilíbrio econômico. 24. Princípio da função social do contrato.]

12. Princípios gerais. O Direito dos contratos repousa em quatro princípios: 1) o *da autonomia da vontade*; 2) o *do consensualismo*; 3) o *da força obrigatória*; 4) o *da boa-fé*.¹ [Os três primeiros podem ser chamados tradicionais. A boa-fé, por sua vez, embora já estivesse presente no Código Comercial de 1850, assumiu na doutrina contemporânea sentido e funções inteiramente novos, desempenhando papel de destaque no Código Civil de 2002. Ao lado dela, pode-se acrescentar dois outros princípios norteadores do regime contratual na nova codificação, o *princípio do equilíbrio econômico do contrato* e o *princípio da função social do contrato*. Afirma-se, assim, que atualmente há três princípios clássicos (autonomia da vontade, consensualismo e força obrigatória, aos quais se pode reconduzir o princípio da relatividade dos efeitos contratuais) e três novos princípios contratuais (boa-fé, equilíbrio econômico e função social).]

13. Princípio da autonomia da vontade. O *princípio da autonomia da vontade* particulariza-se no Direito Contratual na *liberdade de contratar*. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício desse *poder*, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou para obrigar-se. A produção de efeitos jurídicos pode ser determinada assim pela vontade unilateral, como pelo concurso de vontades. Quando a atividade jurídica se exerce mediante *contrato*, ganha grande extensão. Outros conceituam a *autonomia da vontade* como um aspecto da liberdade de contratar, no qual o poder atribuído aos particulares é o de se traçar determinada conduta para o futuro, relativamente às relações disciplinares da lei.

O conceito de *liberdade de contratar* abrange os poderes de auto-regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade. Manifesta-se, por conseguinte, sob tríplice aspecto: a) *liberdade de contratar propriamente dita*; b) *liberdade de estipular o contrato*; c) *liberdade de determinar o conteúdo do contrato*.

A *liberdade de contratar propriamente dita* é o poder conferido às partes contratantes de suscitar os efeitos que pretendem, sem que a lei imponha seus preceitos indeclinavelmente. Em matéria contratual, as disposições legais têm, de regra, caráter *supletivo* ou *subsidiário*, somente se aplicando em caso de *silêncio* ou *carência* das vontades particulares.² Prevalece, desse modo, a vontade dos contratantes. Permite-se que regulem seus interesses por forma diversa e até oposta à prevista na lei. Não estão adstritas, em suma, a aceitar as disposições peculiares a cada contrato, nem a obedecer às linhas de sua estrutura legal. São livres, em conclusão, de determinar o *conteúdo* de contrato, nos limites legais imperativos.

O *princípio da liberdade de contratar* torna-se mais inteligível à luz da distinção entre *leis coativas* e *supletivas*. As primeiras ordenam ou proíbem algum ato, determinando o que se deve e o que não se deve fazer.³ Quando ordenam, dizem-se *imperativas*. Quando proíbem, *proibitivas*. Destinam-se as *leis supletivas* a suprir ou completar a vontade do indivíduo, aplicando-se quando ele não a declara. Ora, o Direito Contratual constitui-se,

predominantemente, de *normas supletivas*, deixando, portanto, larga margem à vontade dos que agem em sua esfera. Nesse território, a *liberdade de contratar* domina amplamente.

Não procede a observação de que a autonomia das partes é mais aparente do que real, feita sob o fundamento de que estas se submetem, quase sempre, aos preceitos legais, despreocupando-se dos efeitos secundários do contrato.⁴ Se é verdade que ocorre freqüentemente a submissão dos contratantes às normas supletivas do Direito Contratual, nem por isso a liberdade de contratar é um postulado acadêmico. Em cada contrato usa-se com maior ou menor extensão, dependendo da conveniência das partes. Se a dispensam freqüentemente é porque a lei condensa, via de regra, os preceitos usuais que costumam reger o conteúdo dos contratos mais comuns. Somente, pois, quando lhes convém regulá-los de modo diverso é que fazem valer a liberdade que lhes é assegurada.

A circunstância de serem *supletivas* em grande número as regras do Direito Contratual não significa que sua aplicação fica ao arbítrio das partes se não regulam expressamente certos efeitos do contrato. A omissão determina-lhes a incidência no contrato, aplicando-se, *obrigatoriamente*, no suposto de que traduzem a vontade das partes. A aplicação é inelutável, prevalecendo ainda quando fosse outra. Enfim, a norma, em princípio facultativa, torna-se *obrigatória* para os contratantes,⁵ uma vez que não tenham previsto, por outro modo, o efeito disciplinado, em termos gerais e impessoais, pela lei.

O Direito Contratual compõe-se de *leis supletivas*, ou *dispositivas*, mas também de *leis coativas*. Até mesmo quando o princípio da autonomia da vontade alcançou a maior amplitude se reconhecia a necessidade de *normas imperativas*, tanto de inspiração política como por injunções da técnica jurídica. Em qualquer regime contratual, são indispensáveis normas inderrogáveis pela vontade das partes.

14. Limitações à liberdade de contratar. A *liberdade de contratar*, propriamente dita, jamais foi ilimitada. Duas *limitações* de caráter geral sempre confinaram-na: a *ordem pública* e os *bons costumes*. Entendia-se, como ainda se pensa, que as pessoas podem auto-regular seus interesses pelo modo que lhes convenha, contando que não transponham esses limites.

Mas essas *limitações* gerais à *liberdade de contratar*, insertas nos códigos como exceções ao princípio da autonomia da vontade, jamais puderam ser definidas com rigorosa precisão. A dificuldade, senão a impossibilidade, de conceituá-las permite sua ampliação ou restrição conforme o pensamento dominante em cada época e em cada país, formado por idéias morais, políticas, filosóficas e religiosas. Condicionam-se, em síntese, à *organização política* e à *infra-estrutura ideológica*.

A despeito, porém, das suas flutuações e da assinalada dificuldade de reduzi-las a termos puramente objetivos, tem-se procurado fixar o conceito tanto de *ordem pública* como de *bons costumes*, para que não variem ao sabor de convicções pessoais dos aplicadores da lei.

Em larga generalização, pode-se dizer que as limitações à liberdade de contratar inspiram-se em razão de utilidade social.⁶ Certos interesses são considerados infensos às bases da ordem social ou se chocam com os princípios cuja observância por todos se tem como indispensável à normalidade dessa ordem. Diz-se, então, que ferem as leis de *ordem pública* e os *bons costumes*.

A lei de *ordem pública* seria “aquela que entende com os interesses essenciais do Estado ou da coletividade, ou que fixa, no Direito Privado, as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a ordem econômica ou moral de determinada sociedade”.⁷ Essa idéia geral não traça diretriz suficientemente clara para guiar o juiz obrigado a invocá-la, porquanto não é fácil determinar taxativamente os *interesses essenciais* do Estado e da coletividade, variáveis em função até do regime político dominante. Por outro lado, os pilares da ordem econômica e moral de determinada sociedade são em número reduzido. Considerados apenas os fundamentais, limitar-se-ia, demasiadamente, o conceito de *ordem pública*.

Recorre-se ao expediente da *enumeração* exemplificativa, tentando-se classificá-los, como segue: 1º) as leis que consagram ou salvaguardam o princípio da liberdade e da igualdade dos cidadãos, e, particularmente, as que estabelecem o princípio da liberdade de trabalho, de comércio e de indústria; 2º) as leis relativas a certos princípios de responsabilidade civil ou a certas responsabilidades determinadas; 3º) as leis que asseguram ao operário proteção especial; 4º) as leis sobre o estado e capacidade das pessoas; 5º) as leis sobre o estado civil; 6º) certos princípios básicos do direito hereditário como os relativos à legítima e o que proíbe os pactos sobre sucessão futura; 7º) as leis relativas à composição do domínio público; 8º) os princípios fundamentais do direito de propriedade; 9º) as leis monetárias; e 10) a proibição do anatocismo.⁸

Via de regra, as *leis coativas* são de *ordem pública*, uma vez que também não podem ser derogadas pela vontade particular – *privatorum pactis mutari non potest*. Incurreria em equívoco, todavia, quem as equiparasse. Se toda lei de *ordem pública* é *imperativa*, ou *proibitiva*, nem toda *lei coativa* é de *ordem pública*. Para a proteção de certos interesses privados, contém a lei preceitos *coativos*, mas as *disposições* que tendem a essa finalidade não entendem com os interesses essenciais da sociedade, não se considerando, portanto, regras de ordem pública.

A noção de *bons costumes* oferece a mesma dificuldade de conceituação. Não há expressões gerais para defini-la em termos precisos. Parece ser projeção de regras morais no terreno jurídico, mas não se confunde com a Moral.

Na impossibilidade de formular conceito preciso, a doutrina socorre-se, igualmente, do expediente da enumeração, considerando contrários aos *bons costumes*, dentre outros, os seguintes contratos: 1º) os relativos à exploração de casas de tolerância; 2º) os concernentes às relações entre concubinários; 3º) os que têm por objeto a corretagem matrimonial; 4º) os que dizem respeito ao jogo; 5º) os que objetivam a venda ou o comércio de influência; 6º) os que consagram, sob qualquer forma, a usura no mútuo.⁹

Os contratos que têm causa contrária a leis de ordem pública e aos bons costumes são *nulos*. Declarando-os inválidos, o ordenamento jurídico estatui, por esse modo, limitações de ordem geral à *liberdade de contratar*. Em consequência, firma-se o princípio de que toda declaração de vontade produz o efeito desejado, se lícita for sua *causa*.

Mas essas limitações à autonomia *privada*, que sempre existiram, não eram suficientes para impedir a prática de abusos. Pois consentiram o exercício da liberdade de contratar com uma desenvoltura que tornara excessivo o poder da vontade, como, afinal, se veio a reconhecer. [De acordo com o art. 421 do Código Civil, a liberdade de contratar também encontra limite na função social do contrato, adiante estudada.]

15. Derrogações e mutilações. Quando se apreciam as consequências práticas do uso da *liberdade de contratar* num regime de desigualdade econômica como o que resultou do desenvolvimento do capitalismo, a impressão mais viva é a da abstenção do Estado no momento da formação dos contratos. O princípio da igualdade de todos perante a lei conduziu logicamente à indiferença da ordem jurídica pela situação das partes de qualquer contrato. No pressuposto dessa igualdade meramente teórica presumia-se que os interessados em contratar precediam o contrato, qualquer que fosse, de *livre discussão*, na qual seus interesses divergentes encontravam, afinal, denominador comum. Como toda *obrigação* importa limitação da liberdade individual, o contratante que a assumisse estaria praticando ato livre de todo constrangimento, já que tinha a liberdade de celebrar, ou não, o contrato. Por princípio, a limitação da liberdade haveria de ser voluntária e os efeitos jurídicos do contrato realizado, fossem quais fossem, presumiam-se queridos pelas partes. A omissão da lei na determinação do conteúdo dos contratos justificava-se diante do princípio que assegurava a liberdade dos contratantes na sua *formação*. Partes iguais e livres não precisavam da interferência legislativa para impedir a estipulação de obrigações onerosas ou vexatórias. O poder de contraí-las livremente, após a discussão das condições contratuais, foi tido como um dos aspectos fundamentais da liberdade de contratar, tanto que os primeiros passos para evitar que um dos contratantes, por sua posição mais favorável, impusesse ao outro sua vontade, eliminando as negociações preliminares sobre o conteúdo do contrato, foram considerados intoleráveis restrições à liberdade.

Mas de tal modo se abusou dessa liberdade, sobretudo em algumas espécies contratuais, que a reação cobrou forças, inspirando medidas legislativas tendentes a limitá-las energicamente. O pensamento jurídico modificou-se radicalmente, convencendo-se os juristas, como se disse lapidarmente, que entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta.¹⁰

Muitos contratos passaram a se formar pela *adesão* inevitável de uma das partes às cláusulas impostas pela outra. Por outro lado o conteúdo de outros veio a ser regulamentado insubstituivelmente por preceitos legais imperativos. Tais alterações atingiram a liberdade de formação do vínculo contratual, influenciando no próprio *conceito* de *contrato*. Falou-se, então, na *decadência do contrato*,¹¹ porque as cláusulas de alguns deixaram de ser livremente determinadas pelas partes. Afirmou-se que a noção clássica deixara de corresponder à realidade. Relações jurídicas, oriundas tradicionalmente de contrato, passaram a ser explicadas com efeito de causa diversa, admitida, como foi, por certas correntes doutrinárias, a natureza *unilateral* do ato de formação.

É, assim, interessante passar em revista alguns desses agravos à sua incolumidade no empenho e compromisso de averiguar se respondem a definitiva e irreversível mudança na evolução do Direito Privado e se representam a propagação no território jurídico de um movimento mais profundo na estrutura e na funcionalidade do arcabouço cultural da sociedade.

Em resumo, interessa interpretá-las para verificar se constituem os sinais da decadência do contrato como o instrumento por excelência da vida econômica e de sua incapacidade para atender às exigências de uma sociedade de massa onde – como já se disse expressivamente – muito mais do que de *contrato* se deveria falar de *ditado*.

O método mais aconselhado para proceder à análise investigatória é o da definição em cada aspecto da liberdade contratual, de suas principais derrogações, limitações ou mutilações.

O princípio de que toda pessoa pode soberanamente *abster-se* de contratar sofre exceções cada vez mais importantes e numerosas.

Tais exceções ocorrem quando o indivíduo:

- a) tem de aceitar, sem alternativa, uma proposta ou oferta de contrato;
- b) tem de concorrer para a formação de um vínculo contratual.

Nessas duas situações, diz-se que há *obrigação de contratar*. Têm-na:

- a) os que se encarregam da prestação dos serviços públicos, ou dos serviços de assistência vital, também chamados de *primeira necessidade*;
- b) os que exercem atividade econômica em caráter de monopólio.

A obrigação de contratar pode ser imposta pela lei ou resultar da vontade particular.

São impostas pela lei:

- a) a dos monopólios legais e, segundo alguns, dos monopólios de fato;
- b) a que, embora não seja de monopólios, nasce tal como se fosse, por exemplo, a das companhias de seguros em relação aos seguros obrigatórios.

Derivam da vontade particular as obrigações:

- a) contraídas em contrato preliminar;
- b) provenientes do chamado legado de contrato.

A obrigação de contratar estipulada em um negócio jurídico preliminar ou pré-contrato é, quando possível, cumprida até por efeito de sentença judicial substitutiva.¹²

O legado de contrato é uma disposição testamentária pela qual o testador impõe ao herdeiro prestar alimentos a determinada pessoa.

A multiplicação das obrigações de contratar provocou importantíssima mudança no cumprimento das *obrigações de fazer*, a possibilidade de se obter uma sentença que produza os efeitos do contrato não concluído. O Código de Processo Civil de 1973¹³ aceitou essa solução, tendo reproduzido a disposição do Código Civil italiano (art. 2.932),¹⁴ [repetida pelo texto de 2015¹⁵].

A inovação pode estender-se, com proveito, às obrigações legais de contratar.

A liberdade de determinação do conteúdo do contrato vem sendo restringida por diferentes processos e através de novas técnicas negociais.

Antes de indicá-las é interessante apontar alguns modos por que se vem determinando *habitualmente* o conteúdo dos contratos. Tais são:

- a) a inserção de cláusulas necessárias;
- b) a inserção de cláusulas de uso;
- c) a redação de condições gerais através de cláusulas uniformes;
- d) o formulário.

São *cláusulas necessárias* as em que a lei exige a inclusão no conteúdo do contrato e as que estão legalmente subentendidas.

Chamam-se *de uso* as cláusulas habituais que integram o conteúdo de certos contratos, exercendo importante função complementar e interpretativa. Conhe-cem-se pela expressão *cláusulas de estilo*.

Para uniformidade do tratamento contratual nas relações de massa ou em série, tornou-se comum o novo processo de formação de tais vínculos consistente na elaboração das cláusulas por um dos sujeitos para aceitação global do outro. São as chamadas *condições gerais dos contratos*, mais conhecidos entre nós pela expressão *contrato de adesão*.

O conteúdo dos contratos de *formulário* enche-se de cláusulas habituais que, por isso mesmo, permitem ser impressas, sem que revelem o fenômeno de integração do conteúdo normativo do contrato como sucede com as *condições gerais do contrato*.

Importante limitação à liberdade de determinação do conteúdo do contrato resulta de outro ato de autonomia privada chamada negócio ou *contrato normativo*. Trata-se de um acordo de vontades pelo qual dois grupos traçam regras para o conteúdo de uma série de contratos a se concluírem pelos indivíduos a eles pertencentes. O *contrato normativo* típico é o *contrato coletivo de trabalho*.

Outras limitações interessantes encontram-se nos contratos associativos *stricto sensu* e nos *contratos abertos*. Realmente, quem ingressa numa associação não tem liberdade de negociar as condições do vínculo que lhe interessa constituir; limita-se a aderir às cláusulas formuladas em artigos do seu estatuto. Livre também não é, para negociar o conteúdo da relação, quem deva participar de um contrato em cuja celebração não tomou parte, nele ingressando depois de concluído.

A determinação, pelas partes, do conteúdo do contrato é completamente eliminada nas relações submetidas a uma *regulamentação autoritária*. Inserem-se automaticamente às cláusulas constantes de regulamento legal, tão numerosas que praticamente se anula a vontade das partes. Nesses contratos, a área da autonomia privada está comprimida, a muito pouco se reduzindo.

16. Limitação à liberdade de modificar o esquema legal do contrato. A liberdade de modificar o esquema legal do contrato, respeitados os seus elementos naturais, está a sofrer as limitações mais drásticas em virtude da intensificação da tendência autoritária consistente na substituição das regras dispositivas pelas de caráter imperativo.

Tão acentuada tem sido essa mudança no tratamento legal dos contratos que novas figuras têm aparecido na área da autonomia privada, mas tão esquisitas que se duvida de seu caráter *contratual*.

O *contrato de adesão*, já referido, é, talvez, a mais discutida dessas figuras, mas a doutrina moderna tenta isolar outras que conservam a aparência contratual, dentre as quais despontam como as mais interessantes o *contrato coativo* e o *contrato necessário*.

O *contrato coativo*, considerado por alguns uma relação paracontratual, é aquele em que a lei obriga as partes a estipulá-lo sem alternativa ou a conservá-lo mesmo contra a vontade de uma das partes. Enquadram-se na categoria o *seguro obrigatório* e a *locação prorrogada* por determinação legal.

Já o chamado contrato necessário resulta do permanente estado de oferta contratual de certos sujeitos de direito, como as empresas concessionárias de serviços públicos. Tais pessoas não podem recusar-se a contratar, falecendo-lhes, pois, não só a liberdade de escolher a contraparte, mas também a de afastar as regras constantes do regulamento a que devem obediência, em certos setores, para a publicização do contrato em virtude da qual o Direito Público absorve o conteúdo da relação contratual.¹⁶ Nos contratos de interesse social, como o de venda de gêneros de primeira necessidade, os de exportação e importação, os creditícios e de um modo geral naqueles em que se faz necessária a proteção da parte mais fraca, a intervenção do Estado nos respectivos conteúdos vem ocorrendo incisivamente por meio de uma tutela administrativa que o preenche mediante regulamento da autoridade pública.

Quanto à liberdade de contratar fora dos tipos mencionados e disciplinados na lei (contratos nominados ou típicos), a derrogação ocorre basicamente nos contratos e pactos de Direito de Família. [Nessa área nota-se, contudo, uma tendência à revalorização da liberdade de contratar, com a possibilidade de alterar o regime de bens do casamento¹⁷ e os pactos em matéria de união estável.¹⁸] Por via reflexa, como uma conseqüência natural da tipicidade dos direitos reais, verifica-se, também, em relação aos contratos constitutivos desses direitos e aos translativos da propriedade. Limitações existem, igualmente, no setor do Direito Societário. É regra aceita, finalmente, que as obrigações nascidas da declaração unilateral de vontade só se admitem nas figuras expressamente disciplinadas na lei.

A significação da política legislativa de limitação, em todos os seus aspectos, da liberdade contratual, pode-se definir tentando-se visualizá-lo na ótica das repercussões do seu exercício na vida econômica e social.

Nessa perspectiva, observam-se três reflexos hoje cristalinos:

- 1º) a descentralização da produção jurídica pela liberdade de contratar entregou aos fortes o poder de dominar os fracos (economicamente, circunstancialmente) – Max Weber;
- 2º) a massificação das relações contratuais eliminou a possibilidade de sua constituição pelo contrato clássico, tornando-o impotente “para fazer face às exigências de uma sociedade que não se esteia mais no indivíduo isolado” – Meucci;
- 3º) a organização da economia em grandes empresas e concentrações econômicas lhes assegurou um poder tão forte que “o ato do seu exercício se realiza pelas formas de coerção e autoridade próprias das atividades públicas” – Lisserre.

Com efeito, o resultado negativo do exercício da liberdade contratual foi condensado magnificamente numa frase de Lacordaire que se tornou famosa: “Entre o fraco e o forte é a liberdade que escraviza e a lei que liberta.” A experiência demonstrou, muitas vezes cruelmente, o acerto desse pensamento.

Relações uniformes que se travam em massa (basta pensar nos milhões de contratos de transporte que se concluem diariamente) não poderiam estar sujeitas aos princípios da liberdade contratual. Seria praticamente impossível. Eis por que um dado da experiência quotidiana acaba com o “primado da vontade individual” florescente na sociedade atomística do século XIX e torna imprestável seu magnífico instrumento – o contrato tradicional. E de tal modo realmente nossa vida de todos os dias é repleta de compromissos e obrigações preestabelecidos por outrem sem o concurso de nossa vontade.

Finalmente, assistimos a fenômeno extremamente curioso da prática, por particulares, de atividades que já tornaram públicas por seu interesse social. O poder que têm esses particulares só é *privado* do ponto de vista dos sujeitos que o exercem. No fundo, são poderes de Direito Público.

A derradeira nota parece ser a mais importante inclusive nas implicações que encerram essa contradição.

17. Processos técnicos para coibir abusos. O complexo de *poderes enfeixados no princípio da liberdade de contratar* vem perdendo a elasticidade original. A evolução do Direito desenrola-se flagrantemente na direção oposta às teses do individualismo jurídico. Compreende-se. A regra da autonomia da vontade representa menos um *princípio* do que uma *política* negativa, de abstenção, de não-intervenção.¹⁹ Corresponde, no plano jurídico, à concepção liberal do Estado. O movimento de reação às conseqüências dessa filosofia irradiou-se com tamanha veemência, que ninguém mais defende a conservação de suas primeiras concepções. O sentido novo dado aos seus postulados fundamentais precisa, assim, ser fixado, para uma definição precisa das atuais matrizes filosóficas do *Direito Contratual*.

O sentido de evolução ainda não foi apontado com segurança. Seria prematuro afirmar-se que o *princípio da autonomia da vontade* será eliminado ou tão restringido que a *liberdade de contratar* se reduz à escolha do tipo contratual definido na lei, com todos os efeitos regulados imperativamente. Em vez de especular sobre a sua sorte ou a respeito da evolução *das obrigações*, mais vale, para não fugir à realidade, enunciar os *processos técnicos* que o Direito Positivo da atualidade utiliza para evitar ou coibir as conseqüências inadmissíveis da aplicação dos dogmas individualistas em sua pureza original.

Esses *meios técnicos* são 1º) a conversão de *leis supletivas* em *leis imperativas*; 2º) o controle da atividade de certas empresas; 3º) a *discussão corporativa*.²⁰

O processo de conversão de leis supletivas em imperativas ensejou a elaboração de novo princípio do Direito Contratual, o da *regulamentação legal do conteúdo dos contratos*, hoje admitido, sem maior relutância, em relação a certas espécies contratuais. Consiste em regular o conteúdo do contrato por disposições legais imperativas, de modo que as partes, obrigadas a aceitar o que está predisposto na lei, não possam suscitar efeitos jurídicos diversos. Em conseqüência, a vontade deixa de ser autônoma e a liberdade de contratar retrai-se. Não mais regras supletivas, que as partes observam se coincidem com seus interesses, mas normas imperativas, a cuja obediência não podem furtar-se. Contratos padronizados. Fala-se, então, em *dirigismo contratual*.

A intervenção também ocorre mediante controle estatal da constituição e do funcionamento de empresas cuja atividade interessa à economia popular ou se exerce no setor da *assistência vital*. O Estado faz depender de sua autorização o funcionamento dessas empresas, condicionando-o a que assumam certas obrigações nos contratos para o cumprimento de suas finalidades.

O terceiro *processo técnico* importa regresso ao princípio da liberdade de contratar mediante a restauração do equilíbrio de forças dos contratantes. As pessoas, que podem figurar numa relação jurídica como uma de suas

partes, organizam-se, fortalecendo-se, para que, na formação do contrato, em que são interessadas, discutir as condições contratuais em pé de igualdade com a outra *parte*. Trava-se, nesse caso, a *discussão corporativa*, como ocorre, expressamente, no *contrato coletivo de trabalho*. Esse processo técnico afasta a *regulamentação autoritária*, substituindo-a pela aquiescência livre dos interessados.²¹

Em última análise, as medidas técnicas decorrem do reconhecimento de que a desigualdade real entre os contratantes favorece o abuso do mais forte. Procu-ra-se corrigi-la, compensando-se a inferioridade econômica ou circunstancial de uma das partes com uma superioridade jurídica, segundo a fórmula de Gallart Folch,²² ou com a possibilidade, através do espírito associativo, da restauração da equivalência de forças.

18. O princípio do consensualismo. A idéia de que o simples consentimento basta para formar o contrato é conquista recente do pensamento jurídico. Nas civilizações anteriores, dominavam o formalismo e o simbolismo. A *formação* dos contratos subordinava-se à obediência de determinada *forma* ritual.

A evolução do Direito Contratual em Roma prova que o *ritual* tinha importância decisiva. Os *contratos reais* realizavam-se *per aes et libram*, solenidade executada pelo *libripens*, que consistia no ato simbólico de pesar numa balança. Os *contratos verbais*, pela *stipulatio*. Os *contratos literais* só se perfaziam com a redação de um escrito – *litteris* –, o qual não servia apenas para a prova, mas para lhes dar existência. Formavam-se pelas *nomina transcripticia* e pelos *chirographa* e *syngraphae*. Somente nos *contratos consensuais* chegaram a admitir a formação pelo simples consentimento. Eram, porém, de número escasso.

No Direito hodierno vigora o *princípio do consentimento*, pelo qual o acordo de vontades é suficiente à perfeição do contrato.²³ Em princípio, não se exige *forma especial*. O consentimento – *solo consensu* – forma os contratos, o que não significa sejam todos simplesmente *consensuais*, alguns tendo sua validade condicionada à realização de solenidades estabelecidas na lei e outros só se perfazendo se determinada exigência for cumprida. Tais são, respectivamente, os *contratos solenes* e os *contratos reais*. As exceções não infirmam, porém, a regra, segundo a qual a simples *operação* intelectual do concurso de vontades pode gerar o contrato.

19. Princípio da força obrigatória. O *princípio da força obrigatória* consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente seu *conteúdo*, vale dizer, definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória. Diz-se que é intangível, para significar-se a *irretratabilidade* do acordo de vontades. Nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas, que somente se permitem mediante novo concurso de vontades. O contrato importa restrição voluntária da liberdade; cria vínculo do qual nenhuma das partes pode desligar-se sob o fundamento de que a execução a arruinará ou de que não o teria estabelecido se houvesse previsto a alteração radical das circunstâncias.

Essa força obrigatória atribuída pela lei aos contratos é a pedra angular da segurança do comércio jurídico.

O princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos significa impossibilidade de *revisão pelo juiz*, ou de libertação por ato seu.

As cláusulas contratuais não podem ser alteradas judicialmente, seja qual for a razão invocada por uma das partes. Se ocorrem motivos que justificam a intervenção judicial em lei permitida, há de realizar-se para decretação da nulidade ou da resolução do contrato, nunca para a modificação do seu conteúdo.

Dada ao *princípio da força obrigatória dos contratos*, essa inteligência larga não se apresenta como corolário exclusivo da regra moral de que todo homem deve honrar a palavra empenhada. Justifica-se, ademais, como decorrência do próprio princípio da autonomia da vontade, uma vez que a possibilidade de intervenção do juiz na economia do contrato atingiria o poder de obrigar-se, ferindo a liberdade de contratar.

A necessidade lógica de preservar de estranhas interferências a esfera da autonomia privada conduziu necessariamente ao robustecimento do princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos. No contexto normal desse princípio, não seria possível admitir que a superveniência de acontecimentos determinantes da ruptura do equilíbrio das prestações pudesse autorizar a intervenção do Estado, pelo órgão da sua magistratura, para restaurá-lo ou liberar a parte sacrificada. Cada qual que suporte os prejuízos provenientes do contrato. Se aceitou condições contratuais extremamente desvantajosas, a presunção de que foram estipuladas livremente impede se socorra da

autoridade judicial para obter a suavização, ou a libertação. *Pacta sunt servanda*. Ao Direito é indiferente a situação a que fique reduzido para cumprir a palavra dada.

Esse princípio mantém-se no Direito atual dos contratos com atenuações que lhe não mutilam a substância. As exceções preconizadas, e já admitidas, com hesitação, em poucas legislações revelam forte tendência para lhe emprestar significado menos rígido, mas não indicam que venha a ser abandonado, até porque sua função de segurança lhe garante a sobrevivência. O que mais se não admite é o sentido absoluto que possuía. Atribui-se-lhe, hoje, relatividade que a doutrina do individualismo recusava. O intransigente respeito à liberdade individual que gerara intolerância para com a intervenção do Estado cedeu antes novos fatos da realidade social, cessando, em consequência, a repugnância a toda limitação dessa ordem. Passou-se a aceitar, em caráter excepcional, a possibilidade de intervenção judicial do conteúdo de certos contratos, admitindo-se exceções ao princípio da intangibilidade. Em determinadas circunstâncias, a força obrigatória dos contratos pode ser contida pela autoridade do juiz. Conquanto essa atitude represente alteração radical nas bases do Direito dos contratos, como parece a alguns entusiastas do poder pretoriano dos juizes, a verdade é que, no particular, houve sensível modificação do pensamento jurídico.

A mudança de orientação deve-se a acontecimentos extraordinários, que revelaram a injustiça da aplicação do princípio nos seus termos absolutos. Após a primeira conflagração mundial, apresentaram-se, em alguns países beligerantes, situações contratuais que, por força das circunstâncias, se tornaram insustentáveis, em virtude de acarretarem onerosidade excessiva para um dos contratantes. Na França, o Conselho de Estado admitiu, então relativamente a contratos de concessão de serviço público, que seu conteúdo poderia ser revisto, desde que novas circunstâncias, fora de toda previsão, houvessem determinado, para o cumprimento das obrigações, tamanha onerosidade que a sua execução importasse a ruína econômica do devedor. A Lei *Failliot*, de 21 de maio de 1918, embora de emergência, consagrou, de modo nítido, o princípio da *revisão*, dispondo que os contratos mercantis estipulados antes de 1º de agosto de 1914, cuja execução se prolongasse no tempo, poderiam ser resolvidos se, em virtude do estado de guerra, o cumprimento das obrigações por parte de qualquer contratante lhe causasse prejuízos cujo montante excedesse de muito a previsão que pudesse ser feita, razoavelmente, ao tempo de sua celebração. Esse diploma legal constitui marco decisivo na evolução do pensamento jurídico no tocante à questão da força obrigatória dos contratos, uma vez que consagra a idéia nova da *imprevisão*.

Para justificar as exceções que a equidade impõe ao princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos, a doutrina, inicialmente, faz ressurgir antiga proposição do Direito canônico, a chamada cláusula *rebus sic stantibus*, e, em seguida, adotou a construção teórica conhecida por *teoria da imprevisão*.²⁴

A cláusula *rebus sic stantibus* considerava-se inserta nos contratos de duração e nos de execução diferida, como condição de sua força obrigatória. Para que conservassem sua eficiência, era subentendido que não deveria ser alterado o estado de fato existente no momento de sua formação. Admitia-se, em suma, que *contractus qui habent tractum sucessivum et dependetiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*. Assim deveriam ser entendidos, presumida a cláusula.

Tratava-se, porém, de construção rudimentar, porquanto baseada na existência de condição resolutiva implícita, sem levar em conta fatores que vieram a ser fixados como elementos decisivos à revogação circunstancial do *princípio da força obrigatória*. Não deve bastar, com efeito, a alteração do estado de fato no momento da formação do vínculo. É preciso algo mais que justifique a quebra da fé jurada. A impossibilidade de prever a mudança desse estado veio a ser considerada condição indispensável à modificação do conteúdo do contrato pela autoridade judicial, ou à sua resolução. Julgou-se esse requisito tão importante que a construção nova passou a se conhecer sob a denominação de *teoria da imprevisão*.

Novas técnicas de redação do contrato generalizaram as *hardship clauses* do Direito Internacional, que autorizam a *revisão do contrato* no caso de circunstâncias supervenientes alterarem substancialmente o equilíbrio original das obrigações das partes.

20. Teoria da imprevisão.²⁵ Na justificação moderna da relatividade do poder vinculante do contrato, a idéia de *imprevisão* predomina. Exige-se que a alteração das circunstâncias seja de tal ordem que a excessiva onerosidade da prestação não possa ser prevista. Por outras palavras, a imprevisão há de decorrer do fato de ser a alteração determinada por circunstâncias extraordinárias. As modificações por assim dizer normais do estado de fato existente ao tempo da formação do contrato devem ser previstas, pois constituem, na justa observação de Ripert, uma das razões que movem o indivíduo a contratar, garantindo-se contra as variações que trariam insegurança às suas

relações jurídicas. Quando, por conseguinte, ocorre a agravação da responsabilidade econômica, ainda ao ponto de trazer para o contratante muito maior onerosidade, mas que podia ser razoavelmente prevista, não há que pretender a resolução do contrato ou a alteração de seu conteúdo. Nesses casos, o princípio da força obrigatória dos contratos conserva-se intacto. Para ser afastado, previsto é que o acontecimento seja extraordinário e imprevisível.

Mas não basta. Necessário ainda que a alteração imprevisível do estado de fato determine a dificuldade de o contratante cumprir a obrigação, por se ter tornado excessivamente onerosa a prestação. A modificação quantitativa da prestação há de ser tão vultosa que, para satisfazê-la, o devedor se sacrificaria economicamente. Chega-se a falar em *impossibilidade*. Pretende-se, até, criar a categoria da *impossibilidade econômica*, ao lado da física e da jurídica, para justificar a resolução do contrato, mas, se a equiparação procedesse, estar-se-ia nos domínios da força maior, não cabendo, em conseqüência, outra construção teórica. A onerosidade excessiva não implica, com efeito, impossibilidade superveniente de cumprir a obrigação, mas apenas dificulta, embora extremamente, o adimplemento. Porque se trata de dificuldade, e não de impossibilidade, decorre importante conseqüência, qual seja a da necessidade de verificação prévia, que se dispensa nos casos de força maior.

Portanto, quando acontecimentos extraordinários determinam radical alteração no estado de fato contemporâneo à celebração do contrato, acarretando conseqüências imprevisíveis, das quais decorre excessiva onerosidade no cumprimento da obrigação, o vínculo contratual pode ser resolvido ou, a requerimento do prejudicado, o juiz altera o conteúdo do contrato, restaurando o equilíbrio desfeito. Em síntese apertada: ocorrendo anormalidade da *alea* que todo contrato dependente de futuro encerra, pode-se operar sua resolução ou a redução das prestações.²⁶

Na fundamentação da retratabilidade, por força da chamada *imprevisão*, dissentem os escritores. Explicam-na alguns, esclarecendo que a alteração do estado de fato faz desaparecer a *vontade contratual*, por isso que emitida em atenção às circunstâncias existentes no momento da formação do contrato e às que poderiam ser previstas. Se pudessem as partes prever os acontecimentos que provocaram a alteração fundamental da circunstância, outra seria a declaração de vontade.

Entendem outros que se justifica a resolução, ou o reajustamento, por “falta parcial de *causa do contrato*, no seu aspecto funcional”.

Para outros, o fundamento encontra-se na teoria do *abuso do direito*. O credor abusaria do direito de obter o cumprimento da obrigação, sabendo que, ao exercê-lo, causa a ruína econômica do devedor, tirando vantagem desproporcional, conseguindo proveito inesperado e excessivo. Praticaria, em suma, um *ato excessivo*, que, para alguns, configura abuso do direito.

Vai se buscar ainda esse fundamento na *equidade*, na boa-fé, e em outras idéias gerais.²⁷ Messineo adverte, porém, que é preciso distinguir a *razão de política legislativa*, que inspira a medida, da *razão técnico-jurídica*. A equidade, a boa-fé, a proibição do abuso de direito e tantas outras noções gerais podem ser admitidas como a razão que teria levado o legislador a abrir essa exceção ao princípio da força obrigatória dos contratos. Tecnicamente, não justificam o instituto. No particular, as teorias que explicam a necessidade de revisão de certos contratos, pela apreciação da vontade contratual, oferecem explicação mais satisfatória.²⁸

21. Princípio da boa-fé. O princípio da boa-fé entende mais com a interpretação do contrato do que com a estrutura. Por ele se significa que o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dela inferível. Ademais, subentendem-se, no conteúdo do contrato, proposições que decorrem da natureza das obrigações contraídas, ou se impõem por força de uso regular e da própria equidade. Fala-se na existência de *condições subentendidas*. Admitem-se, enfim, que as partes aceitaram essas conseqüências, que realmente rejeitariam se as tivessem previsto. No caso, pois, a interpretação não se resume a simples apuração da intenção das partes.

O Direito moderno não admite os contratos que os romanos chamavam de *direito estrito*, cuja interpretação deveria ser feita literalmente. Tais contratos somente poderiam existir num sistema dominado pelo *princípio do formalismo*. Uma vez que hodiernamente vigora o *princípio do consensualismo*, são inadmissíveis.

Ao *princípio da boa-fé* empresta-se ainda outro significado. Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com *lealdade e confiança recíprocas*. Numa palavra, devem proceder com *boa-fé*. Indo mais adiante, aventa-se a idéia de que entre o credor e o devedor é necessária a *colaboração*, um ajudando o outro na execução do contrato.²⁹ A tanto,

evidentemente, não se pode chegar, dada a contraposição de interesses, mas é certo que a conduta, tanto de um como de outro, subordina-se a regras que visam a impedir dificulte uma parte a ação da outra.

[Modernamente distingue-se a *boa-fé subjetiva*, que se refere a um estado subjetivo ou psicológico do indivíduo, aplicável notadamente no campo do Direito das Coisas (fala-se em “*possuidor de boa-fé*”, por exemplo), da *boa-fé objetiva*, correspondente a uma regra de conduta, um modelo de comportamento social, algo, portanto, externo em relação ao sujeito.³⁰ A boa-fé aqui referida é a boa-fé objetiva.

O primeiro dispositivo legal a prever a boa-fé no direito brasileiro foi o art. 131, inciso I, do Código Comercial de 1850 (“*A inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras*”). A doutrina, entretanto, entendeu que a boa-fé nele aludida era subjetiva e não procurou desenvolver a regra contida no artigo, o qual permaneceu praticamente sem aplicação por parte dos tribunais. Os arts. 4º, inciso III, e 51, inciso IV do Código do Consumidor, são apontados, assim, como os primeiros a consagrar definitivamente a noção da boa-fé objetiva em nosso sistema.

Por se tratar de princípio amplo, carente de concretização para ser aplicado no caso concreto, procurou-se sistematizar os diferentes papéis da boa-fé no campo contratual. A mais difundida é uma classificação tripartite das funções do princípio da boa-fé (*função interpretativa, função supletiva e função corretiva*).

A *função interpretativa da boa-fé* está prevista no art. 113 do Código Civil. A interpretação dos contratos pode se desenrolar em duas fases. A primeira tem por objetivo a determinação da intenção ou sentido comum atribuído pelas partes à declaração contratual.³¹ Contudo, a declaração contratual freqüentemente apresenta deficiências (lacunas, ambigüidades ou obscuridades) insanáveis mediante a busca da intenção dos contratantes. Entra em jogo, então, a segunda fase da interpretação, cujo fim é eliminar as falhas da declaração negocial. Tendo em vista que todo contrato implica conflito de interesses, essa segunda etapa interpretativa segue critérios objetivos, notadamente a *boa-fé* e os *usos em função interpretativa*. Interpretar conforme a boa-fé é substituir o ponto de vista relevante, posicionando no contexto do contrato um modelo de pessoa normal, razoável, a fim de averiguar o sentido que essa pessoa atribuiria à declaração negocial caso houvesse percebido a deficiência.

Em *função supletiva*, a boa-fé atua criando deveres anexos (também chamados laterais, secundários ou instrumentais). Além dos deveres principais, que constituem o núcleo da relação contratual, há deveres não expressos cuja finalidade é assegurar o perfeito cumprimento da prestação e a plena satisfação dos interesses envolvidos no contrato. Dentre estes, destacam-se os deveres de informação, sigilo, custódia, colaboração e proteção à pessoa e ao patrimônio da contraparte.

A boa-fé enquanto fonte geradora de deveres encontra-se presente no art. 422 do Código Civil (“*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”). Não obstante o dispositivo mencionar apenas a conclusão e a execução do contrato, é certo que a boa-fé cria deveres anexos também na *fase pré-contratual*, isto é, naquele período de negociações preliminares e tratativas que antecedem a conclusão do contrato, bem como na *fase pós-contratual* (*boa-fé post pactum finitum*). Exemplo da incidência da boa-fé na fase pré-contratual é encontrado nos casos de ruptura injustificada das negociações, em que há violação de deveres de colaboração e muitas vezes de informação, ensejando a responsabilidade pré-contratual da parte que rompe as tratativas. Por sua vez, mesmo após a extinção do contrato exige-se que o contratante não adote comportamento capaz de frustrar ou diminuir a vantagem almejada pela outra parte com o negócio (praticando concorrência ou negando-se a fornecer peças de reposição, v.g.), o que evidencia a *boa-fé post pactum finitum*.

Por fim, há a *função corretiva* do princípio da boa-fé. Nessa área, ele atua principalmente no controle das cláusulas abusivas e como parâmetro para o exercício das posições jurídicas. Sob esse aspecto, destaca-se o adimplemento substancial (*substantial performance*), hipótese em que o contratante executa grande parte de suas obrigações e somente deixa de executar parte insignificante perante o todo, cuja consequência principal é impedir a resolução do contrato sob alegação de inadimplemento, além de outras figuras ligadas ao abuso do direito (v.g., a proibição do comportamento contraditório, também denominado *venire contra factum proprium*).³² O Código Civil de 2002 traz a boa-fé em função corretiva no art. 187, ao erigi-la em critério de determinação do abuso do direito (“*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*”).

O princípio da boa-fé é aplicável a toda e qualquer relação contratual, independentemente da existência de debilidade ou hipossuficiência por parte de um dos contratantes ou do desequilíbrio entre os pólos da relação. Reconhece-se, todavia, que o princípio não se aplica igualmente a todas as classes de contratos. Há, por exemplo, algumas peculiaridades na sua aplicação aos contratos celebrados entre pessoas jurídicas (contratos interempresariais). Inicialmente, deve-se observar que a boa-fé incide sobre estes contratos predominantemente nas duas primeiras funções (*interpretativa e supletiva*). Isso porque estas funções representam, em última análise, um reforço à autonomia da vontade, ao contrário da função corretiva. Na função interpretativa, destaca-se a exigência de maior diligência por parte do empresário. Na medida em que interpretar à luz da boa-fé equivale a considerar o modelo de comportamento social esperado de pessoa que estivesse no contexto da parte contratante, isso implica avaliar a declaração e a conduta da parte consoante a diligência dela esperada, o que permite considerar diferentes níveis de diligência. Parece evidente, então, que um empresário tem ônus muito mais intenso de entender as declarações conforme o sentido técnico que possuem na respectiva área de atuação, o que leva a exigir maior grau de diligência, se comparado com o de uma pessoa comum. Ademais, tanto na função interpretativa quanto na supletiva a aplicação do princípio da boa-fé deve necessariamente observar, no campo dos contratos interempresariais, os *usos mercantis*, muito embora estes devam ceder em relação à boa-fé, no caso de eventual incompatibilidade entre eles.]

22. Princípio da relatividade dos efeitos dos contratos. O princípio da relatividade dos contratos diz respeito à sua eficácia. Sua formulação fez-se em termos claros e concisos ao dizer-se que o contrato é *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*, o que significa que seus efeitos se produzem exclusivamente entre as partes, não aproveitando nem prejudicando a terceiros.

Para torná-lo compreensível, é indispensável distinguir da existência do contrato os *efeitos internos*.³³ A existência de um contrato é um fato que não pode ser indiferente a outras pessoas, às quais se torna *oponível*. Os efeitos internos, isto é, os direitos e obrigações dos contratantes, a eles se limitam, reduzem-se, circunscrevem-se. Em regra, não é possível criar, mediante contrato, direitos e obrigações para outrem. Sua eficácia interna é *relativa*; seu campo de aplicação comporta, somente, as partes. Em síntese, ninguém pode tornar-se *credor ou devedor* contra a vontade se dele depende o nascimento do crédito ou da dívida. Pothier, chamando-a de verdade evidente, enunciou a regra nesses termos: “Uma convenção não tem efeito senão a respeito das coisas que constituem seu objeto; e somente entre as partes contratantes.”

O princípio da relatividade dos contratos não é absoluto. Sofre importantes exceções.

Para defini-las, cumpre fixar a noção de *terceiro*. Como tal se considera quem quer que seja totalmente estranho ao contrato ou à relação sobre a qual ele estende os seus efeitos. Assim, o sucessor, a título universal de um contratante, embora não tenha participado da formação do contrato, *terceiro* não é, porque a sua posição jurídica deriva das partes, como tal devendo ser tido.

Há contratos que, fugindo à regra geral, estendem efeitos a outras pessoas, quer criando, para estas, direitos, quer impondo obrigações. Tais são, dentre outros, a *estipulação em favor de terceiro*, o *contrato coletivo de trabalho*, a *locação* em certos casos e o *fideicomisso “inter vivos”*.

O princípio da relatividade dos contratos não se aplica somente em relação aos sujeitos. Incide, igualmente, no objeto, enunciando-se do seguinte modo: o contrato tem efeito apenas a respeito das coisas que caracterizam a prestação. Se o objeto da prestação, recebido pelo credor em virtude de contrato comutativo, tem defeito oculto que o torna impróprio ao uso a que é destinado ou lhe diminui o valor, ou se dele vem a ser privado em virtude de sentença que reconheça o direito de outrem, a eficácia do contrato estará comprometida.³⁴

Consideradas as pessoas em cuja esfera jurídica podem incidir *efeitos finais* de contrato, é de ressaltar a noção de *oponibilidade*, distinguindo três categorias de terceiros: 1ª) os que são estranhos ao contrato, mas participantes do interesse, cuja posição jurídica é subordinada à da parte, como os subcontratantes e os mandatários; 2ª) os que são interessados, mas têm posição independente e incompatível com os efeitos do contrato; 3ª) os que são normalmente indiferentes ao contrato, mas podem ser legitimados a reagir quando sofram particular prejuízo dos efeitos do mesmo contrato, como os credores.³⁵

[23. Princípio do equilíbrio econômico. O princípio do equilíbrio econômico do contrato, ou do *sinagma*, encontra-se presente no Código Civil primordialmente como fundamento de duas figuras, a lesão e a revisão ou

resolução do contrato por excessiva onerosidade superveniente. Em ambos os casos, desempenha papel de limite à rigidez do princípio da força obrigatória do contrato.

A lesão encontra-se disciplinada como defeito do negócio jurídico, no art. 157 do Código Civil, e será analisada no Capítulo 16 desta obra.

Já a revisão ou resolução do contrato por onerosidade excessiva consiste na solução adotada pela legislação italiana para o problema da alteração das circunstâncias,³⁶ enfrentado em outros tempos e países por diversas teorias (dentre as quais a doutrina da cláusula *rebus sic stantibus*, da imprevisão, da pressuposição e da base do negócio). A figura é estudada no Capítulo 15 desta obra.

[24. Princípio da função social do contrato. O princípio da função social do contrato, inovação pioneira do Código Civil de 2002, vem expressamente previsto em seu art. 421: “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*” Trata-se, como é evidente, de norma de ordem pública, como esclarece o art. 2.035, parágrafo único, do mesmo Código. A locução “*função social*” traz a idéia de que o contrato visa a atingir objetivos que, além de individuais, são também sociais. O poder negocial é, assim, funcionalizado, submetido a interesses coletivos ou sociais.

Em sua obra “*Novos temas de direito civil*”, Orlando Gomes já observava que o capitalismo industrial e empresarial, alçando o contrato à condição de *criador de riqueza* (e não mais mero meio circulador), fez com que ele passasse a ter *função social*.³⁷ Em suas palavras: “*Foi somente depois da Segunda Guerra Mundial, quando o capitalismo amadureceu e a revolução tecnológica lhe deu novo alento, que o contrato passou a exercer indiscutível e desenganadamente nova função, de grande significação para a sua evolução. Na fase anterior do capitalismo, quando a sociedade industrial não alcançara o grau de desenvolvimento nem os contornos acentuados na década de 60, o contrato limitava-se, como assinala Roppo, a transferir a propriedade de bens. Não criava riqueza; passou a criá-la. Esta é a grande transformação. O contrato passa a exercer uma nova e importante função no capitalismo maduro. Para compreendê-la é preciso levar em conta e ter em mente o fenômeno da emersão da empresa. A nova maneira de atividade econômica, caracterizada pela organização de fatores de produção em unidades industriais ou comerciais, trouxe o contrato para o centro das forças de propulsão da riqueza. Sua importância econômica refletiu-se na sua significação jurídica, a começar pela forma da organização. A empresa toma juridicamente a configuração de sociedade, isto é, como sociedade anônima, – a notável invenção jurídica do capitalismo. Uma vez constituída, passa a manter relações contratuais necessárias com os seus empregados, com os fornecedores, os distribuidores, os compradores, os financiadores e tantos outros de quem precise para perseguir seus fins, integrando o mercado. Muito mais do que a propriedade da fábrica ou da loja, importam, para o seu desempenho, o controle acionário, o know-how, o leasing, as operações de crédito e financiamento, os contratos, individuais e coletivos, de trabalho, os papéis da nova riqueza mobiliária (cambiais, cédulas, apólices), representativos de direitos patrimoniais que não têm a natureza do direito de propriedade, – direitos que constituem riqueza diretamente criada pelo contrato. Novas técnicas contratuais adotam-se, por sua vez, para a formalização jurídica das operações econômicas necessárias ou convenientes à grande empresa, reafirmando a instrumentalidade do contrato. É enfim outra figura com o mesmo nome. [...] Concluindo: o fenômeno da contratação passa por uma crise que causou a modificação da função do contrato: deixou de ser mero instrumento do poder de autodeterminação privada, para se tornar um instrumento que deve realizar também interesses da coletividade. Numa palavra: o contrato passa a ter função social.*”³⁸

Com a promulgação do Código Civil de 2002, a doutrina tem procurado traçar as primeiras linhas com vistas à delimitação do conteúdo do princípio da função social do contrato. Duas correntes já se antecipam. A primeira delas procura ver no art. 421 do Código uma instância de proteção de *interesses externos às partes contratantes*. Fala-se, então, em “*interesses institucionais*”, expressão que remonta ao constitucionalismo alemão e designa os interesses de determinados grupos sociais (em certo sentido, instituições), jurídica e economicamente distintos dos interesses individuais, tais como o meio ambiente e a defesa da concorrência.³⁹ Esta visão é, de certa maneira, restritiva, pois nega a possibilidade de reconduzir ao princípio da função social do contrato vicissitudes ligadas apenas à relação entre os contratantes. O limite de aplicação do princípio da função social do contrato estaria, precisamente, na lesão a interesses institucionais, necessariamente *externos ao contrato*.

Outra corrente, a que nos filiamos, vislumbra no princípio da função social do contrato também outras aplicações práticas. Entendemos que há pelo menos três casos nos quais a violação ao princípio da função social deve levar à *ineficácia superveniente do contrato*. Juntamente com a *ofensa a interesses coletivos* (meio ambiente,

concorrência etc.), deve-se arrolar a *lesão à dignidade da pessoa humana* e a *impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato*.

A hipótese de lesão à dignidade da pessoa humana foi prevista em enunciado aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002: “Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.”

Com relação à impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato, o fim que não mais pode ser atingido faz com que o contrato perca sua função social, devendo torná-lo juridicamente ineficaz. Entre os casos de frustração do fim do contrato, que agora encontram legalmente um “lugar cômodo” sob a exigência da função social, estão os “*coronation cases*” de Windscheid, quando, na Inglaterra, cidadãos que alugaram sacadas e terraços, para assistir à passagem do cortejo de Eduardo VII, se viram frustrados com o cancelamento do percurso das carruagens (mas as janelas e sacadas permaneceram à disposição); ou também o caso de Larenz, do artesão que, na Alemanha, insistia em fazer a porta de igreja, já demolida por bombardeio aliado, porque o contrato havia sido assinado; e, assim, inúmeras outras situações em que, sem haver impossibilidade da prestação, o verdadeiro fim do contrato, conhecido das duas partes, já não pode ser atingido. Em todas essas hipóteses, o contrato, tornado inútil, deve ser resolvido por falta de função social.

Na III Jornada de Direito Civil promovida pelo referido Centro de Estudos aprovou-se enunciado especificando a frustração do fim do contrato como hipótese de aplicação do princípio da função social: “A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no direito brasileiro pela aplicação do artigo 421 do Código Civil.”

A grande vantagem da explicitação legal da função social do contrato como limite à atividade privada não está tanto no momento inicial do contrato (a isso responde a teoria das nulidades), e sim no momento posterior, relativo ao desenvolvimento da atividade privada.]

¹ Henri de Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, t. II, p. 425.

² Henri de Page, ob. cit., p. 425. Gunot, *Le Principe de l'Autonomie de la Volonté*; Duguit, *Les Transformations Générales du Droit Privé*; Betti, *Teoria del Negocio Jurídico*.

³ *Introdução ao Direito Civil*.

⁴ Colin et Capitant, *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, t. II, p. 274.

⁵ Bessone, *Aspectos da Evolução da Teoria dos Contratos*.

⁶ Cf. Henri de Page, t. 1º, p. 100.

⁷ Henri de Page, ob. cit., t. 1º, p. 102.

⁸ Henri de Page, ob. cit., t. 1º, p. 103.

⁹ Henri de Page, ob. cit., t. 1º, p. 112.

¹⁰ Lacordaire. A expressão “dirigismo contratual” significa, para Josserand, seu criador, que o contrato se tornou uma operação dirigida, seja pelo poder público, legislador ou juiz, seja por um só dos contratantes, que impõe sua fórmula e suas condições ao outro – *Tendances actuelles du contrat*. Ver do autor *Contrato de Adesão*, Ed. Rev. dos Tribunais.

¹¹ Morin, *La Loi et le Contrat*.

¹² [Art. 464 do Código Civil].

¹³ cf. art. 636.

¹⁴ Rescigno, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, p. 253; [art. 2.932 do Código Civil italiano: “Se aquele que está obrigado a concluir um contrato não cumprir a obrigação, poderá a outra parte, desde que seja isso possível e não esteja excluído pelo título, obter uma sentença que produza os efeitos do contrato não concluído”. No Direito pátrio as obras de Comentários ao Código de Processo Civil.]

¹⁵ [Cf. art. 819 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil.]

¹⁶ Khalil, *Le Dirigisme Economique et les Contrats*, p. 272.

¹⁷ [Art. 1.639, § 2º, do Código Civil].

¹⁸ [Art. 1.725 do Código Civil].

¹⁹ Jean Dabin, *La Technique de l'Élaboration du Droit Positif*, p. 35.

- ²⁰ Henri de Page, ob. cit., t. II, p. 430. A intervenção do legislador vai ao ponto de impor o limite do valor da prestação, como ocorre com o tabelamento de gêneros, mercadorias e serviços, a fixação de aluguéis e a limitação da taxa de juros e multas contratuais.
- ²¹ Henri de Page, ob. cit., t. II, p. 431.
- ²² *Las Convenciones Colectivas de Trabajo*.
- ²³ O princípio do consensualismo é considerado, por alguns, manifestação do liberalismo, mas foi conservado nas legislações que se libertaram dessa influência, posto se note sua inclinação para o formalismo em novas bases.
- ²⁴ Cons., na literatura brasileira, Abgar Soriano, A Cláusula “rebus sic stantibus”; Arnoldo Medeiros da Fonseca, Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão; Nehemias Gueiros, A Justiça Cumulativa no Direito das Obrigações; Darcy Bessone, Aspectos da Evolução da Teoria dos Contratos; Vieira Neto, O Risco e a Imprevisão. Na literatura estrangeira: cons. o excelente ensaio de Osti, G., “La Cosidetta Clausola rebus sic stantibus nel suo Sviluppo Storico”, in *Rivista di Diritto Civile*, 1912; Larenz, *Bases del Negocio Jurídico*.
- ²⁵ [Art. 317 do Código Civil].
- ²⁶ Messineo, *Dotrina Generale del Contratto*; Mirabelli, *Dei Contratti in Generale*.
- ²⁷ V. a exposição dessas teorias em Arnoldo Medeiros da Fonseca, *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, nº 153. Cons. do autor: *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*.
- ²⁸ Nesse sentido, a teoria das bases do negócio jurídico. Cons. Oertmann, *Introducción al Derecho Civil*; Larenz, *Las Bases del Negocio Jurídico*.
- ²⁹ Demogue, *Obligations*, t. VI, nº 12.
- ³⁰ [No Código Civil alemão, à locução “*boa-fé*” correspondem duas expressões distintas, conforme se trate da boa-fé subjetiva (*guter Glauben*) ou da boa-fé objetiva (*Treu und Glauben* – literalmente “*lealdade e confiança*”).]
- ³¹ [Art. 112 do Código Civil].
- ³² [Para um tratamento sistemático destas e de outras figuras, reunidas sob a rubrica do “exercício inadmissível de posições jurídicas”, vide a excelente obra de Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 719 e segs.]
- ³³ Henry de Page, ob. cit., vol. 1º, p. 154.
- ³⁴ No exame dos vícios redibitórios e da evicção, o problema da eficácia do contrato em relação ao objeto será examinado, mais largamente, no Cap. 6º, nos 68 a 72.
- ³⁵ Mirabelli, *Dei Contratti in Generale*, pp. 220-21.
- ³⁶ [Cf. arts. 1.467 e 1.468 do Código Civil italiano de 1942].
- ³⁷ [“A função do contrato”, in *Novos temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, pp. 101 a 109.]
- ³⁸ [Orlando Gomes, “A função do contrato”, cit., pp. 108 e 109.]
- ³⁹ [Calixto Salomão Filho, “Função social do contrato: primeiras anotações”, in *Revista dos Tribunais*, volume 823, pp. 67 a 86, maio de 2004.]

Capítulo 3

PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DO CONTRATO

Sumário: 25. Distinção entre pressupostos e requisitos. 26. Capacidade das partes. 27. Idoneidade do objeto. 28. Legitimação. 29. Consentimento. 30. Classificação das declarações. 31. Modos de consentir. 32. Consentimento pelo silêncio. 33. Declaração direta e indireta. 34. Consentimento expresso e tácito. 35. Forma. 36. Causa e objeto.

25. Distinção entre pressupostos e requisitos. Requer o *contrato*, para valer, a conjunção de *elementos extrínsecos* e *intrínsecos*. A doutrina moderna distingue-os sob os nomes, respectivamente, de *pressupostos* e *requisitos*.¹

Pressupostos são as condições sob as quais se desenvolve e pode desenvolver-se o contrato (Ferrara). Agrupam-se em três categorias, conforme digam respeito: 1º) aos *sujeitos*; 2º) ao *objeto*; 3º) à *situação dos sujeitos em relação ao objeto*.² Todo *contrato pressupõe*:

- a) *capacidade das partes*;
- b) *idoneidade do objeto*;
- c) *legitimação para realizá-lo*.

Esses pressupostos devem estar presentes no momento em que o contrato se realiza ou alcança vigor (Betti). São, portanto, *extrínsecos*, embora se integrem posteriormente na relação contratual. Mas não bastam. A lei exige outras condições para o contrato cumprir sua função econômico-social típica. São *requisitos* complementares, considerados *elementos intrínsecos* indispensáveis à validade de qualquer *contrato*:

- a) o *consentimento*;
- b) a *causa*;
- c) o *objeto*;
- d) a *forma*.

Porque os *pressupostos* e os *requisitos* se *completam*, confundem-se, apesar de serem elementos diversos. Por simplificação, diz-se que são *requisitos* essenciais à validade do negócio jurídico: a *capacidade do agente*, a *possibilidade do objeto* e a *forma*, esta quando prescrita em lei. Sendo o contrato *negócio jurídico bilateral*, a vontade dos que o realizam requer exame à parte, por ser particularização que precisa ser acentuada. Assim, o acordo das partes adquire importância especial entre os elementos essenciais dos negócios jurídicos bilaterais. É, de resto, sua força propulsora.

26. Capacidade das partes. Todo negócio jurídico pressupõe agente capaz, isto é, pessoa apta a realizá-lo. As regras da *capacidade* aplicam-se indistintamente aos negócios jurídicos unilaterais e bilaterais.³

Não se deve confundir *incapacidade jurídica* com a *incapacidade natural*. Pressuposto do contrato é a *capacidade legal* de agir. A *incapacidade natural* afeta, sem dúvida, a validade do negócio jurídico, mas não porque falte um de seus pressupostos. O aspecto mais interessante sob que se apresenta o problema é o da celebração de contrato por insano mental não interdito. Tem capacidade jurídica, mas lhe falta capacidade natural. Nesse caso há que admitir a nulidade do contrato, já que existe a mesma *ratio juris* determinante da incapacidade dos interditos.

Não pode valer contrato que se estipule com pessoa que não está no uso da razão, mas, como o contrato é negócio jurídico bilateral, a invalidade só se justifica se o outro contratante sabia que contratava com doente mental.

27. Idoneidade do objeto. O contrato é acordo destinado a regular interesses. Necessário, portanto, que tenha *objeto* lícito e possível [, bem como determinado ou determinável⁴].⁵ Imprescindível, ainda, a adequação do objeto ao fim visado pelos contratantes.

A *idoneidade do objeto* pode ser excluída por motivos técnicos ou razões de política legislativa e se apresenta em termos *absolutos* ou *relativos*.

A *inidoneidade* por *motivos técnicos* ocorre quando as partes utilizam contrato que não comporta o objeto, como o comodato de coisas consumíveis ou o penhor de imóveis. Dir-se-ia melhor que, nesses casos, o contrato tem *falsa causa*, visto que há desvio em sua função econômica.

Outras vezes, *razões de política legislativa* levam o legislador a proibir que certos interesses sejam objeto de relação contratual. Não se permite, por exemplo, que a herança da pessoa viva constitua objeto de contrato. Diz-se que há *impossibilidade jurídica*. Objeto inidôneo são ainda os bens sobre os quais o titular não tem o poder de dispor (inalienáveis).

A *inidoneidade do objeto* é estabelecida, geralmente, em termos absolutos, mas há formas de *inidoneidade* relativa. [A impossibilidade relativa do objeto não é causa de nulidade do contrato⁶].

Uma vez que a *idoneidade do objeto* é *pressuposto de validade*, a consequência de sua falta é a nulidade do contrato.

Se bem que a *idoneidade* do objeto seja elemento extrínseco, a ser apreciado no momento da formação do contrato, a *inidoneidade* superveniente, verificada antes que seus efeitos se produzam, compromete sua validade.

28. Legitimação. A doutrina moderna distingue *capacidade* de *legitimação*.

A distinção veio do Direito Processual. Para exercer o *direito de ação*, não basta ao titular ser *capaz*. Requer-se ainda que seja *parte legítima*, isto é, idônea, para movimentar a relação processual, por ter interesse a ser protegido. Pode alguém ser capaz, mas não ter legitimidade *ad causam*.

Este conceito foi trazido para o campo do Direito Privado. Pessoa plenamente capaz de exercer os atos da vida civil vê-se proibida de praticar alguns em virtude da posição em que se encontra relativamente a seu objeto.⁷ Trata-se de *pressuposto* diverso do de *capacidade*, porque a impossibilidade de agir é *circunstancial*. No problema da *capacidade*, o que se discute são as qualidades intrínsecas da pessoa, que a habilitam ou não, ao exercício dos atos da vida civil, enquanto no problema da *legitimação* o que conta é a posição da pessoa em relação a determinados bens que podem ser objeto de negócios jurídicos em geral, ou em relação a especiais categorias de negócios.⁸ O conceito da *legitimação* tende, porém, a ampliar-se, para abranger casos nos quais não se apresenta como um dos aspectos da *idoneidade do objeto*, a que se reduziria, se entendido como simples posição do sujeito em relação ao objeto do contrato. Assim, um contrato celebrado por alguém que não pode ter interesse na coisa que constitui seu objeto é estipulado por *parte ilegítima*, e, sob esse fundamento, inválido, sem que seu objeto seja impossível.⁹

A *legitimação* pode ser *direta* ou *indireta*.

A *legitimação direta*, também chamada *ordinária*, cristaliza-se na *competência* de toda pessoa capaz para regular seus próprios interesses, dispondo de seus direitos e contraindo obrigações. Interessa distinguir os *atos aquisitivos*, *dispositivos*, *vinculativos* e *liberatórios*¹⁰ Toda pessoa pode adquirir direitos, salvo se está em posição que constitui obstáculo à aquisição de algum. Em relação aos *atos aquisitivos*, exige-se apenas a intervenção, direta ou indireta, daquele a quem aproveitam. Os *atos dispositivos* decorrem do poder geral que a ordem jurídica outorga às pessoas capazes, pelo qual ao titular de qualquer direito, que não seja inalienável, é facultado dele dispor, livremente, por ato entre vivos, ou *mortis causa*. Está legitimado para tanto. Proibições existem, no entanto, que o inabilitam à disposição de alguns, faltando-lhe, nesses casos, *legitimação* para agir. Autorizada, também, está a pessoa capaz para praticar qualquer *ato vinculativo*, contraindo as obrigações que lhe aprouver, mas somente ela própria tem poder para obrigar-se. Da vontade de outrem não pode nascer obrigação para ninguém. Não há, pois, *legitimação* para a prática de atos vinculativos que obriguem *terceiro*. Por fim, o poder de praticar *atos liberatórios*, como os de extinção das obrigações, não corresponde apenas ao devedor. Qualquer interessado no ato liberatório é parte legítima para praticá-lo.

A *legitimação indireta* existe quando o ato é praticado por alguém investido nos poderes necessários à sua realização. Os interesses de uma pessoa, nesse caso, são dispostos por outra, que adquire legitimidade para agir,

porque lhe é delegada pela lei ou pelo próprio interessado. A *legitimidade indireta* configura-se por meio da *representação*¹¹ e da *autorização*.

A *legitimação* pode ser *real* ou *aparente*. É aparente quando, havendo erro comum, alguém figura como titular de direito e interesses que, verdadeiramente, não lhe correspondem.

Distingue-se também a *legitimação ativa* da *passiva*. Caracteriza-se esta pela “inexistência de uma relação com a coisa ou com a pessoa”, como, por exemplo, no caso de compra de coisa própria.

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

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

Na acepção lata, o *consentimento* significa a integração das vontades distintas. Na acepção restrita, a vontade de cada *parte*. Integradas as vontades, dá-se o *acordo*, que consiste, pois, na fusão de duas declarações, distintas e coincidentes. As declarações são independentes. Sujeita-se, cada qual, às regras que regulam as manifestações individuais de vontade. Emitidas de harmonia com os requisitos exigidos, é preciso que se encontrem. Indispensável, portanto, que cada parte leve sua vontade ao conhecimento da outra. A *comunicação* é condição necessária à formação do *consentimento*, pertencendo a *proposta* e a *aceitação* à categoria das *declarações receptícias* ou *recipiendas de vontade*. Para a conclusão do contrato, é preciso o *intercâmbio* das duas declarações, precedido, freqüentemente, de *negociações preliminares*. A *troca de declarações* não é, entretanto, suficiente. Necessário se torna que as duas declarações se ajustem, integrando-se uma na outra.

A vontade de cada interessado na conclusão de um contrato há de ser manifestada com o propósito real de realizá-lo. A que se declara por gracejo – *ludendi gratia* – não possui valor jurídico.

Não vale, outrossim, a declaração em que, de todo, falta a vontade, como a que se faz sob *coação física* (*vis absoluta*), ao contrário da que se emite sob *vis compulsiva*, que apenas torna anulável o contrato por *vício de consentimento*.

Para o consentimento ser perfeito, não basta que a vontade de celebrar o contrato seja livre e séria. Inexiste propósito de contratar *in abstracto*. A declaração de vontade há de ser emitida em correspondência ao conteúdo do contrato que o declarante tem em vista, atento ao fim que o move a contratar. Muitas vezes ocorre divergência entre a *vontade real* e a *declarada*. Quando se origina de certa causa, diz-se que o *consentimento* é viciado. São *vícios do consentimento* o *erro*, o *dolo* e a *coação*.¹²

30. Classificação das declarações. A manifestação da vontade, nos contratos, verifica-se mediante *declaração receptícia*.¹³ A *declaração* pode ser:

- a) *verbal, escrita ou simbólica;*
- b) *direta ou indireta;*
- c) *expressa, tácita ou presumida.*

A *declaração simbólica* compreende a *declaração mímica* e a *declaração por sinais*.

Modalidade especial da *declaração indireta* é a *declaração implícita*.

O *silêncio* não participa da natureza de uma *declaração*, pois esta caracteriza-se pelo *propósito notificatório*, que não pode existir num estado de absoluta inércia. Admite-se, contudo, que, em certas circunstâncias, o silêncio vale como *vontade positiva*.¹⁴ Nesses casos, é forma de *consentimento*, por implicar aceitação, mas, embora equivalha a uma *declaração*, não pode ser como tal considerado. Não obstante, muitos o incluem entre as *declarações tácitas*.

31. Modos de consentir. *Declaração* é a exteriorização da vontade destinada a levar ao conhecimento de outrem a intenção de provocar determinados efeitos jurídicos. Configura-se, em *síntese*, pelo *propósito notificatório*.¹⁵

As *declarações* pressupõem *processo de comunicação*. Fazem-se mediante palavras, gestos ou sinais. Conforme o meio empregado, são *verbais, escritas* ou *simbólicas*.

São *verbais* as declarações por meio de palavras ouvidas pela pessoa a quem se dirige, nada importando a distância em que se encontre o destinatário. Se o declarante utiliza processos mecânicos para a transmissão de sua voz, como o telefone, a declaração é *verbal*.

Declarações escritas são as que constam de *instrumento*, ou *documento*, cujo texto pode ser do próprio punho do declarante, ou de outrem, assumindo a forma manuscrita, e, também, datilografada ou impressa. Para que a vontade declarada por escrito se considere autêntica, exige-se que o *instrumento* contenha a *assinatura* do declarante, *autógrafo* ou *hológrafo*, permitindo-se, em alguns casos, sua substituição pela *impressão digital*.

Diz-se *simbólica* a declaração por meio de gestos ou sinais. A que se faz através de *gestos* chama-se *declaração mímica*. Assim, a inclinação da cabeça para a frente é tida como expressão de assentimento. Significativo, igualmente, o gesto de levantar o braço. De resto, outros gestos, mediante os quais se exprime a vontade por modo a ser entendida por qualquer pessoa. Podem ser utilizados, ainda, certos *sinais* convencionais, como os *semafóricos*.

As declarações *verbais* podem ser dirigidas a pessoa *presente* ou *ausente*. Entre *presentes* consumam-se com a *emissão*, dado que são ouvidas à medida que se proferem, palavra por palavra. Requer-se apenas que o destinatário possa entendê-las. Vale, em conseqüência, a declaração imediatamente traduzida por *intérprete*.

A *declaração verbal* feita a quem não pode ouvir a voz declarante, dita simplesmente *declaração verbal a ausente*, é a que se comunica por intermédio de *núncio* ou *mensageiro*. Nesse caso, o destinatário toma conhecimento da declaração através das palavras do intermediário, reprodutivas da vontade do declarante. Trata-se de *declaração verbal* emitida por uma pessoa e transmitida por outra. Considera-se também *declaração verbal a ausente* a que se faz a pessoa que certamente a transmitirá por suas ligações com o destinatário, sejam de parentesco ou decorrentes de um vínculo de subordinação, como os empregados.

As *declarações escritas* constituem a forma de manifestação da vontade de quem não pode, pela distância, ou por outra razão, ser interlocutor do destinatário. Contudo, fazem-se freqüentemente entre *presentes*, porque mais vantajosas: *verba volant, scripta manent*.

A vontade de contratar declarada por escrito não produz efeito se não chega ao conhecimento do destinatário. Pertence à categoria das *declarações receptícias*. Atormenta-se a doutrina com o problema de determinação do exato momento em que se há de presumir seu conhecimento por destinatário que crie obstáculos à recepção. É de se admitir que se consuma quando, para obtenção real do conhecimento de seu conteúdo, só falta a atividade que é de esperar daquele a quem é dirigida.¹⁶

Interessante distinção faz-se entre *declaração enunciativa* e *declaração preceptiva*, aquela visando a fazer conhecer algo a outrem e esta a lhe dar ordem.

32. Consentimento pelo silêncio. A *declaração* pressupõe exteriorização da vontade. Porque necessária à formação do contrato, tem-se indagado se o *silêncio* de uma das partes pode ser considerado *declaração de vontade*.

A questão é muito discutida.¹⁷ Solução simplista encontra apoio no aforismo do Direito Canônico: *qui tacet consentire videtur*, quem cala consente. Assim não dispunha, entretanto, o Direito Romano, segundo o qual *qui tacet non atque fatetur, sed tamen verum est eum non negare*,¹⁸ isto é, quem cala nem sempre consente, mas também é certo que não nega. Em princípio, pois, o *silêncio* não valia como *vontade positiva* ou *negativa*.

Contudo, as leis modernas atribuem-lhe valor em determinadas circunstâncias, admitindo que o *silêncio* significa *consentimento* quando quem cala tem o *dever de falar*. Contesta-se que haja obrigação jurídica de falar, mas, em verdade, existe em casos especiais, que se resumem aos seguintes: 1º) por presunção legal; 2º) por anterior acordo entre as partes, no qual lhe atribuem significado de aceitação.

A doutrina moderna distingue o *comportamento omissivo* do *fato concludente* e da *inércia*, todas figuras dantes compreendidas na categoria da *declaração tácita*. Deixou-se, assim, de confundir o *silêncio circunstanciado* com a *atuação da vontade*.¹⁹

Sejam quais forem, porém, as circunstâncias em que se deva atribuir valor jurídico ao *silêncio*, é fora de dúvida que, em todos os casos, mais do que vontade efetiva, o que há, segundo a justa observação de Coviello, é uma *presunção de vontade*. Aceita-se, atualmente, a doutrina do *silêncio circunstanciado*, segundo a qual o *silêncio* vale como vontade *positiva* ou *negativa*, conforme as circunstâncias, inferido o consentimento, pelo intérprete, do comportamento omissivo da parte.

Vários são os casos de consentimento pelo *silêncio*: na locação, a *recondução tácita*; na *doação pura*, quando o donatário se cala no prazo fixado pelo doador; no *mandato*, nos casos em que o mandatário deve declarar a recusa

para que não se presume ter aceito; na *gestão de negócios*, quando, ao ter conhecimento, o *dominus* não desaprova os atos do gestor.

No Direito pátrio, prevê-se expressamente a possibilidade de formação do contrato com o *silêncio* de uma das *partes*. Prescreve com efeito, “se o negócio for daqueles que se não costuma a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa”.²⁰ Não significa *aceitação* o *silêncio* de quem recebe proposta acompanhada de cláusulas cominatórias, como a de que se considera aceito o objeto remetido se não for devolvido dentro em certo lapso de tempo.²¹

Não se deve confundir o silêncio com certos modos de comportamento que implicam atuação da vontade. Procedendo de certa forma, a pessoa manifesta sua vontade. A manifestação, assim dada, é *indireta*, pois a vontade se deduz da conduta. Na terminologia jurídica, o vocábulo *silêncio* não se emprega apenas no sentido de inatividade de um sujeito.

33. Declaração direta e indireta. Não há critério que possibilite distinguir com absoluta segurança a *declaração direta* da *indireta*. Preferem alguns, como traço distintivo, a *intenção* do declarante. Se a declaração é emitida para determinado fim, diz-se *direta*. Caso contrário, *indireta*. Para outros, o que importa é o *comportamento*. *Declaração indireta* é a que se deduz da conduta do declarante. Na *declaração direta*, não é necessária a ilação, pouco importando a forma de expressão, desde que a vontade se exteriorize em direção imediata ao fim a que visa.

De acordo com essa noção, a *declaração indireta* consubstancia-se nos *facta concludentia*. A vontade é inferida de comportamento concludente.

A *declaração indireta resulta*, assim, tanto de simples ação do indivíduo como de outra declaração. Desta se deduz, algumas vezes, que o declarante não quis apenas o que de modo explícito declarou, pois a emitiu em termos tais que, por dedução lógica, se verifica ter sua vontade maior compreensão. Diz-se, nesse caso, que há *declaração implícita*, intencional ou não.

Posto comumente confundidas, não há coincidência entre *declaração indireta* e *tácita*. Para distinguir a *declaração expressa* da *tácita* o que se considera é a forma de expressão, como se verá a seguir.

34. Consentimento expresso e tácito. Nos contratos, a declaração de vontade pode ser tácita, quando a lei não a exigir expressa. O que a distingue é a *forma de expressão*.

Entretanto, a doutrina vacila entre dois critérios distintivos. Conforme o *critério subjetivo*, havendo *intenção* de emití-la, a declaração é *expressa*. Faltando, tácita. Pelo *critério objetivo*, *declaração expressa* é a que se emite por palavras, gestos ou sinais que exteriorizam, inequivocamente, a vontade. *Declaração tácita*, a que resulta de circunstância indicativa da vontade.

Declaração expressa não se confunde, como visto, com *declaração direta*. A distinção parece sutil, mas não é. A *declaração expressa* caracteriza-se pela forma de expressão da vontade. Há de ser feita por palavras, gestos ou sinais, eis por que são *expressas as declarações verbais, escritas e simbólicas*. Pode haver, porém, *declaração direta* que não seja *expressa*, como acontece quando se cala quem deve falar, admitido, é claro, que há declaração no silêncio.

Não se deve confundir, por outro lado, *declaração tácita* com *declaração implícita*, nem com *declaração presumida*.

A *declaração implícita* é *declaração indireta*, contida numa *declaração direta*, que pode ser expressa. Não se deduz das circunstâncias; admite-se como consequência lógica de uma *declaração explícita*. Quase sempre, porém, as *declarações tácitas* correspondem a *manifestações indiretas* da vontade.

De se distinguir, ainda, a *declaração tácita* da *declaração presumida*. Consiste esta na conduta que, segundo preceito legal, deve ser considerada como a vontade de quem, podendo emití-la, para produzir efeitos jurídicos diversos dos previstos na lei, não faz declaração.²² Presumida é também a declaração quando a determinado comportamento da parte a lei atribui certo efeito, como a extinção da dívida pela restituição do título, ou a *recondução tácita* na locação ou no contrato de trabalho.

35. Forma. Requisito essencial à validade dos negócios jurídicos em geral é a forma pela qual devem ser realizados. Para os *contratos*, vigora o princípio da *forma livre*.²³ Os *contratos formais* ou *solenes* constituem exceção, mas, como é óbvio, os que devem ser estipulados por forma prescrita na lei não valem se não for observada. A invalidade somente se decreta se a forma prescrita for da substância do contrato. Quando exigida apenas para sua prova – *ad*

probationem tantum – não o invalida. A distinção entre *formalidades* “*ad solemnitatem*” e “*ad probationem*” perdeu, porém, sentido, pois a forma somente tem relevância jurídica quando exigida para a validade do contrato. Nulo é, por exemplo, o *contrato de compra e venda* do bem imóvel de valor superior a certa quantia se não celebrado por *escritura pública*.

Embora não exigida para a maioria dos contratos, a *forma escrita* é preferida. Sua superioridade sobre a *forma verbal* é *manifesta*, principalmente no que diz respeito à *prova* do contrato. Ordinariamente, os contratos celebram-se por *instrumento particular*. Para valer, é preciso que seja assinado por pessoa que esteja na disposição e administração livre de seus bens, sendo necessário, ainda, que seja subscrito por duas testemunhas. A *assinatura* pode ser *autógrafa* ou *hológrafa*. No primeiro caso, é do próprio punho. Quando o contratante não sabe ou não pode assinar seu nome, a outrem, a seu rogo, é permitido fazê-lo. Diz-se, então, que a assinatura é *hológrafa*, ou, vulgarmente, *a rogo*. Se, porém, o contratante é analfabeto, a assinatura *a rogo* deve ser aposta em instrumento público. Substitui-se em alguns contratos, como o de *trabalho*, pela *impressão digital*.

Quanto à *autenticidade do texto* de um contrato escrito, presume-a a lei em relação aos signatários. A presunção é *juris tantum*. O instrumento pode ser autenticado pelo reconhecimento das firmas, por tabelião, reforçando-se a autenticidade das declarações mediante sua transcrição no registro público.

Podem as partes optar por outra *forma*, convencionando-a no próprio contrato ou em documento antecedente. A *forma voluntária*, uma vez adotada, é condição para a validade do contrato.

36. Causa e objeto. Prestigiosa corrente doutrinária entende que se deve incluir a *causa* entre os elementos do contrato. Sua conceituação é, no entanto, tão controvertida, e sua utilidade tão discutida, que não poucos a repelem.

A primeira dificuldade a vencer é a confusão entre *causa* da *obrigação* e *causa* do *contrato*. A *corrente objetivista* concorreu, todavia, para tornar mais inteligível a distinção, ao esclarecer a noção de causa do contrato. Por três modos diversos, é conceituada. Pelo primeiro, a *causa* é a *função econômico-social* do contrato. Pelo segundo, o resultado jurídico objetivo que os contratantes visam a obter quando o estipulam. Pelo terceiro, a razão determinante da ação que move as partes a celebrar determinado contrato. Identifica-se a *causa*, outrossim, como a unidade teleológica das prestações, isto é, como o reflexo dos interesses que as partes querem satisfazer ou como síntese dos efeitos essenciais do contrato e determinação do seu conteúdo mínimo.

O conceito de *causa*, como *função* ou *fim econômico-social* do contrato, está mais difundido por ter recebido consagração legal no Código Civil italiano. Contudo, não é imune a críticas. Se a *causa* é o fim típico do contrato, sua função prática não pode ser um de seus *elementos intrínsecos*. Será, quando muito, *elemento extrínseco*, o que não resolve o problema. Considerada nesses termos, viria, por outro lado, a confundir-se com o esquema objetivo do contrato, com seu conteúdo específico, mas, assim sendo, além de conceito inútil, daria a idéia de que não é possível invalidar um contrato por não ter *causa*, ou por ser ilícito, uma vez que o esquema objetivo do contrato está predisposto na lei. Não obstante, tem-se admitido a utilidade da noção, sobretudo na proteção legal dos *contratos atípicos*.²⁴

Pretende-se completar a conceituação *objetiva* com a *subjetiva*, segundo a qual a *causa* seria o *motivo típico* do contrato. Esta noção aproxima-se da terceira concepção objetivista. Os *subjetivistas* mais não fazem do que integrar no processo volitivo dos contratantes a causa-função.²⁵ O *motivo típico* não se confunde com os *motivos individuais, de variação* extrema, que levam as pessoas a realizar contratos. Os motivos individuais são juridicamente irrelevantes, salvo quando a lei lhes atribui valor. O *motivo típico*, doutra parte, não é *causa antecedente*, mas *causa final*, isto é, o fim que atua sobre a vontade para lhe determinar a atuação no sentido de celebrar certo contrato. Mas esse *fim* não é o que cada contratante tem em vista pessoalmente quando contrata. Pouco importa que o motivo determinante da conduta de quem emprestou a outrem determinada quantia seja o de ajudá-la ou de tirar proveito lícito. A razão que o levou a emprestar, o móvel de sua ação, não se projeta de sua mente no campo jurídico. O que tem relevância para o Direito é o *fim imediato*, o *motivo típico* do contrato. Se alguém utiliza um contrato para alcançar fim que não pode ser conseguido por seu intermédio, ou para obter fim ilícito, diz-se que esse contrato é nulo por ter *falsa causa* ou *causa ilícita*.²⁶

É precisamente em razão da possibilidade de torná-lo nulo por esses fundamentos que se pretende justificar a utilidade da noção de *causa*.

A dificuldade de conceituar a causa tem levado alguns juristas a substituí-la pela noção de *móvel*,²⁷ que incita a parte a concluir o contrato.

Apesar da obscuridade, não se pode eliminar dos contratos a *causa*. Doutro modo, não se terá fundamento próprio para invalidá-los, quando desviados da sua função típica, ou quando repugnem à consciência jurídica.

São manifestamente úteis as noções de *falsa causa* e *causa ilícita*.

Se o *propósito negocial* é contrário à lei ou à moral, a invalidação do contrato se justifica por ter *causa ilícita* ou *imoral*. Esse *propósito* contamina o contrato, ou, segundo Federico de Castro y Bravo, lhe “dá sentido”,²⁸ como na doação em recompensa de serviços ilícitos, no pagamento de preço menor pelo receptor, no empréstimo para o jogador continuar jogando.

É óbvio que, nos *contratos típicos*, a *causa* existe sempre, mas quando qualquer destes contratos é utilizado como *instrumento* para regulação de interesses concretos de particulares, pode *faltar* total ou parcialmente, desde a celebração ou supervenientemente, ou na sua *execução*.²⁹ Falta totalmente, desde a origem, quando o contrato não pode desempenhar sua função típica pela ausência de um dos seus elementos estruturais ou funcionais, como no caso do seguro sem risco. Falta parcialmente, desde a origem, quando há desproporção entre os interesses que as partes sacrificam respectivamente,³⁰ como numa troca em que uma das coisas é falsa. Falta na *execução* do contrato, quando se verifica o inadimplemento da obrigação de uma das partes, ou a impossibilidade da prestação. A falta original de *causa* torna *nulo* o contrato, se total, dando lugar à *rescisão*, se parcial, e à *resolução*, se superveniente. Nos *contratos atípicos*, pode a *causa* ser ilícita.³¹

A *causa* se confundiria com o *objeto* do contrato se a noção do *objeto* se confundisse com a de *conteúdo*, como tal se entendendo, com Betti, o complexo de todos os elementos do contrato, do *comportamento negocial ao resultado potencial*. Se *objeto* do contrato fosse tudo isso e abrangesse até a causa final, nele entraria toda modificação da situação jurídico-social que deriva do contrato, e, assim, tudo estaria compreendido no elemento objetivo.³²

O *objeto do contrato* não é a *prestação* nem o objeto desta. A *prestação* é objeto da obrigação e seu objeto tanto pode ser a entrega de uma coisa como o exercício de uma atividade ou a transmissão de um direito. *Objeto* do contrato é o conjunto dos atos que as partes se comprometeram a praticar, singularmente considerados, não no seu entrosamento finalístico, ou, por outras palavras, as *prestações* das partes, não o *intercâmbio* entre elas, pois este é a *causa*.³³

O objeto deve ser, como em todo negócio jurídico, *possível, lícito, determinável*.

[O Código Civil de 2002 trouxe algumas novidades com relação à doutrina da causa. Primeiramente, dada a polissemia do termo “causa”, preferiu referir-se a “falso motivo” no art. 140, em vez de “falsa causa”, expressão adotada no art. 90 do Código Civil de 1916, desfazendo possíveis equívocos. Em segundo lugar, disciplinou o enriquecimento-sem-causa, nos arts. 884 a 886. Deve-se notar que “causa”, na referida expressão, é causa de atribuição patrimonial e não causa do contrato. Parece oportuno, então, esclarecer que a palavra “causa” é empregada em pelo menos cinco sentidos distintos: (a) causa-fato jurídico ou *causa efficiens*; (b) causa-motivo; (c) causa da juridicidade, isto é, o porquê de determinados atos produzirem efeitos jurídicos, podendo qualificar-se como *causa naturalis* (derivada da natureza das coisas) ou *causa civilis* (advinda da lei civil); (d) causa de atribuição patrimonial, cujas espécies mais comuns são *causa credendi*, *causa donandi* e *causa solvendi*; e (e) causa final ou causa do contrato propriamente dita, cujas definições principais são a de função econômico-social do contrato (típica, segundo a doutrina que a consagrou), muito importante para a compreensão de cada tipo contratual, e a de fim do contrato (fim concreto), influente na validade e eficácia dos contratos³⁴].

¹ Requisito, em sentido amplo, é toda causa do efeito jurídico; tecnicamente, elemento intrínseco do ato – Ferrara. Todo elemento cuja presença é necessária para que um ato tenha existência considera-se requisito, mas pode ser também a qualidade que, para sua relevância, deve ter sido elemento.

² Betti, *Teoría General del Negocio Jurídico*, p. 167.

³ Vide do autor, *Introdução ao Direito Civil*, Cap. 12, desta mesma Editora.

⁴ [Art. 104 do Código Civil].

⁵ [Vide do autor, *Obrigações*, Cap. 4, desta mesma Editora].

⁶ [Art. 106 do Código Civil].

⁷ Betti figura as seguintes hipóteses: negócio efetuado pelo representante em seu próprio interesse nos casos em que a representação esteja desautorizada pelo conflito de interesses com o representado; doação feita a quem não pode receber a

- esse título – ob. cit., p. 274. *Vide*, também, Carnelutti, *Teoría General del Derecho*. F. Ferrara dá sentido diverso ao vocábulo. Cons. *Scritti Giuridici*, vol. 3º, p. 492. [Sobre o problema da legitimação para celebrar contrato de compra e venda, *vide* Cap. 20.]
- ⁸ Betti, ob. cit., p. 168.
- ⁹ *Vide* Galvão Teles, *Dos Contratos em Geral*, p. 246. O exemplo que dá é o seguinte: alguém, sem poderes para isso, dá em penhor coisa que lhe não pertence.
- ¹⁰ Galvão Teles, ob. cit., p. 248.
- ¹¹ *Vide* do autor verbete na *Enciclopédia Portuguesa Verbo, Polis*; [e, também do autor, *Introdução ao Direito Civil*, Cap. 30, desta mesma Editora].
- ¹² [Acerca dos vícios do consentimento, *vide* do autor *Introdução ao Direito Civil*, Cap. 29, desta mesma Editora].
- ¹³ Santoro Passarelli considera imprópria esta designação porque toda declaração é destinada, por definição, a ser recebida por outros sujeitos, e sugere a expressão *declaração endereçada*. *Teoria Geral do Direito Civil*, trad. de Alarcão, p. 110.
- ¹⁴ [Art. 111 do Código Civil].
- ¹⁵ [O autor discorre a respeito da declaração negocial no Cap. 20 da *Introdução ao Direito Civil*, desta mesma Editora].
- ¹⁶ Enneccerus, *Tratado de Direito Civil*, t. 1º, vol. II, p. 142.
- ¹⁷ Bonfante, dentre outros escritores estrangeiros, *Il Silenzio nella Conclusione del Contratti*, in *Scritti Giuridici Varii*, p. 111, e Campagna, *I “Negozzi di Attuazione” e la Manifestazione dell’Intento Negoziale*, p. 402. Entre nós, Serpa Lopes.
- ¹⁸ Paulo, *Dig.* 50, 17, 142.
- ¹⁹ Sacco, *Il Contratto*.
- ²⁰ [Art. 432 c/c 111 do Código Civil].
- ²¹ O silêncio significa aquiescência em casos estranhos ao âmbito contratual, como a assistência, sem protesto, de uma resolução de assembléia, ou a construção em terreno alheio.
- ²² Enneccerus, ob. cit., p. 147.
- ²³ [Art. 107 do Código Civil].
- ²⁴ [Art. 425 do Código Civil].
- ²⁵ Galvão Teles, ob. cit., p. 213.
- ²⁶ [Art. 166, inciso III, do Código Civil].
- ²⁷ Cons. Jossierand, *Los Mobiles de los Actos Jurídicos*, trad.
- ²⁸ [El negocio jurídico, Madrid, Civitas, 1985, p. 246].
- ²⁹ Santoro Passarelli, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 150
- ³⁰ Santoro, Passarelli, ob. e loc. cit.
- ³¹ V., *infra*, Cap. 13.
- ³² Mirabelli, *Deri Contratti in Generale*, p. 128.
- ³³ Mirabelli, ob. cit., p. 128.
- ³⁴ [*Vide* Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico e declaração negocial*, tese de titularidade, Universidade de São Paulo, 1986, pp. 121 a 129].

Capítulo 4

FORMAÇÃO DO CONTRATO

Sumário: 37. Generalidades. 38. A formação de um contrato. 39. A proposta. 40. Proposta obrigatória. 41. Proposta a ausente. 42. Caducidade da proposta. 43. A aceitação, atos de execução e de apropriação. 44. Dissenso. 45. Contraproposta. 46. Aceitação tardia. 47. Retratação. 48. Obrigação de aceitar. 49. Contratos mediante correspondência [entre ausentes e celebrados por meio eletrônico]. 50. Sistemas. 51. Lugar da formação do contrato.

37. Generalidades. O *contrato* consensual¹ torna-se perfeito e acabado no momento em que nasce o vínculo entre as partes.

Para sua formação, são necessárias duas ou mais declarações de vontade que se encontrem emitidas por duas ou mais partes, ou a atuação da vontade do oblato.²

As *declarações* devem ser coincidentes. Se a lei não exige que seja expressa, a declaração da vontade pode ser *tácita*. Importa, apenas, o intercâmbio, o concurso, o *acordo* de vontades.

Por vezes, as *declarações* se emitem sem se poder determinar a precedência, formando-se o contrato instantaneamente. Outras vezes medeia entre uma e outra um lapso de tempo, mesmo entre presentes.

Cada declaração de vontade toma, na formação do contrato, denominação peculiar e é submetida a regras específicas.

A declaração inicial, que visa a suscitar o contrato, chama-se *proposta* ou *oferta*. Quem a emite é denominado *proponente* ou *policitante*. A declaração que lhe segue, indo ao seu encontro, chama-se *aceitação*, designando-se *aceitante* ou *oblato* o declarante.

Proposta e aceitação não constituem negócios jurídicos, classificando-se como *atos pré-negociais*, de efeitos prefigurados na lei.

São, entretanto, *declarações receptícias* de vontade, somente eficazes no momento em que chegam ao conhecimento da pessoa a quem se dirigem.

O vínculo contratual nasce quando a *proposta* e a *aceitação* se integram.

Nos *contratos reais*, o momento da conclusão é o da entrega da coisa e nos *contratos solenes* o da declaração da vontade no instrumento exigido para sua validade. Bem é de ver, no entanto, que o acordo das partes é, nas duas hipóteses, essencial. Nos *contratos plurilaterais*, quando possível o conhecimento da aceitação por todas as partes, salvo se a participação de qualquer delas não for substancial, como no seguro de vida. O contrato plurilateral forma-se com a aceitação de todas as partes, se essencial a participação de cada qual.

O contrato só se torna perfeito e acabado quando o acordo entre as partes se verifica quanto a todas as cláusulas, principais ou acessórias.

38. A formação de um contrato. Um corte transversal no processo clássico e normal de formação de qualquer contrato de certa expressão econômica revela que sucessivos atos se praticam antes que os interessados o concluam.

Os atos preparatórios tendentes *direta* e *imediatamente* à constituição do vínculo contratual apetecido começam pelas *negociações preliminares*, ou tratativas freqüentemente reduzidas a escrito em um instrumento particular chamado *minuta*, que pode, ou não, ser assinada pelos negociadores. A *minuta* não passa de simples projeto de contrato, sem eficácia vinculante, como é sabido.

À luz dessas noções elementares, não existe ainda contrato se, nas *tratativas*, limita-se o ajuste a ser documentado, para facilitar, numa simples minuta. Contrato por enquanto não existe.

A formação de qualquer contrato pode ser precedida de negócios jurídicos tendentes a levá-la a bom termo em virtude da determinação vinculante de seus dados objetivos e elementos subjetivos.

No exame dessas figuras negociais, interessa definir as seguintes vinculações ou *compromissos preparatórios*:

- a) *opção*;
- b) *contrato preliminar*;
- c) *acordo provisório e preparatório*.

A opção é o contrato por via do qual se confere a uma das partes a faculdade de criar, por iniciativa própria, uma relação obrigacional já definida em seus pontos essenciais.³ Por esse negócio jurídico, uma das partes se reserva a liberdade de aceitar proposta, completa e inalterável, da outra, com tal eficácia que, para formar o contrato sucessivo, basta declarar a aceitação, necessária não sendo outra manifestação da vontade do proponente ou solicitante.

Para haver *opção*, a proposta da outra parte tem de ser em tais termos que a aceitação do optante – isto é, daquele que tem o direito potestativo de formar, com a sua aceitação, o contrato – baste à conclusão imediata do vínculo contratual de que foi *compromisso preparatório*. Deve, por conseguinte, ser completa, precisa, inequívoca e determinada, quer nos pontos principais, quer nos secundários que forem importantes, pois um contrato só se tem por celebrado quando as partes houverem acordado em todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo, como disse excelentemente o legislador português.

Sendo a opção a declaração de aceitação de uma proposta firme, bastante por si só para aperfeiçoar um contrato, não pode ter essa eficácia, e portanto não é opção, acordo soldado pela aceitação que tem por objeto unicamente pontos secundários do contrato que assim se concluiria. No Código alemão encontra-se, aliás, uma regra que traduz com felicidade a solução para os casos de proposta incompleta, a do art. 154, na conformidade do qual o acordo das partes sobre alguns pontos particulares não basta para as vincular, mesmo quando seguido de um projeto (minuta) escrito.

Algumas legislações admitem expressamente a vinculação preliminar de pessoas interessadas na estipulação de certos contratos através de um “*pacto de contrahendo*” em virtude do qual uma dessas pessoas se obriga a prestar seu consentimento para a sua conclusão. A esse negócio jurídico designa-se com a expressão *promessa unilateral de contrato* ou *contrato preliminar unilateral*.

Todo contrato preliminar tem sua causa na preparação de um contrato definitivo, sendo, portanto, seu efeito específico a criação da obrigação de contraí-lo. No caso, v. g., da promessa unilateral de venda, obriga-se o promitente-vendedor a prestar seu consentimento para a realização do contrato definitivo de venda e compra, se a outra parte o exigir.

Ao contrário do que sucede com a opção, no contrato preliminar é necessária a conclusão de outro contrato, o *definitivo*, com prestação de novo consentimento. Desse modo, só se estrutura um contrato preliminar unilateral quando uma das partes se compromete a concluir outro contrato a este coligado funcionalmente.

Na *promessa unilateral*, a outra parte fica com a liberdade de celebrar ou não o contrato definitivo, por isso que só é vinculante para o promitente.

O contrato preliminar⁴ já deve conter os elementos essenciais do contrato definitivo bem como os que podem influir na vontade e intenção de chegar a este.^{5 e 6}

A prática revela que no *iter* formativo de um contrato ocorrem entendimentos que resultam na fixação irrevogável de determinados pontos ou cláusulas do eventual contrato que os negociadores venham a celebrar. Querem eles ter firmes e inalteráveis certos pontos a cuja discussão não tenham de voltar, se chegarem a um acordo total e deliberarem realizar o contrato.

Essa “determinação gradual e progressiva das cláusulas de um contrato” em negociação é utilizada geralmente na venda do controle acionário de uma sociedade, no trespasse de uma empresa, nos negócios que demandam, em suma, demorada apuração de dados ou investigação técnica das verdadeiras condições de uma universalidade. É do interesse de quem se propõe a adquirir um acervo dessa natureza fixar desde logo algumas cláusulas do contrato que está inclinado a concluir, mas, do mesmo passo, é da sua conveniência não celebrar imediatamente o contrato, não realizar de logo o negócio, porque quer melhor se informar sobre dados para sua avaliação, vantagem, utilidade, e

até mesmo oportunidade. Que faz? Estipula diversas condições que integrarão o conteúdo do futuro contrato se este vier a ser concluído. Esses *acordos provisórios* não obrigam a formação do contrato de cujo conteúdo, se concluído, farão parte. Cada qual das pessoas que o firmaram tem a liberdade de não celebrar o contrato, sem qualquer responsabilidade. Esse comportamento é lícito e lógico em razão da eventualidade da vinculação contratual e da provisoriedade do acordo feito na fase das negociações preliminares.

Têm tais acordos, com efeito, tríplice finalidade:

- a) assegurar aos que o estipulam liberdade para ulteriores negociações;
- b) permitir a fixação irrevogável de cláusula do eventual contrato que decidam tornar perfeito e acabado;
- c) ensejar a interrupção e a inoperância das negociações preliminares, ao fazer da finalização do contrato mera eventualidade.

Podem os interessados na venda e compra de ações de uma sociedade fixar até, *por acordo provisório e preparatório*, o preço unitário de cada ação para o caso de virem a celebrar o respectivo contrato, deixando, entretanto, de o concluir porque tenham fracassado as ulteriores negociações ou porque o eventual comprador o considerou exagerado em função de novos elementos obtidos, ou ainda porque o eventual vendedor, alertado para a carga valorativa do controle que detém, repete baixo o preço, e assim por diante.

Tais acordos consubstanciam-se em renúncias convencionais ao poder de revogação que têm as partes no curso normal das tratativas ou negociações preliminares relativamente a determinados pontos ou cláusulas do conteúdo do contrato que estão tentando estipular.⁷

Se bem que não estejam previstos no Código Civil, os *acordos provisórios e preparatórios* são admissíveis no contexto da *autonomia privada* e naquela faixa em que a liberdade contratual se apresenta como a possibilidade de criar concretas espécies de contrato que não correspondem a um esquema contratual típico.^{8 e 9}

Admitida essa figura negocial, como é irrecusável, salienta a doutrina, no exame dos seus efeitos, uma característica essencial, tanto mais interessante quanto serve para distingui-la do contrato preliminar. Tal característica é que o nascimento do vínculo obrigacional é *eventual*, só surgindo, realmente, se for concluído o contrato em vista. Nessa *eventualidade* reside o traço que a diferencia do contrato preliminar porque este é, ao contrário, um vínculo, que obriga à formação do contrato definitivo. A *eventualidade* é, em síntese, um elemento próprio congênito, peculiar dessa figura existente na fase preparatória de um contrato.

De resto, é comum fazer preceder à proposta de entendimentos destinados à sua melhor formulação, chamados *negociações preliminares*. Debatem os interessados as condições que podem tornar o contrato viável, prolongando-as com o objetivo de verificarem se o negócio realmente lhes convém. Chegam, não raro, a elaborar um *projeto* do futuro contrato, redigindo, de comum acordo, a *minuta*, que servirá de roteiro, para a redação do competente *instrumento*, cujo texto, via de regra, a reproduz. Outras vezes, as *negociações preliminares* registram-se em simples *apontamentos*, utilizados posteriormente para precisar a vontade dos interessados quanto ao conteúdo do contrato. Seja qual for, porém, a forma que assumam, as *negociações preliminares* constituem atividade que, embora não seja propriamente contratual, possui, em certas circunstâncias, indiscutível relevância jurídica. Tais negociações não passam, entretanto, de mera tentativa para a realização de contratos, não se confundindo com as negociações contratuais propriamente ditas.

Por mais completas, não têm *força vinculante*. É por todos reconhecido que não obrigam. O objetivo de cada interessado ao manter esses entendimentos consiste em averiguar se lhe é possível realizar contrato vantajoso. Nenhum deles entretém essas negociações com o propósito de, para logo, vincular-se ao outro. Mesmo se redigem *minuta*, estão apenas a elaborar, como observa Messineo, esquema meramente hipotético. Dessas negociações não lhes advém, por conseguinte, a obrigação de contratar.

Mas, se um dos interessados, por sua atitude, cria para o outro a expectativa de contratar, obrigando-o, inclusive, a fazer despesas para possibilitar a realização do contrato, e, depois, sem qualquer motivo, põe termo às negociações, o outro terá o direito de ser ressarcido dos danos que sofreu. Eis por que tais negociações nem sempre são irrelevantes. Há, em verdade, uma *responsabilidade pré-contratual*.

O dever de indenizar, no caso, explica-se, segundo alguns, pela *teoria da culpa “in contrahendo”*. Aquele que é ilaqueado em sua boa-fé, frustrado na sua fundada esperança de contratar, tem direito à reparação dos prejuízos sofridos, isto é, ao *interesse contratual negativo – negative Vertragsinteresse* –, de acordo com a explicação de Ihering. Em síntese: deixando de contratar, age culposamente, o que, até certo ponto, implica reconhecer que, pelo

menos em determinadas circunstâncias, as *negociações preliminares obrigam*. Justificam outros a obrigação de ressarcir os danos, nos limites, evidentemente, do interesse contratual negativo, fazendo apelo à teoria do *abuso de direito*. Romper caprichosamente as negociações preliminares seria comportamento abusivo que deve sujeitar o agente ao pagamento de indenização. Não se esclarece, porém, qual o direito exercido irregularmente. Sustenta-se, por último, que a obrigação de indenizar decorre do princípio, expresso em alguns sistemas jurídicos, segundo o qual os interessados na celebração de um contrato devem comportar-se de boa-fé, procedendo com lealdade recíproca.¹⁰ Do contrário, sua conduta considera-se culposa. Aplicam-se, conseqüentemente, as regras que disciplinam a *culpa extracontratual*.

Sejam quais forem, porém, as conseqüências que se vinculem à frustração das *negociações preliminares*, não devem ser confundidas com a *proposta* e a *aceitação*. Estas não são meros atos preparatórios do contrato sem caráter vinculativo, mas, sim, declarações de vontades capazes de formar a relação contratual.

39. A proposta. *Proposta* é a firme declaração receptícia de vontade dirigida à pessoa com a qual pretende alguém celebrar um contrato, ou ao público.

Para valer, é preciso ser formulada em termos que a aceitação do destinatário baste à conclusão do contrato. Não deve ficar na dependência de nova manifestação da vontade, pois a *oferta*, condicionada a ulterior declaração do proponente, *proposta* não é no sentido técnico da palavra.

Exige-se que seja inequívoca, precisa e completa, isto é, determinada de tal sorte que, em virtude da *aceitação*, se possa obter o acordo sobre a totalidade do contrato. Deve conter, portanto, todas as cláusulas essenciais, de modo que o consentimento do oblato implique a formação do contrato.

Por outro lado, o propósito de contratar há de resultar do conteúdo da declaração de vontade do proponente. Não têm, pois, caráter de *proposta* as comunicações nas quais o declarante se mostra propenso apenas a realizar contratos, querendo simples aproximação. O *convite a fazer oferta* também não é *proposta*. Quem o faz, quer, precisamente, receber proposta, como no caso de alguém desejar comprar determinada mercadoria que escreve às casas fornecedoras, convocando-as a que façam oferta. Suscita-se a proposta. Quem assim procede fica na posição de *oblato*, não de *proponente*. O convite a fazer oferta não é pré-negocial nem tem relevância jurídica.

A *proposta* pode ser indeterminada em alguns pontos. Ao proponente per-mite-se, por exemplo, deixar ao arbítrio do oblato a quantidade de mercadoria que lhe oferece por preço unitário.

Não é imprescindível, por outro lado, que seja feita a *pessoa determinada*. Admite-se seja *determinável*. O tipo por excelência da *proposta* “*ad incertam personam*” é a *oferta ao público*. Alguns escritores consideram-na simples *convite a fazer oferta*, mas predomina o entendimento de que é *proposta*, se observados os requisitos de sua validade.¹¹ O convite a fazer oferta não é pré-negocial nem tem relevância jurídica.

40. Proposta obrigatória. A proposta obriga, antes da aceitação, se não for simples oferta, enquanto correr o prazo da resposta. Só é, entretanto, obrigatória em três hipóteses: 1) se o contrário não resultar dos seus termos; 2) se a natureza do negócio reclama obrigatoriedade; 3) se as circunstâncias do caso presumem-na.

Afora esses casos, pode a proposta ser *irrevogável* por vontade do polícitante. Nada obsta, realmente, que ele próprio se comprometa a não revogá-la, se não é obrigatória. A natureza desse compromisso é controvertida. A *cláusula de irrevogabilidade* não é simples modalidade acessória da declaração de *proposta*, com ela formando declaração unitária, mas um *negócio jurídico unilateral* que cria, na fase preparatória do contrato, uma *obrigação* para o proponente, por alguns escritores identificada como de *renúncia à revogação*.¹²

A mais importante conseqüência da *irrevogabilidade* da proposta é que a morte, ou a incapacidade superveniente do proponente, não extingue sua eficácia, a menos que a excluam a natureza do negócio ou as circunstâncias do caso.

A proposta feita *com prazo é obrigatória*. O prazo pode resultar de termo implícito.

41. Proposta a ausente. A *oferta* pode dirigir-se a quem não tenha condições materiais de dar resposta imediata ao proponente. Nesse caso é necessário determinar o momento de sua eficácia. Não será, evidentemente, o de sua *formulação*, porque o proponente pode destruí-la, sem que o oblato venha a saber de sua existência. Não basta, outrossim, sua expedição, porque é *declaração receptícia de vontade*. Necessário que a pessoa a quem é dirigida tome conhecimento do seu conteúdo. O momento em que se firma deve ser, por conseguinte, da sua *recepção* pelo eventual *aceitante*.

Não há solução única para as modalidades de *proposta a pessoa ausente*, que são:

- 1^a) proposta sem prazo;
- 2^a) proposta com prazo;
- 3^a) proposta a que se segue retratação.

Deixa de ser obrigatória a *proposta* se, feita sem prazo a pessoa ausente, decorre tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente. Se o oblato retarda a aceitação, o proponente desobriga-se.

Fixado prazo para a resposta, deixa de ser obrigatória se a aceitação for *expedida* depois que expire. Justifica-se plenamente a regra. A determinação de prazo para a aceitação indica que ao proponente só interessa o contrato até o termo final.

Se a retratação do proponente chega ao conhecimento do oblato antes de ele ter expedido a resposta, ou ao mesmo tempo, a proposta não obriga.

42. Caducidade da proposta. A *proposta* a ausente caduca se o proponente morre ou se torna incapaz antes da aceitação. Algumas legislações prescrevem, entretanto, que o contrato se forma se o aceitante ignora a morte do polícitante, concluindo-se, ainda, que o óbito tenha ocorrido antes da expedição ou da recepção, conforme o sistema adotado. A solução é inaceitável. Se com a simples aceitação ainda não há contrato, não pode formar-se, se deixou de existir uma das pessoas que nele figuraria como *parte*. Defunto não contrata. Contrato somente há quando se integram duas ou mais vontades. Quando o contrato já se formou, pela expedição da resposta, os herdeiros do polícitante ficam obrigados a lhe dar execução.

A *proposta a presente* sujeita-se, conforme o caso, a diferentes regras. Pode ser feita *com* ou *sem prazo*. Se feita *com* prazo, caduca, se nele não for aceita. Se feita *sem* prazo, a aceitação deve ser imediata. Caso contrário, deixa de ser obrigatória. O proponente não é obrigado a mantê-la, mas pode tornar eficaz a aceitação tardia, se imediatamente comunica ao oblato esse propósito.

43. A aceitação, atos de execução e de apropriação. *Aceitação* é a aquiescência a uma *proposta*.

O *aceitante* integra sua vontade na do *proponente*, emitindo declaração expressa, realizando atos que a exteriorizam, ou, até, silenciando, quando deveria falar.

Quando, por solicitação do proponente, pela natureza do negócio ou conforme os usos, deve o contrato se formar sem respostas, mas pelo começo de execução, a *aceitação* não consiste numa *declaração de vontade*, não se justificando o entendimento de que há nesse comportamento uma *declaração tácita*.

A *declaração* do aceitante precisa, para ser eficaz, chegar ao conhecimento do proponente, *real* ou *presumido*. É *declaração receptícia de vontade*, mediante a qual o oblato exerce o *direito potestativo* de concluir o contrato proposto. Vez por outra, a *aceitação se expressa através de atos de cumprimento*.¹³ O começo de execução tem esse significado. Do mesmo modo, o *silêncio circunstanciado*. Assim, a declaração da vontade, nos contratos, pode ser tácita quando a lei não a exigir expressa.¹⁴ O conhecimento da aceitação não precisa ser efetivo. Exige-se apenas que seja provável, presumindo a lei a sua existência, quando há a probabilidade de tê-lo.

A *aceitação* de uma *proposta* de contrato não se realiza unicamente mediante *declaração de vontade*. Verifica-se ainda através de significativa *atuação* ou comportamento do oblato.

Os *atos de aceitação* classificam-se em dois grupos, segundo Larenz:¹⁵

- a) atos de execução;
- b) atos de apropriação ou utilização.

Com a prática do *ato de execução* na *oferta do público*, o interessado em aceitá-la cumpre de imediato a sua obrigação, concluindo, desse modo, o contrato, como sucede a quem compra uma carteira de cigarro em uma máquina automática, eis que, para recebê-la, deposita antes certa moeda. Quando não se trata de proposta desse gênero, como no caso de reserva de aposentos num hotel, a *aceitação* consiste em pô-los à disposição do polícitante.

Através de um ato de *utilização* da mercadoria que lhe foi remetida sem pedido, também se conclui um contrato por simples atuação da vontade, como no caso de receber alguém um livro que não encomendou e abrir para leitura suas páginas. Sempre que, em tais condições, passe o destinatário do objeto a se comportar como seu proprietário, terá aceito a proposta de contrato mediante um *ato de apropriação*.

O interessante, em todas estas hipóteses, é que a *aceitação* de proposta para conclusão do contrato não é uma *declaração de vontade*, porquanto a *atuação*, ou comportamento, não se destina a manifestar a outrem a vontade de provocar efeitos jurídicos, tendo apenas uma finalidade diretamente prática.¹⁶

Dentre as modalidades de *aceitação de oferta ao público* sem declaração de vontade destinada à conclusão de um contrato, destaca Larenz o ato de *utilização* efetiva da prestação prometida genericamente, que conduz à constituição da *relação contratual*, por ele mesmo denominado *comportamento social típico*. Nesses casos, a relação independe, para se formar, de uma *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.¹⁷

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.

Nem todos aceitam, porém, nesse comportamento o significado de *aceitação de contrato*. Alguns autores rejeitam a natureza contratual de tais vínculos, inclinando-se para incluí-los na categoria das *relações contratuais de fato*, delimitada por Haupt e desenvolvida por Simitis.¹⁸

44. Dissenso. A *aceitação* produz efeito somente se consistir em *adesão plena à proposta*. As duas declarações de vontade devem ser coincidentes para que o contrato se forme. Se divergem ou não se ajustam perfeitamente, há *dissenso*. A divergência pode manifestar-se em relação a pontos essenciais ou secundários. No primeiro caso, ocorre *dissenso manifesto* e, à evidência, o contrato não se forma. Para tanto, é necessário que o desacordo se dê em relação a condições decisivas do contrato. Se ocorre relativamente ao conteúdo das estipulações, ou à sua interpretação, *dissenso* não há. Do *dissenso manifesto* distingue-se o *dissenso oculto*, no qual proponente e aceitante pensam ter concordado sobre proposições em relação às quais realmente discordavam. O *dissenso manifesto* impede a formação do contrato; o *dissenso oculto* determina a sua invalidade, atingido, como terá sido o *consentimento*, pelo vício do *erro*.

45. Contraproposta. A *aceitação modificativa* se dá quando o *oblato* introduz *alterações* na proposta, fazendo-lhe *adições* ou *restrições*, que impedem a *adesão plena*. Nesse caso, o contrato não se forma, transformando-se em *proposta* a resposta ao polícitante. Invertem-se os papéis: o *oblato* passa a ser *proponente* e “*vice-versa*”.

A declaração com adições, restrições ou modificações chama-se *contraproposta*.

Não é *contraproposta* a solicitação do *aceitante* ao *proponente* para que faça oferta mais vantajosa.

46. Aceitação tardia. A força vinculante da *aceitação* *atua* quando manifestada tempestivamente. A *aceitação extemporânea* não vincula. Nada impede, todavia, que o proponente a considere, o que depende do seu mero arbítrio, por já estar desvinculado da proposta. Algumas legislações não admitem a *aceitação tardia*, dispondo que se converte em nova proposta, partida do aceitante ou oblato.

Se a *proposta* se dirige a *ausente*, a resposta tem de ser dada em prazo razoável, determinado pela lei ou pelo próprio proponente. Fixado o prazo, o *oblato* deve responder antes que se expire, sendo necessário que *expeça* a resposta tempestivamente. Se feita sem prazo, não é possível determinar rigorosamente até quando deve ser expedida a *aceitação*, prescrevendo a lei que o proponente se desliga ao decorrer do tempo suficiente para que a resposta chegue ao seu conhecimento. Varia, assim, conforme o meio de comunicação que deve utilizar, segundo os usos.

Pode haver *atraso*, seja na *expedição*, seja na *recepção* da resposta. Se expedida fora do prazo ou em tempo que ultrapassa o limite previsto na lei, não tem eficácia. Pode acontecer que, embora expedida em tempo hábil, chegue tardiamente ao conhecimento do proponente, por circunstância imprevista. Não terá força vinculante, mas o proponente fica obrigado a comunicar a ocorrência ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos. Nada obsta, por fim, a que se considere a *aceitação tardia* nova proposta, embora entendam alguns escritores que o atraso determina *caducidade*.

47. Retratação. Retratação é a declaração lícita do polícitante para obstar os efeitos da proposta. A *retratação* só se torna eficaz ao chegar ao conhecimento do *oblato* antes de expedida a *aceitação*. O conhecimento pelo aceitante é necessário, porque a *retratação*, tal como a *proposta*, é *declaração receptícia de vontade*. Seu destinatário deve

receber a comunicação antes de ter aceito a proposta e expedido a resposta. Se chega *depois*, é ineficaz. Impõem-se, entretanto, distinções: 1º) a *retratação* pode chegar depois de conhecida a proposta, mas antes de formado o contrato porque o aceitante não expedira ainda a resposta; 2º) a *retratação* pode chegar em momento no qual o contrato já se formara. A solução varia conforme o caso. Se o contrato não se formou, não pode mais se formar, mas o proponente poderá ser responsabilizado pelos prejuízos decorrentes da *retratação*. Esta responsabilidade explica-se pela *culpa in contrahendo*, devendo o proponente indenizar os *danos negativos*, isto é, os prejuízos que o *oblato sofreu* por haver confiado na realização do contrato.¹⁹ Não é contratual, mas *pré-contratual*, eis que o contrato não chegou a se formar.

Na hipótese de já se ter formado o contrato, a *retratação* é inválida, significando recusa de cumprir o contrato. Responde o proponente pelos *danos positivos*, resultantes da inexecução. A responsabilidade é então contratual.

A *retratação* é inadmissível se o proponente se obrigou a manter a proposta por certo prazo. Tal como a proposta, pode a *aceitação* ser retratada se chegar ao proponente antes dela ou com ela. O ilogismo desta regra, flagrante diante do sistema da expedição, justifica-se para dar igual tratamento ao aceitante e ao proponente.

A *retratação da aceitação* também é *declaração receptícia* no sentido de que somente produz efeito quando chega ao conhecimento do proponente.

48. Obrigação de aceitar. Em princípio, ninguém é obrigado a aceitar proposta de contrato, mas, excepcionalmente, se admite essa *obrigação* em duas hipóteses que, todavia, não estão isentas de contestação. A primeira configura-se pela existência de um *contrato*, cuja função consiste precisamente em criar a obrigação de celebrar o contrato definitivo. A segunda verifica-se nos *contratos obrigatórios*, isto é, naqueles em que uma das partes não pode recusar-se a contratar. A obrigação de celebrar o contrato é imposta pela lei, não sendo lícita, portanto, a rejeição da proposta, cujo conteúdo está, entretanto, prefixado uniformemente, só havendo obrigação de aceitar a proposta se feita na conformidade do preestabelecido para o contrato.

49. Contratos mediante correspondência [entre ausentes e celebrados por meio eletrônico]. Há contratos que se formam instantaneamente e contratos nos quais há intervalo entre a oferta e a aceitação. Segundo expressão consagrada pelo uso, os primeiros chamam-se *contratos entre presentes*; e os outros, *contratos entre ausentes*. Motivo não há para conservar essa terminologia. Os progressos da técnica dos meios de comunicação permitiram que pessoas separadas por longa distância celebrem contrato como se estivessem frente a frente. Foi necessário recorrer a uma ficção para dar como presentes pessoas que realmente são ausentes. Assim, considera-se *presente* quem contrata por telefone ou [por meio de comunicação semelhante²⁰]. Em verdade o que importa, para distingui-las, é a possibilidade ou não de resposta imediata.

Nos contratos mediante correspondência epistolar ou telegráfica [, *contratos entre ausentes* (dos quais o *contrato mediante correspondência* é uma espécie)], tal possibilidade não existe. A *proposta* e a *aceitação* declaram-se em momentos distintos e sucessivos. Por isso, interessa determinar o instante preciso em que o contrato se forma, a fim de se saber quando começa a sua eficácia.

O problema não está pacificamente resolvido nas legislações. Em dois sistemas básicos encerram-se os critérios adotados: o da *informação* ou *cognição* e o da *declaração* ou *agnição*.

[Não é possível qualificar a *priori* os contratos celebrados por meios eletrônicos (dentre estes os meios informáticos) como contratos entre presentes ou entre ausentes. Esta qualificação dependerá das características do meio em questão. Nas hipóteses em que for possível e usual a aceitação imediata, tais como teleconferência, videoconferência e meios de comunicação em tempo real (como os *chats*), aplicar-se-ão as regras dos contratos entre presentes.²¹ Ao contrário, os contratos concluídos por meio da troca de mensagens eletrônicas (*e-mail*), ou diretamente nos endereços eletrônicos de empresas na *Internet*, devem ser considerados contratos entre ausentes, aplicando-se-lhes, então, o art. 434 do Código Civil].

50. Sistemas. Pelo *sistema da informação* ou *cognição*, o contrato mediante correspondência epistolar ou telegráfica [entre ausentes] forma-se no momento em que o proponente tem efetivo conhecimento da aceitação de sua proposta. Antes, portanto, que leia a carta ou o telegrama do aceitante não estará concluído. Alega-se, em seu favor, que evita o absurdo de ficar alguém vinculado por um contrato sem o saber. Tem, porém, o inconveniente de dificultar a determinação do exato momento em que o contrato se forma, pois ficaria ao arbítrio do proponente procrastiná-lo.

Ademais, não seria justo deixar o aceitante na ignorância de que o contrato se aperfeiçoara, o que obrigaria nova comunicação.

O *sistema da declaração* ou *agnição* diversifica-se em três teorias: a da *declaração propriamente dita*, a da *expedição* e a da *recepção*.

Pela *teoria da declaração propriamente dita*, ou da *simples aceitação*, como outros preferem designá-la, o contrato considera-se formado no momento em que o oblato declara a vontade de aceitar a proposta. Desde então, estará perfeito e acabado, independentemente, portanto, de que a resposta seja expedida ou chegue ao conhecimento do proponente. A comunicação da resposta não constitui, em suma, requisito da perfeição do contrato. Subordinando, porém, à simples aceitação do oblato a perfeição do contrato, o momento em que se verifica não pode ser determinado com exatidão, eis que somente o próprio aceitante o saberia. Além disso, teria o poder arbitrário de concluir e desfazer o contrato. Ao escrever a carta de aceitação, concluiria o contrato; destruindo-a, o desfaria; tudo isso sem que o proponente tivesse sequer a possibilidade de saber o que se passa.

Pela *teoria da expedição*, considera-se formado o contrato quando a aceitação é enviada. Torna-se perfeito no momento em que o oblato expede resposta afirmativa. A vantagem do critério é retirar do poder do aceitante a possibilidade de desfazer, a seu talante, o contrato, como no *sistema da declaração propriamente dita*, salvo no caso autorizado de *retratação*. Expedida a resposta, o contrato torna-se perfeito, tomando a aceitação cunho objetivo, que não possui no sistema da *declaração propriamente dita*. Considera-se, entretanto, a *expedição insuficiente*, pois a carta pode extraviar-se e se desfazer contrato perfeito e acabado por eventualidade dessa ordem. [Os contratos entre ausentes²² tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante, se o proponente se houver comprometido a esperar resposta ou se ela não chegar no prazo convencionado].

A *teoria da recepção* obvia esse inconveniente, pois se o contrato só se forma quando o proponente recebe a resposta do aceitante, não é necessário tenha conhecimento do seu conteúdo, bastando que esteja em condições de conhecê-la, por ter chegado a seu destino. A teoria da *recepção* pode ser considerada variante do sistema da *cognição*, uma vez que a lei presume a recepção no momento em que a declaração chega ao destinatário.

51. Lugar da formação do contrato. O contrato entre pessoas presentes forma-se onde elas se encontram. O que se realiza entre pessoas distantes uma da outra, no lugar em que foi proposto. Interessa saber onde os contratos se formam, dentre outras razões, para determinar o foro competente e, no campo do Direito Internacional, a lei reguladora.

A regra²³ aplica-se tanto aos contratos que se formalizam através de *correspondência* epistolar ou telegráfica, considerados, segundo a terminologia clássica, *contratos entre ausentes*, como aos contratos *por telefone*, tidos, por ficção legal, como *contratos entre presentes*.

¹ [Sobre a classificação dos contratos em consensuais e reais, *vide infra* Cap. 5].

² [Esta atuação da vontade dá-se mediante atos de aceitação, os quais podem qualificar-se como atos de execução ou atos de apropriação ou utilização, como o autor observa no n° 42].

³ A. von Thur, trad. de W. Roces, t. 1, p. 191.

⁴ [Vide Cap. 10].

⁵ [Art. 462 do Código Civil].

⁶ Tamburrino, *I Vincoli Unilaterali nella Formazione Progressiva del Contratto*, p. 68; Perego, *I Vincoli Preliminari e il Contratto*; Carrara, *La formazione del contratto*.

⁷ Tamburrino, *op. cit.*, p. 165.

⁸ Giordano, *I Contratti per Adesione*, p. 79.

⁹ [Art. 425 do Código Civil].

¹⁰ [Este princípio é extraído do art. 422 do Código Civil].

¹¹ [Esse foi o entendimento acolhido pelo Código Civil, cujo art. 429 dispõe: “A oferta ao público equivale à proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.”].

¹² Tamburrino, *I Vincoli Unilaterali nella Formazione Progressiva del Contratto*, p. 254.

- ¹³ Cf. Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, t. 1º, vol. II, p. 163. Dentre outros, dão o seguinte exemplo: na entrega de uma coisa para ser reparada, a oferta se aceita, começando a fazer-se o reparo. Larenz, *Derecho Civil, Parte General*, p. 728.
- ¹⁴ [Arts. 107, 111 e 432 do Código Civil].
- ¹⁵ *Derecho Civil, Parte General*, p. 728, reportando-se a Wedemeyer.
- ¹⁶ Larenz, ob. cit., p. 728.
- ¹⁷ *Idem*, ob. cit., p. 735.
- ¹⁸ V. do autor o relatório da tese sobre os *transportes* na IV Conferência Nacional dos Advogados e a monografia *Contrato de Adesão*.
- ¹⁹ Se o aceitante, antes de ter conhecimento da retratação, inicia, de boa-fé, a execução do contrato, o proponente é obrigado a ressarcir-lo das despesas efetuadas e das perdas sofridas. Cons. Mirabelli, *Dei Contratti in Generale*, pp. 45 e segs.
- ²⁰ [Art. 428, inciso I, do Código Civil].
- ²¹ [Art. 428, inciso I, do Código Civil].
- ²² [De acordo com os arts. 434 e 435 do Código Civil].
- ²³ [Prevista no art. 435 do Código Civil].

Capítulo 5

CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

Sumário: 52. Classificação. 53. Contratos unilaterais e bilaterais ou sinalagmáticos. 54. Importância prática da distinção. 55. Contratos onerosos e gratuitos. 56. Contratos comutativos e aleatórios. 57. Contratos consensuais e reais. 58. Contratos solenes e não solenes. 59. Contratos principais e acessórios. 60. Contratos instantâneos e contratos de duração. 61. Contratos de execução imediata e de execução diferida. 62. Contratos típicos e atípicos. 63. Contratos pessoais ou *intuitu personae* e contratos impessoais. [Contratos relacionais]. 64. Contratos civis e mercantis. [Contratos empresariais e existenciais]. 65. Contratos individuais, coletivos e normativos. 66. Autocontrato. 67. Classificação pela função econômica.

52. Classificação. Os contratos agrupam-se em diversas categorias, suscetíveis, *isoladamente*, de subordinação a regras *idênticas* ou *afins*. Daí a *utilidade* de sua classificação.

Interessa distingui-las, pois o conhecimento das suas particularidades é de considerável interesse prático. Há quem lhes atribua valor puramente teórico e considere que sua utilidade é a de uma nomenclatura destinada a tornar mais simples a linguagem do legislador,¹ mas esse juízo não procede em face da importância das *qualificações* em Direito.

Conforme distintos critérios, os contratos são:

- a) *bilaterais* ou *sinalagmáticos* e *unilaterais*;
- b) *onerosos* e *gratuitos*, subdividindo-se aqueles em *comutativos* e *aleatórios*;
- c) *consensuais* e *reais*;
- d) *solenes* e *não solenes*;
- e) *principais* e *acessórios*;
- f) *instantâneos* e *de duração*;
- g) *de execução imediata* e *de execução diferida*;
- h) *típicos* e *atípicos*;
- i) *pessoais* ou *intuitu personae* e *impessoais*;
- j) *civis* e *mercantis*;
- l) *individuais* e *coletivos*;
- m) *causais* e *abstratos*.

53. Contratos unilaterais e bilaterais ou sinalagmáticos. A análise da estrutura dos contratos revela que alguns geram obrigações recíprocas, enquanto outros criam obrigações unicamente para uma das partes. São situações que surgem, exigindo tratamento diverso.

Antes de os distinguir, cumpre dar o significado técnico dos termos, para prevenir confusões ou equívocos. Os qualificativos *unilateral* e *bilateral* empregam-se para diferenciar os *negócios jurídicos*, assim na *formação* como nos *efeitos*. Sob o ponto de vista da *formação*, negócio jurídico *unilateral*² é o que decorre fundamentalmente da declaração da vontade de uma só pessoa, e *bilateral* o que se constitui mediante concurso de vontades. O *contrato* é o negócio jurídico formado mediante concurso de vontades. O *contrato* é o negócio jurídico bilateral por excelência. Todo contrato, com efeito, é, por definição, *negócio bilateral*, visto que supõe declarações coincidentes de vontades.

Considerado, pois, no momento de sua formação, seria contra-senso falar-se em *contrato unilateral*, mas, levando-se em conta os *efeitos* que esse negócio jurídico bilateral produz, verifica-se que ora cria obrigações para as duas partes, ora para uma só. Então, sob esse aspecto, se denomina *bilateral* no primeiro caso, e *unilateral* no segundo, porque ali as obrigações nasceram nos dois lados e aqui num só. Assim, na *formação*, todo contrato é negócio jurídico bilateral, mas, nos *efeitos*, tanto pode ser bilateral como unilateral. Não se deve confundir, portanto, a *bilateralidade da obrigação contratual* com a *bilateralidade do consentimento*. Dizer-se que um contrato é bilateral porque resulta do acordo de vontades – *bilateralidade do consentimento* – é desconhecer a acepção técnica da expressão, confundindo a formação do negócio jurídico com a sua eficácia – *bilateralidade da obrigação contratual*.

Não é pacífica a noção de *contrato bilateral*. Para alguns, [assim deve qualificar-se] todo contrato que produz obrigações para as duas partes, enquanto para outros a sua característica é o *sinagma*, isto é, a dependência recíproca das obrigações, razão por que preferem chamá-los *contratos sinalagmáticos* ou de *prestações correlatas*. Realmente, nesses contratos, uma obrigação é a causa, a razão de ser, o pressuposto da outra, verificando-se interdependência essencial entre as prestações.

A *dependência* pode ser *genética* ou *funcional*. *Genética*, se existe desde a formação do contrato. *Funcional*, se surge em sua execução, o cumprimento da obrigação por uma parte acarretando o da outra.

O contrato é *unilateral* se, no momento em que se forma, origina obrigação, tão-somente, para uma das partes – *ex uno latere*. A outra parte não se obriga. O peso do contrato é todo de um lado, os efeitos são somente passivos de um lado, e somente ativos de outro.³

Nos *contratos bilaterais* as duas partes ocupam, simultaneamente, a dupla posição de *credor* e *devedor*. Cada qual tem direitos e obrigações. À obrigação de uma corresponde o direito da outra. Nos *contratos unilaterais*, uma das partes tem a condição de *credor* e a outra de *devedor*. Um dos contratantes tem *direitos*, o outro *obrigações*. A relação jurídica oriunda de contrato unilateral é simples, pois só uma parte se constitui devedora, enquanto a que nasce de um contrato bilateral se apresenta complexa, visto que em ambas os contraentes figuram reciprocamente como sujeito ativo e passivo.

Uma vez que nos *contratos unilaterais* somente uma das partes se obriga, é impossível conceber qualquer espécie de *dependência*, mas, em alguns, surge, no curso da execução, determinada obrigação para a parte que tinha apenas *direitos*. Nesse caso, diz-se que o contrato é *bilateral imperfeito*. Seria uma categoria intermediária. A melhor doutrina repele-a, mas pode ser mantida por sua utilidade prática, especialmente para o direito de retenção. O *contrato bilateral imperfeito* não deixa de ser *unilateral*, pois, no momento de sua conclusão, gera obrigações somente para um dos contratantes. Em verdade, a obrigação esporádica não nasce do contrato, mas, acidentalmente, de fato posterior à sua formação. O contrato bilateral imperfeito subordina-se, com efeito, ao regime dos *contratos unilaterais*.

54. Importância prática da distinção. A importância da distinção entre *contratos unilaterais* e *bilaterais* decorre do trato diverso que lhes dispensa a lei em razão das particularidades que distinguem a estrutura e a dinâmica de cada categoria. Regras atinentes aos contratos bilaterais não se aplicam aos unilaterais e certos institutos do direito das obrigações são peculiares aos primeiros. A mesma questão recebe diferente solução conforme se trate de um ou do outro. As principais diferenças observam-se quanto:

a) à *exceptio non adimpleti contractus*; b) à *condição resolutiva tácita*; c) aos *riscos*.

Visto que a *interdependência das obrigações* é da essência dos contratos sinalagmáticos, cada contraente não pode, antes de cumprir sua obrigação, exigir do outro adimplemento da que lhe incumbe. Diz-se que pode opor ao outro, paralisando a execução do contrato, a exceção de inexecução, conhecida como *exceptio non adimpleti contractus*, literalmente exceção de contrato não cumprido.⁴

Tal exceção é peculiar aos contratos bilaterais. Não se aplica, obviamente, aos unilaterais, pois pressupõe dependência recíproca de obrigações, e nestes há obrigações somente *ex uno latere*.

Pela mesma razão da interdependência das obrigações, nos contratos bilaterais presume-se a existência de *condição resolutiva*. O inadimplemento culposo de obrigação por uma das partes constitui justa causa para a *resolução do contrato*, cuja eficácia está subordinada, por conseguinte, ao cumprimento das obrigações contraídas pela parte que, nas circunstâncias, deve satisfazê-las. No mecanismo dos contratos bilaterais, a obrigação de um dos contraentes é a razão de ser da obrigação do outro. A doutrina clássica o explicava pela idéia de *causa*, ensinando que, se uma obrigação deixa de ser cumprida, a obrigação correlata perde-a.

A regra não se aplica, evidentemente, aos contratos unilaterais. Sua estrutura não a comporta.

Na hipótese de inadimplemento por *força maior*, é preciso saber quem suporta o *risco*, isto é, quem com o prejuízo arca. Vigoram regras diferenciais, conforme o contrato seja bilateral ou unilateral. Aos *contratos unilaterais* aplica-se o princípio *res perit creditori* – a coisa perece para o credor. É ele quem sofre o prejuízo; o devedor não está obrigado a substituí-la ou indenizar seu valor, salvo em casos especiais. Para os *contratos bilaterais*, vige, em princípio, a regra *res perit debitori* – a coisa perece para o devedor. Suporta, pois, o *risco*. A rigor, o problema interessa aos contratos bilaterais, pois consiste em saber qual a sorte da obrigação correlata, quando, por força maior, sobrevém a impossibilidade de cumprir a outra.⁵ Indaga-se, com efeito, se o devedor da obrigação correlata continua adstrito a cumpri-la, ou se fica exonerado.⁶

O interesse da distinção revela-se, ainda, a respeito da *cessão do contrato*, da *cláusula “solve et repete”*, e da *imprevisão*.⁷ [Onerosidade excessiva].

55. Contratos onerosos e gratuitos. *Contrato oneroso* é aquele em que cada uma das partes visa a obter uma vantagem. Via de regra, à vantagem obtida corresponde de sua parte um sacrifício,⁸ consistente na diminuição do patrimônio, embora compensado subjetivamente. A esse sacrifício corresponde o proveito da outra parte. Pouco importa, para caracterizá-lo, que a vantagem seja procurada para o contraente ou para terceiro.

Contrato gratuito é o negócio jurídico em que uma só das partes obtém um proveito.

O sacrifício nem sempre importa diminuição patrimonial. Há contratos que não o exigem, se bem que a outra parte seja beneficiada. O comodato e o mútuo, *contratos desinteressados*, são subespécies dos contratos gratuitos,⁹ nada apresentando de especial do ponto de vista prático, mas teoricamente se distinguem dos que implicam diminuição patrimonial, como a doação.

Terceira categoria, admitida por alguns escritores, é constituída pelos contratos de *natureza mista*, os que podem ser onerosos ou gratuitos, conforme as circunstâncias (*o depósito, o mandato*).

A distinção entre contratos *onerosos* e *gratuitos*, em que pese às valiosas opiniões em contrário, é de considerável importância prática, que se manifesta a respeito da capacidade dos contraentes, do objeto do contrato e da responsabilidade do devedor. A condenação dos atos praticados em fraude aos credores é mais enérgica se a alienação fraudulenta teve como título um contrato gratuito. A interpretação dos contratos onerosos e gratuitos não se faz do mesmo modo, pois, nestes, é estrita. Em suma, regras diferentes lhes são aplicáveis.

Os *contratos onerosos* são *bilaterais*, e os *gratuitos, unilaterais*, mas a coincidência não é necessária. Todo contrato bilateral é, entretanto, oneroso, por isso que, suscitando prestações correlatas, a relação entre *vantagem* e *sacrifício* decorre da própria estrutura do negócio jurídico. Há, porém, *contratos unilaterais* que não são *gratuitos*. O *mútuo feneraticio* é, por exemplo, contrato unilateral oneroso.

56. Contratos comutativos e aleatórios. Os *contratos onerosos* subdividem-se em *comutativos* e *aleatórios*.

Nos *contratos comutativos*, a relação entre *vantagem* e *sacrifício* é subjetivamente equivalente, havendo certeza quanto às prestações.

Nos *contratos aleatórios*, há incerteza para as duas partes sobre se a vantagem esperada será proporcional ao sacrifício. Os *contratos aleatórios* expõem os contraentes à alternativa de ganho ou perda. O equivalente, como reza o Código Civil francês,¹⁰ consiste “*dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties*”. Aleatório é, em suma, o contrato em que, seguramente, é incerto o direito à prestação, como no jogo, a duração desta, como na renda vitalícia, ou a individualização da parte que vai supri-la, como na aposta (Scordino).

A distinção entre *contratos comutativos* e *aleatórios* reside no seguinte: *a*) nos contratos comutativos, à prestação corresponde uma contraprestação; *b*) nos contratos aleatórios, uma das prestações pode falhar (M. I. Carvalho de Mendonça). Acrescente-se: a contraprestação pode ser desproporcional ao valor da prestação.

Nos *contratos comutativos* pode não haver *equivalência objetiva* das prestações, exigível, tão-só, nos que podem ser rescindidos por *lesão*.¹¹ Basta *equivalência subjetiva*. Cada qual é juiz de suas conveniências e interesses. O que os distingue não é tanto a correspondência das vantagens procuradas, mas a *certeza objetiva* das prestações, obtida no ato de conclusão do negócio jurídico. Assim, ao celebrar, por exemplo, um contrato de compra e venda, o vendedor sabe que deverá receber o preço ajustado na medida de sua conveniência, e o comprador, que lhe será transferida a propriedade do bem que quis adquirir.

O *Direito romano* admitiu os seguintes *contratos aleatórios*: *emptio spei; emptio rei speratae; foenus nauticum; alearum lusus; sponsio*. No *Direito moderno*, há contratos aleatórios *por sua própria natureza*: o jogo, a

aposta e o contrato de renda vitalícia.

Os *contratos aleatórios* são necessariamente *bilaterais*.

Há alguma semelhança entre *contrato aleatório* e *contrato condicional*, mas não se confundem. Neste, é sua eficácia que fica na dependência de acontecimento futuro e incerto. Naquele, a incerteza ocorre em relação à extensão das vantagens procuradas pelas partes; o *risco* está na alternativa de ganho ou perda. Não se sabe qual das partes terá a vantagem ou a perda.

Se a *álea* fica a cargo exclusivo de um dos contratantes, o contrato é nulo. Absurdo admitir-se que uma das partes celebre o contrato na certeza de ganhar.

A certeza esperada da prestação dos contratos comutativos não significa que estejam isentos de toda *álea*. Há, por assim dizer, uma *álea normal* em certos contratos que dependem do futuro, sem que percam por isso sua tipicidade comutativa, como na empreitada e no transporte.

Distinguem-se as seguintes classes de *contratos aleatórios*:

- a) a dos que dizem respeito a coisas futuras, cujo risco de não virem a existir assumo o adquirente;
- b) a dos que dizem respeito a coisas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade;
- c) a dos que dizem respeito a coisas existentes, mas expostas a riscos assumidos pelo adquirente;
- d) a dos que dizem respeito a fatos que podem não suceder.

Na primeira hipótese, ainda que da coisa nada venha a existir absolutamente, o alienante terá direito a todo o preço, desde que, da sua parte, não tenha havido culpa. Na segunda, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior à esperada, o alienante terá direito a todo preço, se também, de sua parte, não concorreu culpa. Na terceira, terá direito ao preço, ainda que a coisa já não existisse em parte, ou de todo, no dia do contrato, salvo se não ignorava a consumação do risco, pois, nesse caso, o contrato seria *leonino*.

A distinção entre *contratos comutativos* e *aleatórios* interessa, principalmente, no que diz respeito à lesão. Somente aos *contratos comutativos* aplicam-se as regras que a disciplinam, uma vez que, essencialmente, consiste na desproporção entre as prestações.

Em outros pontos, ainda, a distinção tem interesse. Assim a existência de *vícios redibitórios* somente pode ser invocada nos *contratos comutativos*. Também as *arras* não se justificam nos contratos aleatórios.

O chamado *contrato de risco* não é aleatório.

57. Contratos consensuais e reais. A classificação dos contratos em *consensuais* e *reais* não anula o princípio do *consensualismo*. Em princípio, o consentimento é bastante para formar o contrato, mas alguns tipos contratuais exigem que se complete com a entrega da coisa que será objeto da restituição. Esses contratos são chamados *reais*, em contraposição aos que se formam *solo consensu*, os *simplesmente consensuais*, que se tornam perfeitos e acabados por efeito exclusivo da integração das duas declarações de vontade, como a compra e venda, a locação e o mandato.

Dizem-se *reais* os contratos para a perfeição dos quais é necessária, ademais do consentimento das partes, a entrega da coisa, feita por uma à outra, como o comodato, o mútuo e o depósito. A vontade é, por si só, impotente para for-má-los. Tais contratos são, de regra, *unilaterais*, pois a entrega da coisa, pressuposto de sua formação, jamais significa, como sustentam alguns, começo de sua execução. Nesses contratos, o simples consentimento dá lugar, quando muito, a um *pré-contrato inominado*. O contrato definitivo só se conclui *re*, isto é, com a entrega da coisa que deverá ser restituída. Se assim não fora, os *contratos reais* seriam *bilaterais*, sujeitando-se, em consequência, às regras que disciplinam tal categoria, as quais, em verdade, não se lhes aplicam.

A qualificação de certos contratos como *reais* é, tecnicamente, importante para a determinação do *momento de sua formação*,¹² pois, ao contrário dos contratos *simplesmente consensuais*, só se tornam perfeitos e acabados com a *entrega da coisa*, *formando-se*, por conseguinte, somente quando esta se dá. Eles não geram a obrigação de entregar a coisa, visto que nascem, precisamente, no momento em que se efetua a consignação. A forma da *tradição* é indiferente, mas essencial ao nascimento do contrato.¹³

Via de regra, os *contratos reais* são *unilaterais*. Nada impede, porém, que a *realidade* se exija como requisito para a formação de um contrato bilateral, ainda que excepcionalmente. O *depósito*, no qual o depositante se obriga a remunerar o depositário, é *contrato bilateral* que, todavia, só se torna perfeito e acabado com a entrega da coisa.

A importância da distinção é grande. Basta atentar nas questões relativas ao momento de formação dos contratos. Nos *contratos reais*, sua determinação é apurável através de fatos. Demais disso, a admissão da categoria dos *contratos reais* permite classificá-los entre os *contratos unilaterais* e subordiná-los ao regime a que se submetem tais negócios jurídicos.

A entrega da coisa é colocada fora dos efeitos do contrato, criando dificuldade para o seu enquadramento jurídico. Alguns autores qualificam-na como simples *fato jurídico*, do qual nasce a obrigação *ex lege* de restituí-lo; outros, como forma essencial de expressão da vontade das partes, ou elemento de qualificação do contrato, ou, ainda, como um momento substancial da sua estrutura.

Apesar da utilidade dessa construção, parte da doutrina moderna a rejeita¹⁴ sob o fundamento de que a entrega da coisa é simples *pressuposto* da exigibilidade da obrigação de restituição. A principal razão invocada para conservá-la é que, nos contratos assim qualificados, consistindo a obrigação principal na restituição da coisa recebida, pressupõe sua entrega, sem a qual o contrato não se forma.¹⁵ O argumento é inconsistente, porque são simplesmente consensuais outros contratos mediante os quais uma coisa também é recebida e deve ser devolvida após certo prazo, como é o caso da *locação*. Objeta-se ainda que os *contratos reais* não têm por finalidade, como se afirma, a criação da obrigação de restituir,¹⁶ por isso que esta resulta do fato da posse de coisa alheia, e não do contrato propriamente dito. Dizer-se que se os acordos são lícitos mas só produzem efeitos com a *traditio* equivale a lhes negar a aplicação da regra *pacta sunt servanda*.

Baseado no princípio do consensualismo, sustenta-se que a construção é artificial, uma vez que o acordo de vontades basta para criar o vínculo, gerando, para uma das partes, a obrigação de entregar a coisa, e o cumprimento desta obrigação seria começo de execução do contrato. A concepção clássica está a exigir realmente uma revisão crítica.

Códigos modernos admitiram como simplesmente *consensuais* determinados *contratos reais*, como o *comodato*, o *mútuo* e o *depósito*,¹⁷ mas outros conservam a categoria na sua estrutura tradicional.

58. Contratos solenes e não-solenes. Porque prevalece no Direito moderno o princípio da liberdade de forma, os contratos se concluem, via de regra, pelo simples consentimento das partes, seja qual for o modo de expressão da vontade.

Em atenção, porém, à conveniência de dar segurança ao comércio jurídico, a lei exige que certos contratos obedeçam a determinada *forma*, elevando-se à condição de requisito essencial à sua validade. Nesses casos, a vontade das partes não basta à formação do contrato.

Dizem-se *solenes* os contratos que só se aperfeiçoam quando o consentimento é expresso pela forma prescrita na lei. Também denominam-se *contratos formais*.

A solenidade exigida consiste em serem lavrados por tabelião. Têm como *forma a escritura pública*. Nos outros, ao contrário disso, a vontade pode ser declarada verbalmente ou por escrito particular, consistindo o consentimento, muitas vezes, até em um começo da execução. Existem e valem independentemente da *forma adotada* pelos contraentes.

Nada obsta a que um contrato se torne *formal* pela vontade das partes. Evidentemente, não se converterá, como tipo, em contrato solene, mas se subordinará às regras que o regulam. A inobservância da solenidade convencionalmente determina, também, nesse caso, a invalidade do contrato.

Há contrato solene somente quando a *forma* é de sua substância. Se exigida apenas para a prova – *ad probationem tantum* –, o contrato se forma, embora sua existência como negócio produtivo de efeito não possa ser judicialmente comprovada, salvo confissão.

A importância prática da distinção entre *contratos solenes* e *não-solenes* reside em que os primeiros são *nulos*, se não obedecida a *forma* prescrita na lei, por lhes faltar elemento essencial à sua validade.

A nulidade só se decretará, no entanto, se a solenidade se exigir para a declaração de vontade. Sempre que a forma é prescrita apenas para efeitos de *publicidade*, o contrato é válido entre as partes.

59. Contratos principais e acessórios. Há contratos que dependem da existência de outros. Seria mais correto qualificá-los como *contratos dependentes*, mas o uso consagrou a expressão *contratos acessórios*.

Os contratos dos quais dependem chamam-se *principais*. Têm existência própria, independente, autônoma.

A função predominante dos *contratos acessórios* é garantir o cumprimento de obrigações contraídas em *contrato principal*, como o penhor, a anticrese, a hipoteca, a fiança e a caução, mas não são apenas acessórios os

contratos de garantia, senão todos os que têm como pressuposto outro contrato.¹⁸

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. Em conseqüência, a extinção do *contrato principal* acarreta a do *contrato acessório*, pois, logicamente, não lhe pode sobreviver, por faltar a razão de ser. Pelo mesmo motivo, se o *contrato principal* for nulo, também o será, por via de conseqüência, o *acessório*.

Da circunstância de depender o *contrato acessório* da existência do *principal* e de lhe acompanhar a sorte, não se segue que, sobre ele, não exerça qualquer influência. A regra segundo a qual o credor pode pedir imediato pagamento, se perece ou se deteriora a coisa dada em garantia, comprova essa influência.¹⁹

Os contratos acessórios podem ser *preparatórios*, como o mandato; *integrativos*, como a aceitação do terceiro na estipulação em seu favor; *complementares*, como a adesão a um contrato aberto.²⁰

60. Contratos instantâneos e contratos de duração. Com a expressão *contrato instantâneo* ou de *execução única*, designam-se os contratos cujas prestações podem ser realizadas em um só instante. Cumprida a obrigação, exaurem-se, pouco importando seja a execução imediata à formação do vínculo ou se dê algum tempo depois. Em qualquer das hipóteses, o contrato será *instantâneo*, dado que na segunda sua execução também ocorre em um só momento. Distinguem-se, em conseqüência, os *contratos instantâneos de execução imediata dos contratos instantâneos de execução diferida*.²¹ Não se confundem estes, todavia, com os *contratos de duração*, que constituem a categoria oposta à dos contratos de execução única.

A conceituação dos *contratos de duração* não é unívoca. As hesitações da doutrina começam na denominação, estendendo-se à delimitação e à diferenciação de subespécies. A figura é mais conhecida pelo nome de *contrato de trato sucessivo*. Outros preferem chamá-la de *contrato de execução continuada*, havendo quem os designe pela expressão *contratos de débito permanente* para contrapô-los aos de obrigação *transitória*. Prefere-se atualmente a denominação *contratos de duração*.

Débito permanente é o que consiste em uma prestação tal que não é possível conceber sua satisfação em um só momento; mas, do contrário, tem de ser cumprida durante certo período de tempo, continuamente. A determinação de sua duração resulta da vontade das partes, mediante cláusula contratual em que subordinam os efeitos do negócio a um acontecimento futuro e certo, ou da declaração de vontade de um dos contraentes pondo termo à relação (*denúncia*). São, em conseqüência, por tempo *determinado* ou *indeterminado*.

É a *natureza da prestação* que determina a existência dos *contratos de duração*. Tais serão, tão-só, aqueles nos quais a execução não pode cumprir-se num só instante. Por esse motivo, somente há *contratos de duração* por sua *própria natureza*. Se as partes renunciam à possibilidade da execução única, dividindo as prestações no tempo, o contrato não é de execução continuada.²²

Os *contratos de duração* subdividem-se em *contratos de execução periódica* e *contratos de execução continuada*.²³ Os de *execução periódica*, que se executam mediante prestações periodicamente repetidas, seriam, propriamente, os contratos de *trato sucessivo*, expressão que se emprega, aliás, incorretamente, para designar todos os *contratos de duração*, que se executam mediante prestações periodicamente repetidas.²⁴ Os de *execução continuada*, aqueles em que a prestação é única, mas ininterrupta.²⁵ Acrescentam alguns terceira classe, constituída pelos contratos de *execução salteada*, sob solicitação de uma das partes.²⁶

A distinção dessas subespécies carece de maior importância prática.²⁷ Conquanto a melhor denominação seja a de *contrato de duração*, pode-se usar indiferentemente, englobando todas as subespécies teóricas, as expressões: *contratos sucessivos*, *contratos de execução continuada ou periódica*, *contratos de prestações repetidas*.²⁸ O que importa é deixar claro que o traço essencial desses contratos é a *distribuição da execução no tempo*. Sua característica “reside no fato de que o tempo, ou melhor, a duração, constitui elemento substancial de determinação das prestações”.²⁹ Em suma, interessa frisar que há *contrato de duração* quando as duas partes, ou uma delas, estão adstritas ao cumprimento de prestações contínuas ou repetidas em intervalos estipulados, por tempo determinado ou indeterminado.

Entre as duas categorias opostas dos *contratos instantâneos* e *sucessivos* põe-se a dos contratos de *execução escalonada*, contratos que, se bem comportem execução única, convertem-se em contratos de execução continuada ou periódica, porque as partes entenderam de fazer da duração ou da repetição um elemento essencial de seu acordo.³⁰

A despeito de ter execução prolongada no tempo, contínua, periódica ou salteada, o contrato de duração não se compõe de sucessivas obrigações. Toda prestação periódica e singular não constitui objeto de obrigação distinta. A obrigação é única; fracionam-se as prestações. Não obstante, aplica-se o princípio da *post numeratio*, segundo o qual uma das partes não pode exigir da outra que satisfaça a prestação enquanto não houver cumprido totalmente a que lhe incumbe realizar.³¹

É de considerável interesse a distinção entre *contratos de execução única* e *contrato de duração*. Nos *contratos instantâneos*, a *resolução*, por inexecução, repõe as partes no estado anterior, enquanto nos *contratos sucessivos* os efeitos produzidos não são atingidos. Ocorre a mesma singularidade em relação à anulação, ao menos quando as prestações satisfeitas não podem ser restituídas, como, no contrato de trabalho, o serviço prestado pelo empregado. Diz-se, por isso, que vigora o princípio da *irretroatividade* a respeito dos *contratos de duração*, explicável pelo fato de que os atos singulares de execução são juridicamente autônomos.³² A *prescrição* da ação para exigir o cumprimento de prestações vencidas, nos contratos de duração, começa a correr da data do vencimento de cada prestação.³³ Finalmente, a resolução do contrato, ou o reajustamento de suas prestações, por força de circunstâncias imprevisíveis que acarretam onerosidade excessiva para uma das partes, não tem cabimento nos contratos instantâneos, salvo os de execução diferida.³⁴ Em síntese, a *teoria da imprevisão* aplica-se ordinariamente aos *contratos sucessivos*. Distinguem-se ainda no que diz respeito à simultaneidade das prestações, aos efeitos da força maior e aos da falência.³⁵

61. Contratos de execução imediata e de execução diferida. Aos *contratos de duração* contrapõem-se os instantâneos ou de *execução única*, que se caracterizam por serem executados, de uma vez, em um só momento. A execução pode dar-se imediatamente após a sua conclusão, ou ser protraída para outro momento. No primeiro caso, diz-se que são *contratos de execução imediata*. No segundo, *contratos de execução diferida*.

Os *contratos de execução diferida* impõem-se, às vezes, como consequência da natureza da prestação prometida. Casos há, com efeito, nos quais não pode ser satisfeita contemporaneamente à *formação do contrato*, mas ordinariamente a execução se protraí em virtude de cláusula que a subordina a um *termo*. Dizem-se, por isso, contratos a prazo.

O interesse da distinção reside na circunstância de que os *contratos de execução diferida* dependem do futuro, aplicando-se-lhes, por conseguinte, as regras deduzidas pela *teoria da imprevisão*, que, intuitivamente, não cabem nos *contratos de execução imediata* [pertinentes à revisão ou à resolução por excessiva onerosidade superveniente].

Não se deve confundir o *contrato de execução diferida* com o de *duração*; o primeiro é de execução *instantânea*, enquanto o outro, de execução *continuada*, seja porque as prestações se repetem periodicamente, se dividem necessariamente no tempo, ou se executam continuamente.

62. Contratos típicos e atípicos. A importância desta classificação, assim do ponto de vista teórico como prático, pede mais demorada atenção nas espécies que compreende.³⁶ Os contratos *típicos* também são chamados *nominados*, e os *atípicos*, *inominados*; mas como essas expressões podem induzir a equívoco, porque tiveram significado diverso no Direito Romano, é preferível adotar a outra terminologia, de procedência alemã.

A expressão *contratos típicos* designa os contratos esquematizados na lei, com denominação própria, formando espécies definidas. Dizem-se *atípicos* os que não se acham especificamente regulados.³⁷

63. Contratos pessoais ou *intuitu personae* e contratos impessoais. [Contratos relacionais]. A pessoa concreta do contratante é, de regra, juridicamente indiferente. Contudo, há contratos nos quais tem influência decisiva no consentimento da outra parte.³⁸ Importa, assim, distingui-los dos outros.

Um contrato é *intuitu personae* quando a *consideração da pessoa* de um dos contraentes é, para o outro, o *elemento determinante de sua conclusão*.³⁹ A uma das partes convém contratar somente com determinada pessoa, porque seu interesse é de que as obrigações contratuais sejam cumpridas por essa pessoa. Por isso, a pessoa do contratante passa a ser *elemento causal* do contrato.

Em contraposição aos contratos nos quais é indiferente a pessoa com quem se contrata, os que se realizam *intuitu personae* podem ser denominados *contratos pessoais*. Geralmente, originam uma *obrigação de fazer*, cujo objeto é um serviço *infungível*, isto é, que não pode ser executado por outra pessoa, ou porque só aquela seja capaz de prestá-lo, ou porque à outra parte interessa que seja executado tão-somente por ela.

Os contratos *intuitu personae* têm essa qualidade por sua própria natureza, ou circunstancialmente. Contrato pessoal *por sua própria natureza* é aquele em que a pessoa dos contraentes, ou de um deles, tem de ser levada em conta, havendo *sempre* uma relação de causalidade.⁴⁰ A necessidade de considerar a pessoa do outro contraente apresenta-se nessas condições quando, para a execução do contrato, entra o fator subjetivo de confiança ou a habilidade particular da pessoa que deve cumprir a obrigação de fazer. O contrato é *acidentalmente pessoal* quando, embora seja indiferente a pessoa de um dos contratantes, determinadas circunstâncias induzem as partes a transformá-lo num contrato *intuitu personae*.⁴¹

A distinção entre *contratos pessoais e impessoais* reveste-se de importância prática em razão das conseqüências lógicas e intuitivas que decorrem da natureza personalíssima da obrigação característica dos contratos pertencentes à primeira categoria.

De fato. Uma vez que essa obrigação é *intransmissível*, não pode ser cumprida por outrem. Por conseguinte, a *morte* do devedor é causa extintiva do contrato, pois os sucessores não poderiam executar prestação que era personalíssima. Pela mesma razão, o contrato *intuitu personae* não pode ser *cedido*. A substituição do devedor importaria celebração de novo contrato. É claro que essas conseqüências só se afirmam em relação ao contratante cuja atividade pessoal é elemento determinante do contrato.

A mais importante conseqüência concerne à sua *anulabilidade por erro*. Visto que a determinação da pessoa de um dos contraentes atua como causa do consentimento do outro, o erro *in persona* é *essencial*, justificando-se, nesse caso, a anulação do contrato, mas, obviamente, o consentimento somente se considera viciado se o erro se verificar em relação a qualidades essenciais da pessoa. A dificuldade de apuração do *erro de pessoa* aconselha, em certos contratos, a adoção de um *período de prova* ou *experiência*, durante o qual uma das partes observa e aprecia as qualidades pessoais da outra, certificando-se de que não errou na escolha. A vantagem desse processo técnico consiste em eliminar a possibilidade de anulação do contrato por erro, quando se estipule a disposição relativa ao ensaio ou prova como uma das cláusulas do contrato, e não como objeto de contrato preparatório.

Entre as categorias dos *contratos pessoais e impessoais*, poder-se-ia admitir classe intermediária, na qual se incluiria, dentre outros, o *contrato de trabalho*. Deste, embora se considere personalíssima a obrigação fundamental do empregado, decorrendo dessa circunstância as conseqüências próprias do contrato *intuitu personae*, a rigor, [o contrato de trabalho] não se conclui, as mais das vezes, tendo em vista as qualidades pessoais do trabalhador.⁴²

[Modernamente tem-se apontado uma categoria dogmática que possui importante ponto de contato com a categoria dos contratos pessoais. Referimo-nos aos *contratos relacionais*, noção que representa importante tentativa de renovação da dogmática contratual clássica. A expressão “*contrato relacional*” ainda não foi inteiramente assimilada nos direitos da família romano-germânica, pois tem origem na sociologia e no universo intelectual norte-americano⁴³ A economia moderna se desenvolve intensamente por meio de contratos de duração (por oposição a contratos instantâneos) e, tendo em vista a aceleração da produção e a complexidade das situações que vão surgindo, por acordos com cláusulas abertas. A visão algo padronizada dos “momentos contratuais” (conclusão e execução dos contratos) não cobre adequadamente essa realidade. Procurando traçar as bases dessa nova categoria, pode-se afirmar que o contrato relacional tem por características principais a *longa duração e a exigência de forte colaboração entre as partes*. São relacionais, assim, todos os contratos que, sendo de duração, têm por *objeto a colaboração* (contratos de sociedade, parcerias, consórcios interempresariais etc.), e, ainda, os que, mesmo não tendo por objeto a colaboração, *exigem-na intensa para poder atingir os seus fins*, como os contratos de distribuição e de franquia. O princípio da boa-fé deve ser mais fortemente considerado nos contratos relacionais, tendo em vista seu caráter aberto, com forte indefinição na sua projeção para o futuro, impondo, para atingir os seus fins, intensa lealdade entre as partes].

64. Contratos civis e mercantis. [Contratos empresariais e existenciais]. A distinção entre *contratos civis e mercantis* enseja controvérsia em razão da dificuldade de caracterizar os atos de comércio. O mesmo contrato, considerado em sua finalidade econômica, pode ser civil ou comercial. Na caracterização influi, igualmente, a qualidade das partes, segundo a tendência subjetiva, que refluí. Daí as dúvidas na fixação do traço característico das duas categorias.

Para os sistemas legislativos que realizaram a *unificação* do Direito Privado, [como é o caso do sistema brasileiro, a partir do Código Civil de 2002.] a distinção, embora persista, perdeu interesse. Nos que adotam a dicotomia, a importância prática é manifesta, visto que os contratos se regulam por preceitos diversos, contidos no Código Civil e no Código Comercial.

Assim como há contratos essencialmente *civis*, por totalmente estranhos às atividades comerciais, outros existem puramente *mercantis*. A dificuldade da distinção agrava-se quando os contratos são comuns ao Direito Civil e ao Direito Comercial.

Interessa distingui-los, não só porque diferentemente disciplinados, mas, também, porque se interpretam conforme preceitos diversos.

A introdução nos códigos da idéia de *empresa*⁴⁴ facilita a caracterização dos *contratos mercantis*, mas ainda não foi acolhida na maioria das legislações.

[Na esteira da consagração da noção de empresa em nosso Código, uma nova dicotomia toma corpo. Há, de um lado, *contratos empresariais*, que são aqueles celebrados entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, entre um empresário e um não-empresário, desde que este tenha celebrado o contrato com fim de lucro. E, de outro lado, há os *contratos existenciais ou não-empresariais*, firmados entre não-empresários ou entre um empresário e um não-empresário, sempre que para este a contratação não tenha objetivo de lucro. Dentre os contratos existenciais encontram-se todos os contratos de consumo, bem como os contratos de trabalho, locação residencial, compra da casa própria e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana. São exemplos de contratos empresariais os de agência, distribuição, fornecimento, transporte, *engineering*, consórcio interempresarial, franquia e os contratos bancários, dentre outros. Essa nova dicotomia, que defendemos, é, a nosso ver, a verdadeira dicotomia contratual do século XXI. Por força da renovação dos princípios contratuais e da frequência de sua concretização, não se pode mais empregar a palavra “contrato” sem consciência dessa classificação. Ademais, ela é operacional. Os contratos empresariais apresentam importantes peculiaridades de tratamento, v.g., no que diz respeito à interpretação (papel mais acentuado dos usos empresariais), à alteração das circunstâncias (menor possibilidade de revisão contratual) e à aplicação dos princípios da boa-fé e da função social do contrato].

65. Contratos individuais, coletivos e normativos. A classificação dos contratos em *individuais* e *coletivos* procede de um equívoco. O *contrato coletivo* não possui verdadeiramente natureza contratual, dado que não cria obrigações para os interessados, limitando-se a estatuir normas que devem presidir à formação dos contratos individuais subordinados, ou determinar alterações no conteúdo de contratos em curso. Do *contrato coletivo* não nascem relações jurídicas que coloquem as partes nas posições de credor e devedor. É um *acordo normativo*; não um contrato.

Sua mais importante espécie é a *convenção coletiva de trabalho*, singular figura jurídica utilizada para organizar relações entre empregados e empregadores.⁴⁵

A singularidade do *contrato coletivo* não reside, como se supõe, na sujeição que impõe a todos os membros da coletividade a que se refira, inclusive à minoria ausente ou dissidente. A extensão de seus efeitos a empregadores e empregados que não pertencem aos sindicatos convenientes não se dá automaticamente, mas por força de decisão administrativa ou judicial. De particular a circunstância de ser instrumento que possibilita a *discussão corporativa*, restaurando o equilíbrio entre as partes no contrato individual de trabalho. A *convenção* coletiva fixa, antecipadamente, mediante normas, cláusulas fundamentais dos contratos individuais do seu âmbito de aplicação. Sendo uma pré-regulamentação de condições de trabalho, não se confunde, evidentemente, com o contrato individual, cuja função de criar as obrigações próprias de uma relação de emprego persiste.

Do *contrato individual* deve-se distinguir, no campo do Direito do Trabalho, o de *equipe* e o de *trabalho coletivo*. Nessas duas modalidades contratuais, a parte que se obriga à prestação do serviço é representada por um grupo organizado ou não de trabalhadores, e não por sujeitos singulares.

O *contrato normativo* não prefixa, de regra, todo o conteúdo dos futuros contratos individuais. Prescreve, quase sempre, as disposições de maior importância, deixando margem às partes dos contratos singulares para que, em pontos secundários ou variáveis, exerçam a liberdade de estipulação, introduzindo cláusulas que não contradigam ou desvirtuem as disposições normativas. Para a caracterização desses convênios importa que se apresentem sob forma de *regulamento*, cujas disposições se insiram, inelutavelmente, no conteúdo das relações individuais formadas nos limites de sua eficácia.

66. Autocontrato. Sob o nome de *autocontrato* ou *contrato consigo mesmo* conhece o Direito moderno figura curiosa de negócio jurídico bilateral. Tomada ao pé da letra seria absurda. Ninguém pode constituir relação jurídica na qual figure, ao mesmo tempo, como sujeito ativo e passivo. Contratar consigo próprio é, logicamente,

impossível. O contrato é, por definição, o acordo de duas ou mais vontades, não se podendo formar intuitivamente, pela declaração de uma só vontade. Tais reparos provêm, entretanto, de manifesta confusão. A primeira, devida à denominação. Em verdade, não há *contrato consigo mesmo*, porque a figura assim chamada só se torna possível em função do mecanismo da *representação*. Podendo o contrato ser concluído por meio de *representante*, este, em vez de o estipular com terceiro, celebra consigo próprio. Por força da sua condição, reúne, assim, em sua pessoa, dois centros de interesses diversos, ocupando as posições opostas de proponente e aceitante. No fundo, não realiza contrato consigo mesmo, senão com a pessoa a quem representa. A outra confusão decorre da suposição de que a regra da dualidade pessoal de partes não comporta exceção. É certo que, para quem não admite a natureza unilateral do autocontrato, há duas partes. A figura do *autocontrato* é equívoca, porque violenta o princípio da duplicidade de declarações de vontades, o que levou alguns tratadistas a considerá-lo *negócio unilateral*. Se o contrato é o encontro e a integração de duas vontades, pressupõe duas declarações, não sendo possível admitir-se que resulte de uma só. A essa objeção responde-se dizendo-se que o essencial para a formação do contrato é a *integração de declarações animadas por interesses contrapostos*.⁴⁶ Na formação do *autocontrato*, o *representante* emite duas declarações distintas que consubstanciam os interesses dos quais se tornou o ponto de convergência.

Admita-se, ou não, a explicação, aceite-se, ou não, a natureza contratual do autocontrato, a verdade é que, na prática, a hipótese não pode ser ignorada pelo Direito.

Salientam os escritores os graves perigos que encerra em vista da contraposição de interesses conciliados pela mesma pessoa colocada em posições antagônicas. Se esses perigos não justificam sua proibição, contudo, só muito prudentemente se deve permiti-lo. Não é fácil estatuir regra geral que o valide unicamente quando eles não possam existir, mas como orientação pode-se aceitar a norma de que o autocontrato só deve ser lícito quando o representante não tenha possibilidade de determinar o conteúdo da relação jurídica, caso em que não há, propriamente, *oposição de interesses*. A vontade que declara consiste numa simples adesão ao conteúdo do contrato, preestabelecido pelo representado. Nessa hipótese, tanto faz que a adesão seja dada por terceiro como pelo representante. Assim, se alguém autoriza outrem a vender determinada coisa, estabelecendo todas as condições da venda, nenhum inconveniente há em que a coisa seja comprada pelo procurador do vendedor, pois a adquirirá nas mesmas condições em que seria adquirida por terceiro.

[A nova redação do Código Civil de 2002 sanou lacuna da lei anterior e tornou anulável o chamado contrato consigo mesmo. De acordo com o art. 117 do Código, “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”. Outra hipótese de anulabilidade foi prescrita no art. 119, *verbis*: “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.”].

67. Classificação pela função econômica. Os *negócios patrimoniais* são os instrumentos jurídicos da vida econômica. A variedade dos interesses dignos de proteção legal não permite que o ordenamento jurídico discipline a todos especificamente, distribuindo-os em classificação exaustiva. Todavia, os interesses de ordem patrimonial podem reduzir-se a categorias gerais, compreendidas nos setores fundamentais da atividade econômica, notadamente nos da produção e circulação da riqueza. Daí a possibilidade de classificar os negócios jurídicos por sua *função econômica*. Correspondem, com efeito, aos que, principalmente, devem ser praticados para que a vida econômica flua na multiplicidade de suas vicissitudes. Tais são os contratos:

- a) *de troca*;
- b) *associativos*;
- c) *de prevenção de riscos*;
- d) *de crédito*;
- e) *de atividade*.

Os mais importantes e frequentes contratos realizam-se para a *circulação da riqueza*. Chamam-se *contratos de troca*. Caracterizam-se pela permuta de utilidades econômicas, importando sempre deslocamento patrimonial, ou prestação e aproveitamento de serviços. Têm por fim:

- a) dar uma coisa, para receber outra;

- b) conceder o uso de uma coisa, para receber outra;
- c) dar uma coisa, sem nada receber;
- d) conceder o uso de uma coisa, sem nada receber;
- e) dar uma coisa para receber um serviço;
- f) fazer um serviço, para receber uma coisa;
- g) prestar um serviço, sem nada receber;
- h) fazer alguma coisa, para que outrem faça outra.

Todas as combinações resumem-se a: *do ut des; do ut facias; facio ut des; facio ut facias*.

Os contratos consistentes em *dare* denominam-se *translativos* por terem como finalidade a transferência de coisa do patrimônio de alguém para o de outra pessoa. Compreendem *contratos onerosos e gratuitos*. Dentre os primeiros, estão os contratos de *compra e venda, permuta, fornecimento*. Por eles, uma das partes dá uma coisa e, em troca, recebe outra. Mas é também *contrato translativo de troca*⁴⁷ aquele pelo qual uma pessoa dá outra coisa, sem contraprestação. A *doação* e o *testamento* são exemplos clássicos de negócio translativo *a título gratuito*.

Os *contratos translativos* requerem o poder jurídico de disposição da coisa objeto da prestação, por importarem transferência potencial de propriedade.

Modalidade interessante dos *contratos de troca* é aquela em que uma pessoa, em vez de alienar a coisa, apenas concede o seu uso temporário, proporcionando à outra uma utilidade econômica que juridicamente se traduz no *direito de gozo*. São os *contratos translativos de uso*. A cessão do direito de uso e gozo pode ser *onerosa* ou *gratuita*. Negócio jurídico de cessão onerosa de uso é o *contrato de locação*, e de cessão gratuita, o *comodato*. São, também, contratos de cessão do uso de coisa os que resultam de sucessão constitutiva pela qual se formam direitos reais limitados, como o *usufruto*, o *uso*, ou a *habitação*.

Os *contratos de troca* em razão dos quais alguém se obrigue a remunerar serviço prestado por outrem também são importantíssimos para a vida econômica. Basta considerar que o *contrato de trabalho*, instrumento jurídico das relações de produção, é negócio integrante da categoria. Em tais negócios, uma das partes contrai *obrigação de fazer*, havendo troca de *prestação de coisa por prestação de fato*. Além do *contrato de trabalho*, consistem nessa troca a *empreitada, a prestação de serviços, a corretagem, o transporte, e o mandato salariado*.

Tanto faz dar coisa para receber serviço como prestar serviço para receber coisa. Possível, mantendo-se a relação de troca, preste alguém serviço a outrem ou pratique atos do interesse deste sem nada receber. É o que ocorre, por exemplo, com o *mandato civil*, normalmente gratuito. O mandatário presta o serviço sem nada se lhe dar em troca.

Na vida econômica, é mais rara a troca de *prestação de fato*. Não há negócios típicos que consistam na realização do *facio ut facias*. Entretanto, essa relação de troca pode constituir objeto de contratos atípicos. Assim como nos negócios pelos quais alguém dá uma coisa para receber outra, as prestações, nos negócios *facio ut facias*, têm igual estrutura. Naqueles, *prestações de coisas*. Nestes, *prestações de fatos*.

Observam alguns autores que nos negócios dirigidos a um *facere* apenas se atribui o poder econômico de *gozo* dos bens, enquanto o poder econômico de *disposição* se conserva no outro contraente.

Os *contratos associativos* são negócios jurídicos que se distinguem pela coincidência do fim.

São *contratos associativos: a sociedade, a parceria e as coalizões econômicas*. Nesses contratos, não se verifica a interdependência das obrigações das partes. A prestação de um dos contratantes não é a causa da contraprestação do outro. Têm, contudo, causa onerosa. São considerados *negócios plurilaterais*. Sustentam alguns que não possuem natureza contratual, particularmente a *sociedade*. Outros os apontam como contratos que têm, ou podem ter, mais de duas partes, entendendo que são até *sinalagmáticos*,⁴⁸ no sentido lato da expressão, não coincidente com o de interdependência de obrigações. A Cariota Ferrara parece inequívoca a bilateralidade do contrato de sociedade, ainda que nenhum sócio dê ao outro, ou faça, qualquer coisa, ou nenhuma troca de bens se realize entre os respectivos patrimônios, pois a obrigação ou prestação de cada sócio está ligada à do outro por uma causa.⁴⁹ Para justificar a existência de várias partes no contrato, diz-se que o interesse dos sócios são egoístas e até contrapostos entre si, no que há manifesto exagero, visto que o elemento característico da *sociedade* é a *affectio societatis*. Além da necessidade de existir a comunhão de interesses, o próprio fim comum dos sócios não se compadece com a contraposição apontada. Do fato de admitir-se que tem *causa onerosa* não se deve inferir que seja contrato sinalagmático, até porque a *comunidade* de fim possui relevância jurídica, sobretudo por eliminar importante conseqüência do sinalagma entre as obrigações e prestações em seu valor funcional.⁵⁰

A função econômica dos *contratos associativos* é manifestamente diversa da dos *negócios de troca*. Basta atentar na circunstância de que os negócios concertados para a realização de fim comum não se destinam a promover diretamente a circulação da riqueza. Atuam, no momento econômico da produção, como os outros contratos que [Messineo] qualifica de *colaboração* ou *cooperação*.⁵¹ Por isso mesmo, os *contratos associativos* também são chamados *contratos de organização*.

A atividade concorrente das partes para a realização de fim comum não se realiza somente sob forma associativa. Há negócios destinados a estabelecer a *cooperação* entre as partes, sem que, entretanto, estas se associem, isto é, assumam os riscos do empreendimento. Nesses negócios, as pessoas não se obrigam, como nos *associativos*, ao exercício comum de atividade econômica com o ânimo de repartir os lucros ou suportar as perdas. Mas atuam, independentemente, sem vínculos associativos, pelo concurso de atividades.

Tais são, dentre outros, os contratos de *mandato*, *de edição*, *de representação*, *de expedição*, e *de agência*.

Ganharam importância na sociedade moderna os contratos destinados a prevenir riscos, notadamente o de *seguro*.

Generalizou-se com efeito a prática da cobertura dos riscos a que estão expostos os bens e as pessoas. Quanto a estas, a iniciativa particular vem sendo substituída por um sistema de *previdência social*, que visa a abranger todas as pessoas. Desenvolve-se a tendência para se alcançar o mesmo resultado dos contratos de seguro e renda vitalícia a contribuição obrigatória para o Estado ou para instituição paraestatal, prevenindo-se riscos através de atos que não possuem natureza contratual. Não obstante, conserva-se larga margem à prática de negócios jurídicos destinados à prevenção de riscos. Os contratos por meio dos quais as partes procuram satisfazer esses interesses são *aleatórios*.

Além do *seguro*, nas suas diversas modalidades, incluem-se, na categoria, os contratos de *capitalização* e *constituição de renda*. O seguro difunde-se, tornando-se obrigatório para os danos pessoais dos passageiros de aeronaves comerciais, para os proprietários de veículos automotores, construtores de imóveis, bens dados em garantia de empréstimos e para outros casos.

O uso do crédito está largamente difundido na sociedade moderna. Proliferam os negócios jurídicos cuja função econômica consiste precisamente na obtenção de um bem a ser restituído mais tarde, transmitido pela confiança depositada no adquirente e pelo interesse de quem o transfere de retirar uma utilidade econômica dessa transferência.

O *contrato de crédito*, por excelência, é o *mútuo*. Na vida comercial, sobressaem os *contratos bancários*: o *desconto*, o *depósito*, a *abertura de crédito em conta corrente*, o *financiamento*, e tantos outros.

São pressupostos do crédito: 1º, o valor dado a crédito há de ser tomado do patrimônio da pessoa que o concede e transferido ao patrimônio da que o recebe; 2º, o valor dado a crédito há de ser transmitido em plena propriedade à pessoa que o recebe; 3º, o valor dado a crédito há de consistir em coisa fungível.⁵²

Os *contratos de crédito* variam conforme a confiança seja depositada na pessoa do devedor ou no valor do objeto sujeito à responsabilidade. No primeiro caso, diz-se que o crédito é *pessoal*. No outro, *real*. O *crédito real* obtém-se mediante *negócios acessórios de garantias*, o *penhor*, a *caução*, a *anticrese*, a *hipoteca*, a *alienação fiduciária*.

São, finalmente, muito importantes, pela função econômica que exercem, os *contratos de atividade*.

O principal *contrato de atividade* é o de *trabalho subordinado*, também chamado *contrato de emprego*.

São *ainda* contratos de atividade: o de *prestação de serviços*, a *empreitada*, o *mandato*, o *de agência*, a *comissão*, o *de corretagem*, e, segundo alguns, o *depósito*.

Na classificação dos negócios jurídicos pela *função econômica* não se pode proceder a enquadramento em categorias estanques. O mesmo negócio é incluído em categorias distintas, se exerce dupla função, como acontece com alguns. É que, como observa Messineo, as categorias econômicas não coincidem necessariamente, na importância e no significado, com as categorias jurídicas. Mas, como a disciplina dos negócios se particulariza de acordo com a sua função prática, o conhecimento e a classificação das principais *categorias* interessam ao jurista para a fixação do regime a que se devem subordinar.

¹ Giorgi, *Teoria de las Obligaciones*, vol. III, p. 46.

² São negócios unilaterais: a procuração, a remissão de dívida, a despedida, a denúncia, a renúncia, a revogação, a promessa de recompensa, o ato de fundação.

- ³ Messineo, *Dottrina Generale del Contratto*, 3ª ed., Milão, Giuffrè, 1948, p. 233.
- ⁴ *Vide* Cap. 6. Serpa Lopes, *Exceções Substanciais*.
- ⁵ Henri de Page, *Traité Pratique de Droit Belge*, t. II, p. 411.6 [Sobre este problema *vide, infra*, ainda, o Cap. 15 e, com relação à compra e venda em particular, o Cap. 20].
- ⁶ [Sobre este problema *vide, infra, ainda*, o Cap. 15 e, com relação à compra e venda em particular, o Cap. 20].
- ⁷ Cons. Giorgi, *ob. cit.*, vol. III, p. 45; Messineo, *Dottrina Generale del Contratto*, p. 236. [Acerca da onerosidade excessiva, *vide, infra*, o Cap. 15.]
- ⁸ Messineo, *ob. cit.*, p. 237.
- ⁹ *Idem*, *ob. cit.*, p. 240.
- ¹⁰ [Art. 1.104, segunda parte.]
- ¹¹ [Art. 157 do Código Civil.]
- ¹² Não dispensam evidentemente o acordo das partes, que é apenas insuficiente para formá-los, permanecendo, entretanto, como promessa de contratar.
- ¹³ Se a coisa já estiver na posse do devedor, a conclusão é no momento do acordo.
- ¹⁴ A doutrina alemã, na França e na Itália. Baudry-Lacantinerie, Colin e Capitant, Planiol, Demogue, Josserand, Carrara, Osti.
- ¹⁵ *Vide* Henri de Page, *ob. cit.*, t. II, p. 416.
- ¹⁶ Planiol, *Traité de Droit Civil*, t. II, nº 996
- ¹⁷ Código Suíço das Obrigações.
- ¹⁸ Cons. Messineo, *ob. cit.*, p. 252.
- ¹⁹ Messineo, *ob. cit.*, p. 252.
- ²⁰ Santoro Passarelli, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 179.
- ²¹ *Vide* nº 61.
- ²² Assim, um contrato de venda em que se tenha ajustado a entrega da mercadoria em três parcelas, cada qual 90 dias após a outra, não é de execução periódica.
- ²³ *Vide* Messineo, *ob. cit.*, p. 247.
- ²⁴ Ex.: o contrato de constituição de renda.
- ²⁵ Messineo, *ob. cit.*, p. 249, que dá como exemplos, dentre outros, a locação e o comodato.
- ²⁶ Messineo, *ob. cit.*, p. 249. Ex.: a abertura de crédito em conta corrente.
- ²⁷ *Vide* Orlando Gomes, notas sobre uma apreciação da “Introdução ao Direito Civil”, in *Forum, Revista do Instituto da Ordem dos Advogados da Bahia*, ano XXII, vol. XX, fasc. 34, p. 166.
- ²⁸ Capitant.
- ²⁹ Osti, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. IV, p. 67.
- ³⁰ *Vide* Planiol e Ripert, *ob. cit.*, vol. VI, p. 56. Ex.: o contrato de fornecimento; a venda a prestações.
- ³¹ Assim um empregado contratado para receber ordenado mensal não pode exigir do empregador o pagamento desse ordenado antes de esgotado o mês a que corresponde.
- ³² Messineo, *ob. cit.*, p. 250.
- ³³ Assim, no contrato de trabalho, a reclamação de salário vencido vai prescrevendo, entre nós, à medida que se completam dois anos da data em que cada prestação se tornou exigível.
- ³⁴ [Arts. 478 a 480 do Código Civil].
- ³⁵ Cons. Planiol e Ripert, *ob. cit.*, pp. 56 e 58.
- ³⁶ *Vide* Cap. 7º.
- ³⁷ Piraino Leto, *I Contratti Atipici e Innominati*, p. 67.
- ³⁸ Vaillieur, “*L’Intuitu Personae*” dans les Contrats, p. 43.
- ³⁹ Henri de Page, *ob. cit.*, t. 2º, p. 422.
- ⁴⁰ Ex.: O mandato, a empreitada, a sociedade. [Com relação à personalidade da empreitada, *vide*, contudo, o art. 626 do Código Civil].
- ⁴¹ Ex.: Só aceito o fornecimento de mercadorias, enquanto determinada pessoa dirigir a empresa fornecedora.
- ⁴² Cons. G. Scelle, *Le Droit Ouvrier*; Rouast e Givord, *Traité du Droit des Accidents du Travail et de Maladies Professionnelles*.
- ⁴³ Ronaldo Porto Macedo Jr. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo. Max Limionad, 1998
- ⁴⁴ [Arts. 966 e segs. do Código Civil].
- ⁴⁵ Orlando Gomes, *A Convenção Coletiva de Trabalho*, Bahia, 1936.
- ⁴⁶ Galvão Teles, *Dos Contratos em Geral*, p. 275; José Paulo Cavalcanti, *O Autocontrato*.

⁴⁷ Messineo, *Dottrina Generale del Contratto*, p. 30.

⁴⁸ Scuto, Cariota Ferrara.

⁴⁹ *El Negocio Juridico*, p. 194.

⁵⁰ Cariota Ferrara, ob. cit., p. 196.

⁵¹ Messineo, ob. cit., p. 21.

⁵² Hedemann, *Tratado de Derecho Civil*, vol. III, p. 336.

Capítulo 6

CONTRATOS BILATERAIS OU SINALAGMÁTICOS

Sumário: 68. Particularidades. 69. A *exceptio non adimpleti contractus*. 70. Vícios redibitórios. 71. Fundamento da garantia. 72. Ações edilícias. 73. Evicção. 74. Condição resolutiva tácita.

68. Particularidades. Os *contratos bilaterais, sinalagmáticos* ou de prestações correlatas subordinam-se a regras inaplicáveis aos *contratos unilaterais*.¹

Na justificação do interesse prático da distinção entre essas duas categorias de contratos foi visto que somente os *bilaterais* comportavam a *exceptio non adimpleti contractus* e a *cláusula resolutiva tácita*. Do mesmo modo, as disposições relativas às *arras*, à *evicção* e aos *vícios redibitórios* somente a eles se aplicam. Há, por conseguinte, um complexo de normas destinadas exclusivamente a esses contratos, algumas de aplicação a todos, outras restritas a determinadas espécies.

69. A *exceptio non adimpleti contractus*. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes pode, antes de cumprida sua obrigação, exigir a do outro. Nessa hipótese, tem direito a invocar a *exceção* de contrato não cumprido. O fundamento desse direito é intuitivo. Visto que a essência dos contratos bilaterais é o sinalagma, isto é, a dependência recíproca das obrigações, nada mais conseqüente que cada qual das partes se recuse a executar o acordo, opondo a *exceptio non adimpleti contractus*. Se não cumpre a obrigação contraída, dado lhe não é exigir do outro contraente que cumpra a sua.

A *exceptio non adimpleti contractus* somente pode ser oposta quando a lei ou o próprio contrato não determinar a quem cabe primeiro cumprir a obrigação. Claro que, se estabelecida a sucessividade do adimplemento, o contraente que deve satisfazer a prestação antes do outro não pode recusar-se a cumpri-la sob a conjectura de que este não satisfará a que lhe corre. Admite-se, porém, em caráter excepcional, que se recuse, se, depois de concluído o contrato, sobrevier à outra parte diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação a que se obrigou. Ocorrendo essa hipótese, a parte a quem incumbe cumprir a prestação em primeiro lugar pode manter a recusa, até que a outra satisfaça a que lhe compete, ou lhe dê garantia bastante de satisfazê-la. A finalidade dessa norma é evitar o perigo a que fica exposto, no caso, o contratante que se obrigou a cumprir antes do outro a obrigação assumida. Por esse motivo, permite-se que a parte a quem assiste o direito de receber primeiramente exija da outra que preste *caução*.

A exceção de contrato não cumprido paralisa a ação do exceto, tornando seu crédito inexigível.

Admite-se, ao lado da *exceptio non adimpleti contractus*, a *exceptio non rite adimpleti contractus*. A primeira para o caso de inadimplemento da obrigação. A outra para a hipótese do cumprimento incompleto, seja porque o devedor somente tenha satisfeito, *em parte*, a prestação, seja porque a cumpriu de modo defeituoso.² Sempre que a obrigação não é cumprida pelo modo devido, a outra parte pode recusar-se a cumprir a sua, até que seja completada ou melhorada pertinentemente.³ A *exceptio non rite adimpleti contractus* é, no fundo, a mesma *exceptio non adimpleti contractus*, dado que o cumprimento parcial, inexato ou defeituoso, equivale a inadimplemento. Difere, porém, nos efeitos. Havendo inadimplemento total, incumbe a prova ao contraente que não cumpriu a obrigação. Havendo execução incompleta, deve prová-la quem invoca a exceção, pois se presume regular o pagamento aceito.

A natureza da *exceptio non adimpleti contractus* é controvertida. Trata-se, segundo a opinião dominante, de genuína *exceptio*, no sentido romano do termo, isto é, um *direito* que o devedor opõe ao do credor, dilatando seu exercício. Em síntese, constitui um *contradireito*, na expressão feliz de Enneccerus.

A natureza desse direito não é pacificamente definida. Sustenta-se que é *direito de retenção*, acrescentando alguns que, devido às suas particularidades, é um *direito de retenção "sui generis"*. Rejeita-se, porém, essa opinião com bons fundamentos, argumentando-se⁴ que o direito de retenção é uma garantia concedida no caso de dívidas recíprocas e conexas, mas que supõe, necessariamente, a independência respectiva das duas obrigações, o que não ocorre nos contratos bilaterais, visto que neles a obrigação de uma parte é a causa jurídica da outra; por isso, quem invoca o *direito de retenção* se julga provido de uma garantia de pagamento que o direito lhe assegura como medida de equidade, enquanto o devedor de um contrato sinalagmático que exige a execução simultânea se prevalece de um dos efeitos próprios do contrato que celebrou.⁵ A exceção de contrato não cumprido não é pura e simples aplicação do *direito de retenção*, mas uma *exceptio* propriamente dita.

O fundamento de tal exceção encontra-se, para alguns, na teoria da causa, para outros na equidade, no princípio do enriquecimento ilícito, ou na teoria do equilíbrio das prestações.⁶

A situação que dá lugar à *exceptio non adimpleti contractus* pode ser invertida. Nesta, uma parte que não cumpriu a obrigação quer que a outra cumpra. Na hipótese inversa, “uma das partes cumpriu, e reclama, então, a que lhe cabe em troca, mas a outra se recusa a isso, ou se vê na impossibilidade de satisfazer a prestação que deve”.⁷ Nesse caso, a parte lesada pode promover a resolução do contrato, com perdas e danos. Mas essa solução somente deve ser adotada quando o cumprimento da obrigação se tornar impossível. Caso contrário, justifica-se a execução coativa em forma específica, se a natureza da obrigação admiti-la.

A *exceptio non adimpleti contractus* não pode ser argüida se quem tem direito a opô-la a ela renunciou, ou se o contrato contém a cláusula *solve et repete*.

Extingue-se o direito de opor a exceção se a prestação se tornou impossível, e, segundo alguns, se houve novação.

70. Vícios redibitórios. Nos *contratos bilaterais* translativos da propriedade, a coisa objeto da prestação do alienante pode ser enjeitada pelo adquirente, se tem defeitos ocultos que a tornem imprópria ao uso a que se destina, ou lhe diminuam o valor. Os defeitos ocultos que a desvalorizam ou fazem-na imprestável chamam-se *vícios redibitórios*.

A *garantia* dada pela lei ao contratante prejudicado constitui um dos efeitos diretos dos *contratos comutativos*, cuja função econômica consiste em possibilitar a circulação da riqueza. Não é própria, com efeito, da *compra e venda*, mas comum a todos os contratos translativos da propriedade. Independentemente de cláusula especial, existe, do mesmo modo, nos contratos de *permuta, sociedade e doação com encargo*, assim como na dação em pagamento. Os preceitos legais sobre vícios redibitórios não se aplicam apenas à *venda*, devendo ser localizados, pois, em seção independente, antes da disciplina das várias espécies contratuais.

Para haver *vício redibitório* é preciso, em primeiro lugar, que o defeito da coisa seja *oculto*. Se está à vista, presume-se que o adquirente quis recebê-la assim mesmo. Necessário, em segundo lugar, que o vício exista no momento da conclusão do contrato. Se aparece posteriormente, quando já se encontra no domínio do adquirente, a garantia, obviamente, não pode ser invocada. Entendem alguns que, se o defeito se manifestar depois da perfeição do contrato, mas antes da tradição da coisa, haverá *vício redibitório*. O momento da existência seria, então, o da execução do contrato pelo alienante. Por fim, é indispensável que o vício oculto torne a coisa imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminua o valor. Se insignificante, não é atingido sua utilidade ou o seu valor, vício redibitório não é.

É irrelevante que o alienante ignore ou conheça o vício. Em qualquer das hipóteses, não se eximirá da responsabilidade, mas, se conhecia, será obrigado a indenizar os prejuízos que houver causado. Dissimulando a existência do defeito, terá procedido dolosamente, violando de modo direto a obrigação.⁸ Responde, nesse caso, não só pelo dano positivo, isto é, pelo prejuízo que o adquirente sofre por ficar com uma coisa defeituosa, mas, também, pelo que resulta do *interesse negativo – negative Vertragsinteresse –*, consistente na privação da vantagem que obteria se a coisa estivesse perfeita.⁹

A essa hipótese de *inexecução culposa* do contrato equipara-se, nos efeitos, a que se configura através da *garantia expressa* dada pelo alienante ao adquirente. É que, oferecendo-a, o transmitente assegura possuir a coisa as qualidades que o adquirente julga necessárias para a aquisição, pouco importando, então, que tenha aquele procedido culposamente ou não.

71. Fundamento da garantia. Sobre o *fundamento jurídico* da garantia legal contra os *vícios redibitórios*, variam as explicações, sendo mais correntes as seguintes: a) *teoria da evicção parcial*; b) *teoria do erro*; c) *teoria do risco*.

A primeira não é satisfatória. Se a garantia fora dessa natureza, a consequência seria o nascimento do *dever de indenizar* para o alienante em razão de inadimplemento da obrigação, quando é, geralmente, a *redibição* do contrato.

A segunda, considerando a vontade do adquirente viciada por erro sobre uma das qualidades essenciais do objeto, sustenta que, se ele soubesse da existência do defeito oculto, não contrataria. A semelhança é impressionante, favorecendo-a, mas, se verdadeira fosse, a consequência seria a *anulação* do contrato, como nos que se formam com esse vício da vontade. Não se justificaria, por outro lado, o direito do adquirente de pedir abatimento do preço.

A terceira afirma que a responsabilidade pelo vício ou defeito da coisa não é consequência da inexecução da obrigação do alienante, mas imposição da lei, ao determinar que o risco deve ser por ele suportado. A perda deve ser do contraente que entregou a coisa, seja totalmente, se o adquirente a enjeita, seja parcialmente, se a conserva com abatimento de preço. Embora sedutora, como pareceu a Saleilles, padece a teoria de alguns defeitos, como ele próprio assinala. De fato. O problema dos riscos consiste em saber quem sofre a perda com a inexecução fortuita da obrigação; assim sendo, falar de risco a propósito do vício redibitório é admitir que o alienante deve ser responsabilizado por defeitos da coisa por ele desconhecidos, voltando-se, assim, à idéia de *garantia*.¹⁰

Trata-se, realmente, de *garantia* de natureza especial, a que se não aplicam as regras da teoria geral dos riscos.

72. Ações edilícias. O *efeito* da garantia é proporcionar ao adquirente os meios de não sofrer a perda. Dispõe, para isso, de duas *ações edilícias*: a *redibitória* e a *estimatoria* ou *quanti minoris*. Pode usar de uma ou de outra, porque juiz único de sua conveniência, mas não lhe é dado cumulá-las. A escolha é irrevogável. Uma vez feita, dá-se uma espécie de *concentração* do direito de acionar.

A *ação redibitória* é o meio de que pode servir-se o adquirente para enjeitar a coisa por vícios ou defeitos ocultos. A *ação estimatoria* ou *quanti minoris* tem por objeto a obtenção de abatimento do preço.

O principal efeito da *ação redibitória* consiste na resolução do contrato. Uma vez decretada, assiste ao adquirente o direito à restituição do preço pago e ao reembolso das despesas do contrato. Se o alienante conhecia o vício, ou o defeito, o adquirente fará jus, como visto, ao recebimento de indenização pelas perdas e danos sofridos.

A *ação quanti minoris* não acarreta a redibição do contrato. Dando-lhe preferência, o adquirente limita-se a reclamar abatimento no preço. Claro que não pode fazer a redução por conta própria. Não se trata, por conseguinte, de alteração unilateral do contrato, feito ao arbítrio de uma das partes. Tampouco de indenização. Pela intervenção judicial, a requerimento do interessado, é que obtém o reajustamento do preço.

As bases do cálculo para o abatimento constituem problema de solução difícil. Na ausência de regras explícitas, recorre-se ao *arbitramento*. Há, no entanto, três modos de calcular a redução, como informa Saleilles, baseado na prática alemã. Pelo primeiro, restitui-se o adquirente a diminuição exata de valor que a coisa sofreu. Pelo segundo, a diferença entre o preço pago e o valor verdadeiro que a coisa deveria ter, levando-se em conta o vício. Pelo terceiro, deduz-se do preço parte proporcional à diminuição do valor.¹¹ Os dois primeiros são inaceitáveis, porque repousam em um princípio absoluto. O último, que consiste num cálculo de proporção, baseando-se, pois, em um princípio relativo, condiz com a natureza da garantia oferecida pela lei.¹²

Conquanto seja curto o prazo no qual deve ser proposta a *ação quanti minoris*, o abatimento não deve ser feito tendo em vista o valor do prejuízo no momento em que é proposta, mas, sim, no dia da conclusão do contrato.

O prazo para propor a *ação* começa a correr da tradição da coisa. Pretende-se, porém, que se inicie no dia em que o adquirente descobre o vício. Tal solução é inconveniente por torná-lo variável. Seria absurdo fixá-lo na data de celebração do contrato. Entre nós, o prazo varia, conforme a coisa viciada seja móvel ou imóvel, sendo mais longo neste do que naquele caso. No entanto, é o mesmo, quer se trate da *ação redibitória* ou da *ação quanti minoris*.

Há, para finalizar, uma hipótese em que o adquirente não pode exercer opção, devendo propor, necessariamente, *ação redibitória*: é a do perecimento da coisa em consequência de defeito oculto. Subsiste a responsabilidade do alienante, que, assim, ficará obrigado a restituir o que recebeu, mais as despesas do contrato. Como intuitivo, não caberia, nesse caso, a *ação quanti minoris*, que pressupõe, da parte do adquirente, o desejo de conservar a coisa. Se esta perece em razão de *caso fortuito*, adota-se a mesma solução, se o vício já fora verificado, porque se trata de garantia dos vícios existentes no momento da tradição. Em qualquer das hipóteses, porém, a *redibição* não opera, propriamente, como *resolução*. A solução não se aplica na hipótese da impossibilidade de

restituição da coisa em virtude de um ato voluntário de disposição da mesma por parte do adquirente. O terceiro, que a adquiriu, não sofre as consequências da redibição. Se, pois, o adquirente alienar a coisa viciada, fica impossibilitado de exercer a ação *redibitória*.

Não cabe, do mesmo modo, a ação *quantum minoris*, se a coisa foi vendida em *hasta pública*, por isso que, no caso, a alienação é compulsória.

73. Evicção. A *evicção* é a garantia própria dos *contratos comutativos* que criam a obrigação de transferir o domínio de determinada coisa. Deriva do princípio segundo o qual o *alienante* tem o dever de garantir ao *adquirente* a posse justa da coisa transmitida, defendendo-a de pretensões de terceiros quanto ao seu domínio. É um fenômeno próprio de venda de coisa alheia, como diz Mirabelli.

Dá-se *evicção* quando o adquirente vem a perder a propriedade ou posse da coisa em virtude de sentença judicial que reconhece a outrem direito anterior sobre ela. O vocábulo vem do latim *evictio*, que significa recuperação judicial de uma coisa. Resguardar os riscos da *evicção* significa garantir o adquirente contra a perda do domínio por sentença judicial, e, na hipótese de vir ele a perdê-lo, assegurar-lhe a restituição integral do preço mais a indenização dos frutos que tiver sido obrigado a devolver, despesas do contrato, custas judiciais [e honorários advocatícios]. Há três formas de *evicção*: a reivindicatória, a expropriatória e a resolutória, segundo Ferri. Na reivindicatória, resulta da sentença que julgou procedente a ação de reivindicação do proprietário da coisa vendida; expropriatória, quando o bem, já penhorado quando foi vendido, vem a ser alienado em *hasta pública*; resolutória, se a precedente aquisição do vendedor se resolve por estar subordinada a uma condição resolutiva.

A *evicção* configura-se com a reunião dos seguintes elementos característicos: a) privação do direito do adquirente; b) sentença judicial reconhecendo direito preexistente; c) risco anterior à aquisição da coisa.

O primeiro requisito é manifesto. Se o adquirente não perde o domínio ou a posse da coisa, claro é que não sofre *evicção*. A perda, no entanto, pode ser total ou parcial. Na *evicção parcial*, há perda de parte da coisa ou limitação do direito de propriedade por vínculo real. O interesse da distinção reside na possibilidade, existente na *evicção parcial*, de optar o adquirente entre a *resolução* do contrato e o abatimento do preço, na proporção da parte subtraída a seu domínio ou da desvalorização sofrida pela existência de ônus real. [Se, contudo, a *evicção parcial* não for considerável, ao *evicto* caberá somente o direito à indenização]. Na *evicção total*, o direito do *evicto* cifra-se a obter a restituição integral do preço com as indenizações [previstas] em lei.

A necessidade da *sentença judicial* é reconhecida geralmente como indispensável requisito à caracterização da *evicção*. Preciso é, com efeito, para ocorrer a privação do direito do *evicto*, que ele seja condenado a restituir a coisa. Admite-se, contudo, em casos excepcionais, que a *evicção* possa existir independentemente de sentença do juiz, quando, por exemplo, perde o domínio da coisa pelo implemento de condição resolutiva (*evicção resolutiva*).

Para o *evicto* exercer seu direito contra o *evictor*, deverá notificá-lo do litígio, sendo necessário, portanto, a denunciação à lide porque o alienante precisa conhecer a pretensão do terceiro reivindicante, já que irá suportar as consequências da sentença judicial. De mais, aumentam suas possibilidades de defender o direito que transmitiu. A notificação é diferentemente encarada como faculdade ou obrigação do adquirente. Há de ser entendida como dever, dado que a sentença tem de ser oponível ao alienante. Se este ficar estranho ao litígio, não poderá sofrer os efeitos da decisão judicial. Necessário seria que o *evicto* propusesse outra ação exigindo a garantia.

A *evicção* só se estrutura se o vício houver sido anterior à transmissão do domínio. Necessário, também, que o adquirente ignore que a coisa era alheia ou litigiosa. Se sabia, o alienante não está obrigado a prestar *evicção*. O adquirente não pode demandar pela *evicção*, se privado da coisa por furto, roubo ou por caso fortuito. Indispensável, finalmente, que a privação se dê pelos meios judiciais.

A natureza da *ação do evicto* é controvertida. Trata-se de *ação de indenização*. Configurada a *evicção*, verifica-se a inexecução contratual. A consequência lógica seria a obrigação do alienante de ressarcir completamente o dano causado. Atendendo, porém, a que os efeitos da *evicção* se produzem, haja ou não culpa do *evictor*, a recuperação do prejuízo causado é delimitada na lei, compreendendo a restituição integral do preço a algumas indenizações.

São *direitos do evicto*: 1º) obter a restituição integral do preço ou das quantias que pagou; 2º) ser indenizado dos frutos que tiver sido obrigado a restituir; 3º) ser indenizado das despesas do contrato; 4º) ser ressarcido dos prejuízos que diretamente resultarem da *evicção*; 5º) ser reembolsado das custas judiciais, compreendidos os honorários de advogado.

A doutrina mais recente baseia a responsabilidade pela *evicção* na irrealização do fim da venda.

Não são imperativas as disposições legais atinentes à evicção. No contrato podem as partes estipular a dispensa da garantia, assim como atenuar ou agravar o rigor de seus efeitos. A estipulação de que não haverá responsabilidade por evicção formula-se na cláusula de *non praestanda evictione*, que, entretanto, não elimina todos os efeitos da garantia, se a evicção se der. Ao evicto assistirá o direito de recobrar o preço que pagou pela coisa. Se souber, porém, do risco da evicção, não poderá pleitear a restituição, uma vez que o contrato passa a ser aleatório. Basta, aliás, que tenha adquirido coisa litigiosa. Excluída a garantia contra a evicção, o adquirente não fará jus ao recebimento de indenizações. Raramente se convencionam a exclusão. Ao contrário disso, costuma-se estipular nas escrituras de venda que o vendedor assume os riscos da evicção, embora a cláusula seja supérflua, já que as disposições legais somente não se aplicam se forem afastadas de modo expresso.

Nada impede, por outro lado, que as partes reforcem ou diminuam a garantia. Os efeitos que produz correspondem ao direito à indenização assegurada ao evicto. O que deve compreender pode ser estipulado, portanto, mediante acordo. Assim, por exemplo, admite-se a exclusão das despesas dos contratos. Permite-se estipular a obrigação do evictor de indenizar prejuízos que resultarem indiretamente da evicção.

Não se confundem com a evicção a venda sob condição suspensiva, a promessa de venda e a promessa de fato de terceiro.

74. Condição resolutiva tácita. O princípio da interdependência das obrigações oriundas de contrato bilateral fundamenta sua resolução quando há inexecução por parte de um dos contraentes. A resolução do contrato por esse motivo resulta de presunção legal, hipótese na qual se fala da existência de uma *condição resolutória tácita*.

Em vista de sua importância e para melhor sistematização da matéria, será examinada no capítulo dedicado à extinção dos contratos.¹³

¹ V., do autor, *Introdução ao Direito Civil*, 7ª ed., Cap. 22.

² Cons. Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, t. II, 1º, p. 166.

³ Enneccerus, ob. cit., p. 166.

⁴ Saleilles, *Étude sur la Théorie Générale de L'Obligation d'après de Premier Projet de Code Civil pour l'Empire Allemand*, p. 187.

⁵ Saleilles, ob. cit., p. 188.

⁶ Cons. Serpa Lopes, ob. cit., pp. 162 a 192.

⁷ Saleilles, ob. cit., p. 192.

⁸ Saleilles, *L'Obligation*, p. 236.

⁹ *Idem*, p. 237.

¹⁰ Saleilles, ob. cit., p. 234.

¹¹ *L'Obligation*, p. 241.

¹² Cf. Saleilles, ob. cit., p. 242.

¹³ *Vide* Cap. 15.

Capítulo 7

CONTRATOS ATÍPICOS E CONTRATOS COLIGADOS

Sumário: 75. Atipicidade. 76. Terminologia. 77. Divisão dos contratos atípicos. 78. Contratos mistos e coligados. 79. Classificação dos contratos mistos. 80. Disciplina jurídica. 81. Espécies e critérios distintivos.

75. Atipicidade. No direito moderno, é facultado ao sujeito de direito criar, mediante vínculo contratual, quaisquer obrigações. As pessoas que querem obrigar-se não estão adstritas, com efeito, a usar os tipos contratuais definidos na lei. Desfrutam, numa palavra, a *liberdade de contratar* ou *de obrigar-se*.¹

As relações econômicas habituais travam-se sob as *formas jurídicas* que, por sua *freqüência*, adquirem *tipicidade*. As espécies mais comuns são objeto de regulamentação legal, configurando-se por traços inconfundíveis e individualizando-se por denominação privativa. É compreensível que a cada forma de estrutura econômica da sociedade correspondam espécies contratuais que satisfaçam às necessidades mais instantes da vida social. Em razão dessa correspondência, determinados *tipos* de contrato preponderam em cada fase da evolução econômica, mas outros se impõem em qualquer regime, embora sem a mesma importância. Esses tipos esquematizados pela lei chamam-se contratos *nominados* ou *típicos*. Os que se formam à margem dos *paradigmas* estabelecidos – como fruto da *liberdade de obrigar-se* – denominam-se contratos *inominados* ou *atípicos*. A expectativa dos litigantes de que as sentenças sejam fundadas em artigos de lei leva os juízes a forçar a inserção de figuras atípicas no esquema de contratos típicos, em vez de recorrerem aos princípios gerais do direito contratual. Essa tendência ² manifesta-se a pretexto de resguardar a certeza do direito, mas é condenável.³

76. Terminologia. A distinção entre *contratos típicos* e *atípicos* não corresponde à distinção romana entre *contratos nominados* e *inominados*.

No Direito romano, a categoria dos *contratos inominados* era admitida em face do sistema de formação dos contratos: uma generalização dos contratos reais. Tais contratos, que não possuíam nome próprio, resultavam das seguintes combinações: *do ut des*; *do ut facias*; *facio ut des*; *facio ut facias*. Neles, a ação para exigir a contraprestação chamava-se *actio praescriptis verbis*, que era, segundo Sohm, uma espécie de complemento do sistema das ações contratuais, um processo usado quando havia um *dare facere oportere fide bona*.

No Direito moderno, a formação dos *contratos atípicos* justifica-se como aplicação dos princípios da liberdade de obrigar-se e do consensualismo. O significado da expressão é diverso. *Inominados* eram os contratos que se concluíam fora dos quadros estabelecidos. Hoje assim se qualificam os que não são objeto de regulamentação legal específica. A existência de nome peculiar jamais foi elemento decisivo para a distinção. No Direito romano eram contratos inominados a *aestimatum* e a *permuta*. No Direito hodierno, a *hospedagem*, a *doação mista*, o *fornecimento* e muitos outros.

77. Divisão dos contratos atípicos. Os *contratos atípicos* formam-se de elementos originais ou resultam da fusão de elementos próprios de outros contratos. Dividem-se em *contratos atípicos propriamente ditos* e *mistos*. Ordenados a atender interesses não disciplinados especificamente na lei, os contratos atípicos caracterizam-se pela originalidade, constituindo-se, não raro, pela modificação de elemento característico de contrato típico, sob forma que o desfígura, dando lugar a um tipo novo. Outras vezes, pela eliminação de elementos secundários de um

contrato típico. Por fim, interesses novos, oriundos da crescente complexidade da vida econômica, reclamam disciplina uniforme que as próprias partes estabelecem livremente, sem terem padrão para observar.

Os *contratos mistos* compõem-se de prestações típicas de outros contratos, ou de elementos mais simples, combinados pelas partes. A conexão econômica entre as diversas prestações forma, por subordinação ou coordenação, nova unidade. Os elementos que podem ser combinados são: *contratos completos*, *prestações típicas inteiras* ou *elementos mais simples*. Nesses arranjos cabem: um contrato completo e um elemento mais simples de outro; um contrato completo e uma prestação típica de outro; prestações típicas de dois ou mais contratos; prestações típicas de contratos diversos e elementos simples de outros.

Uma vez que os contratos mistos constituem subdivisão dos contratos atípicos, não se incluem na categoria os que se formam de elementos de outros contratos, mas já se tornam *típicos*.

78. Contratos mistos e coligados. *Contrato misto* é o que resulta da combinação de elementos de diferentes contratos, formando nova espécie contratual não esquematizada na lei.

Caracteriza-os a unidade de *causa*.

Não se confundem, pois, com os *contratos coligados*. Da coligação de contratos não resulta *contrato unitário*, como no *contrato misto*. No entanto, o mecanismo da *coligação* muito se assemelha ao do *contrato misto*.

A união de contratos apresenta-se, na classificação de Enneccerus,⁴ sob três formas: a) *união meramente externa*; b) *união com dependência*; c) *união alternativa*.

A *união externa* é simplesmente *instrumental*. Sem que haja interdependência entre os contratos, as partes os reúnem no mesmo instrumento, concluindo-os simultaneamente. Nesse caso, não há propriamente coligação de contratos, pois não se completam nem se excluem.

A *união com dependência* é a figura que mais se aproxima do *contrato misto*. Os contratos coligados são queridos pelas partes contratantes como um todo. Um depende do outro de tal modo que cada qual, isoladamente, seria desinteressante. Mas não se fundem. Conservam a individualidade própria, por isso se distinguindo dos *contratos mistos*.

A dependência pode ser *recíproca* ou unilateral.

Na primeira forma, dois contratos completos, embora autônomos, condicionam-se reciprocamente, em sua existência e validade. Cada qual é a *causa do outro*,⁵ formando uma *unidade econômica*. Enfim, a intenção das partes é que um não exista sem o outro. A coligação dos contratos pode ser *necessária* ou *voluntária*. A *coligação necessária*, também chamada *genética*, é imposta pela lei, como a que existe entre o contrato de transporte aéreo e o de seguro do passageiro. Quando decorre da vontade dos interessados, como se verifica ordinariamente, diz-se *voluntária*. Visto que nessa união de contratos há reciprocidade, os dois se extinguem ao mesmo tempo; a dissolução de um implica a do outro.

A *união com dependência unilateral* verifica-se quando não há reciprocidade. Um só dos contratos é que depende do outro. Tal coligação requer a subordinação de um contrato a outro, na sua existência e validade. Os contratos permanecem, no entanto, individualizados.

A união de contratos configura-se também por forma *alternativa*. Dois contratos são previstos para que subsista um ou o outro, realizada determinada condição. Um exclui o outro, quando a condição se verifica. Embora unidos, não se completam como na *união com dependência*; antes, se excluem.

Em qualquer das suas formas, a *coligação* dos contratos não enseja as dificuldades que os contratos mistos provocam quanto ao direito aplicável, porque os contratos coligados não perdem a individualidade, aplicando-se-lhes o conjunto de regras próprias do tipo a que se ajustam.⁶ Na *união formal* ou *instrumental*, sem qualquer dificuldade, porque não há interdependência. Nos *contratos interdependentes*, o condicionamento de um ao outro não constitui obstáculo à aplicação das regras peculiares a cada qual. Na *união alternativa*, aplica-se o direito relativo ao contrato subsistente.

Em *resumo*, distinguem-se na estruturação e eficácia as figuras dos *contratos coligados* e dos *contratos mistos*. Naqueles há combinação de *contratos completos*. Nestes, de *elementos contratuais*, embora possível a fusão de um contrato completo com simples elemento de outro. Pluralidade de contratos, num caso; unidade, no outro.

79. Classificação dos contratos mistos. O conhecimento das diversas espécies de *contratos mistos* favorece a sua distinção de figuras afins.

Os *contratos mistos* enquadram-se em três classes: 1^a) *contratos gêmeos*; 2^a) *contratos dúplices*; 3^a) *contratos mistos "stricto sensu"*.⁷

Nos *contratos gêmeos* e nos *contratos dúplices*, há pluralidade de prestações típicas de vários contratos que se misturam. Distinguem-se, no entanto, porque nos *contratos gêmeos*, como é o de hospedagem, a diversas prestações de uma das partes corresponde uma única contraprestação, enquanto nos *contratos dúplices*, como o de alojamento pago em dinheiro e trabalho, a diversas prestações correspondem várias contraprestações. Aqueles são mais simples, estes mais complexos. O *contrato misto "stricto sensu"*, segundo Enneccerus, contém elemento que representa contrato de outro tipo, como é o caso típico do *negotium mixtum cum donatione*. Trata-se de *contrato simulado*, não o considerando *contrato misto* alguns escritores.

Entre os *contratos mistos* não devem ser incluídos os que Enneccerus denomina *contratos de duplo tipo* e *contratos típicos com prestações subordinadas de outra espécie*. Nos primeiros unem-se dois contratos completos, de modo que se apresentam como contratos tanto de uma espécie como de outra. Visto que o contrato misto resulta da combinação de prestações ou elementos simples de outros contratos, não pode ter essa natureza aquele que é formado pela justaposição de dois contratos completos. Tanto não são contratos mistos, que se lhes aplicam de modo imediato, e não por analogia, as regras de um e outro.⁸ Nos *contratos típicos com prestações subordinadas de outra espécie*, o contrato básico não se altera em sua natureza pela circunstância de se lhe agregar uma prestação de outro tipo contratual subordinada a seu fim principal. Desde que essa prestação não influi nesse sentido, o contrato não é misto, na acepção técnica da expressão.

80. Disciplina jurídica. O problema dos *contratos mistos* consiste fundamentalmente na determinação de sua disciplina jurídica. Não tendo regulamentação legal específica, é preciso saber que regras lhes são aplicáveis, além, naturalmente, dos princípios gerais do Direito Contratual. Três soluções dividem a preferência dos escritores: 1^a) a da *combinação*; 2^a) a da *absorção*; 3^a) a da *aplicação analógica*.⁹

A *teoria da combinação* parte de que é possível decompor e isolar os elementos de qualquer contrato atípico para lhe aplicar a respectiva disciplina legal. Em conseqüência, um contrato misto é disciplinado pela aplicação direta das regras atinentes a cada parte de que se compõe, combinadas entre si. Tais regras acompanham o elemento destacado e se unem aos elementos legais que regulam partes também dissociadas de outros contratos. Admite Rumelin que entre o elemento legal e os efeitos jurídicos há um laço abstrato por força do qual estes se produzem sempre em função daquele.

Crítica precedente levanta-se contra essa teoria. O processo de decomposição, que preconiza, assenta no falso pressuposto de que o contrato é uma soma cujas parcelas podem ser isoladas. A verdade, porém, é que “os elementos de um contrato não são justapostos, mas, ao contrário, compenetrados e soldados uns aos outros em uma unidade orgânica”. Não é possível, outrossim, classificar as regras relativas aos elementos singulares de todo contrato típico, até porque se ditam em função de outras. Incorre-se em equívoco quando se supõe que uma disposição legal concerne a determinada prestação de um contrato e a encara isoladamente, pois o esquema legal tem como pressuposto a unidade de conteúdo do contrato. Todas as partes são harmônicas entre si, fundindo-se num todo. Em resumo, o isolamento de elementos particulares de um contrato e dos respectivos efeitos jurídicos não pode ser feito sem prejuízo de sua estrutura. Ademais, as regras parciais de contratos cujos elementos são aproveitados na formação de contratos mistos chocam-se por vezes, tornando-se impossível, nesses casos, a *combinação*.

Os partidários da *teoria da absorção* partem do pressuposto de que em todo *contrato misto* há um elemento preponderante ao qual se subordinam todos os outros. Por sua significação, esse elemento principal atrairia, para a sua órbita, os elementos secundários, sujeitando-os às regras que a ele são aplicáveis. Tal a sua força de expansão na estrutura do contrato, que neutralizaria os demais, a ponto de absorvê-los. Tal como a teoria da combinação, a da *absorção* descansa num equívoco, o de supor que em todo contrato misto há predominância de um elemento. Não raro, como nota Messineo, os elementos de um contrato misto são equivalentes entre si, o que impossibilita, evidentemente, a absorção, cabível apenas quando há prestações subordinadas. Nos verdadeiros contratos mistos a relação entre suas partes é de coordenação. Por outro lado, nem sempre tem paradigma legal o elemento tido como preponderante.

Só a *teoria da aplicação analógica* oferece critério aceitável para a disciplina jurídica dos *contratos atípicos "stricto sensu"*, igualmente aplicável aos *contratos mistos*. Consiste esse critério na aplicação do processo analógico de interpretação. A tarefa do intérprete é procurar o contrato típico do qual mais se aproxima o contrato

atípico para aplicar a esse as normas que disciplinam aquele; se esse recurso falha, por não haver contrato típico com o qual tenha o contrato atípico maior afinidade, emprega-se a *analogia juris*, invocando-se os princípios gerais de Direito Contratual.

O critério da aplicação analógica é, entretanto, insuficiente, porque com os subsídios na analogia não se obtém tutela jurídica idônea para todas as espécies contratuais inominadas.

Sugere-se solução eclética pela qual devem ser empregados os métodos da combinação, da absorção ou da aplicação analógica, conforme a espécie a ser regulada. É o que preconiza Leonhard.

Os *contratos atípicos* subordinam-se às regras gerais do Direito Contratual, assim as que regem os pressupostos e requisitos essenciais à validade dos contratos como as que disciplinam as obrigações.¹⁰ Têm irrecusável aplicação nos contratos atípicos, mas, evidentemente, não bastam. Regras particulares são necessárias. Como não estão previstas especialmente na lei, cabe ao juiz procurá-las, utilizando-se de um dos métodos propostos pela doutrina. Via de regra, a tarefa é facilitada pelas próprias partes. O problema simplifica-se, com efeito, pelo emprego correntio do *princípio de autodisciplina* dos contratos. Os estipulantes de um contrato atípico costumam regular mais explicitamente seus efeitos, porque sabem que inexitem regras supletivas de sua vontade. Além disso, os usos que se vão formando, se não adquirem, para logo, o valor de fonte normativa, auxiliam o intérprete e o aplicador do Direito. [Por fim, o princípio da boa-fé, em sua função de criação de deveres jurídicos,¹¹ também desempenha importante papel na determinação dos efeitos dos contratos atípicos].

81. Espécies e critérios distintivos. A tentativa de enumerar os principais *contratos atípicos* seria empresa temerária em face do princípio que franqueia sua formação. Se a ordem jurídica assegura aos indivíduos a liberdade de estruturação dos contratos, o número dos que podem ser estipulados à margem do paradigma legal é, por assim dizer, infinito. Haverá tantos quanto as possíveis combinações e os interesses dignos de proteção jurídica. Todavia, a indicação dos mais freqüentes pode ser feita, para tornar mais clara a conceituação da categoria. Contrato atípico não é, como visto, o desprovido de denominação, mas, sim, o que não está particularmente disciplinado pela lei, o que não se enquadra num dos tipos legalmente definidos. Assim, alguns contratos atípicos passaram a ser típicos por efeito de reforma legislativa, como ocorreu, entre nós, com os de *edição*, *representação* dramática, [*distribuição*, *transporte*, *corretagem* e *trespasse* de estabelecimento empresarial, dentre outros]. Há outros, com designação própria, que, todavia, ainda não foram tipificados. Interessante pois, anotar algumas figuras: o *contrato de hospedagem*; o de *excursão turística*; o de *claque*; o de *equipe*; o de *exposição*; o de *embalagem*; o de *competição desportiva*; o de *guarda e limpeza de um veículo*; o de *publicidade*; o de *aluguel de cofre bancário*. O *contrato de hospedagem*, por exemplo, embora usual, não está regulado especificamente, é *contrato misto*, que compreende elementos da *locação de coisas*, da *locação de serviços*, da *venda* e do *depósito*.¹² Citam-se, entre nós, os contratos de garagem, assistência médico-hospitalar, câmbio, cartões de crédito.

Não há um critério único para distinguir os diversos tipos de contrato. O elemento distintivo é, para alguns, a *causa* ou função econômico-social do contrato, para outros, a norma cogente que indicasse os caracteres essenciais de um contrato, havendo, por fim, quem preconize, como critério distintivo geral, a natureza da prestação. A insuficiência de qualquer desses critérios sugere a adoção de critérios múltiplos e heterogêneos, como sucede na distinção entre os tipos legais: qualidade das partes, natureza do bem que é objeto do contrato, conteúdo das prestações, fator tempo e modo de aperfeiçoamento do contrato.¹³ O problema resolve-se com a aceitação da *categoria lógica do tipo*, elaborada pela doutrina alemã e contraposta ao conceito, pois, enquanto este põe em evidência os elementos comuns a todos os indivíduos do grupo, o *tipo* se constrói individualizando os dados característicos em função de um quadro total que se apanha globalmente sem que seja necessário que todos os dados estejam presentes em todos os indivíduos do grupo.¹⁴ Tal é o método tipológico.

Ao lado dos contratos atípicos vicejam *contratos com cláusulas atípicas*. São os que têm todos os elementos configurativos de um contrato típico nos quais se acrescenta uma cláusula atípica.

Importantes contratos típicos, como a venda e a locação, tornam-se atípicos em consequência da adjunção de uma cláusula que os transforma. Tais são, dentre outros: a venda de controle acionário; a venda do solo em troca da construção de apartamentos; a locação de um terreno para afixação de *outdoor*; a locação *intuitu personae* de casa para o empregado morar enquanto dure a relação de emprego; nos contratos associativos, o consórcio e a *joint venture*; e, por fim, os contratos da informática.

-
- ¹ Cap. 2, nº 16. Sobre contratos atípicos, *vide* “Tipicità e Atipicità nei Contratti”, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, 53; Álvaro Villaça Azevedo, *Contratos Inominados ou Atípicos*; Pedro Arruda França, *Contratos Atípicos*; e Piraino Leto, *I Contratti Atipici e Innominati*.
- ² Giorgio de Nova, in *Quaderni*, cit., p. 30.
- ³ [Tornando explícito o que a doutrina já afirmava de modo unânime, a nova redação do Código Civil de 2002 dispôs, em seu art. 425, que: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.”]
- ⁴ *Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, t. II.
- ⁵ Messineo, *Dottrina Generale del Contratto*.
- ⁶ Cf. Enneccerus, *ob. cit.*, p. 7.
- ⁷ Enneccerus, *ob. cit.*, p. 8.
- ⁸ *Idem, ibidem*.
- ⁹ Antunes Varela, “Contratos Mistos”, in *Estudios de Derecho Civil en Honor del Prof. Castan – vol. VI*.
- ¹⁰ [Art. 425 do Código Civil].
- ¹¹ [Art. 422 do Código Civil].
- ¹² Antunes Varela, “Contratos Mistos”, in *Estudios de Derecho Civil in Honor del Prof. Castan*, vol. VI.
- ¹³ Giorgio de Nova, *trab. cit.*, p. 31.
- ¹⁴ *Idem*, p. 32.

Capítulo 8

CONTRATOS DE ADESÃO

Sumário: 82. Generalidades. 83. Modo de formação. 84. Caracterização. 85. Posição do legislador. 86. Natureza jurídica. 87. Interpretação do contrato de adesão. 88. Contrato-tipo.

82. Generalidades. Uma das figuras mais interessantes do Direito Contratual moderno é o *contrato de adesão*.¹

Grande esforço tem a doutrina empregado para explicá-la à luz dos conceitos tradicionais, mas sérias dificuldades se apresentam porque, como se tem observado, sua estrutura não se ajusta bem no esquema clássico do contrato. O *contrato de adesão* caracteriza-se por permitir que seu conteúdo seja pré-construído por uma das partes, eliminada a livre discussão que precede normalmente a formação dos contratos, mas até este seu traço distintivo continua controvertido.

A imposição da vontade de um dos contratantes à do outro seria o traço distintivo do contrato de adesão,² mas essa caracterização importa reconhecer, na figura do *contrato de adesão*, uma deformação da estrutura do contrato. Daí a importância da análise de sua estrutura.

No *contrato de adesão* uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se como simples *adesão* a conteúdo preestabelecido da relação jurídica.

Conforme o ângulo de que seja focalizada, a relação contratual tem duplo nome. Considerada sob o aspecto da formulação das cláusulas por uma só das partes, recebe a denominação de *condições gerais dos contratos* e é analisada à luz dos princípios que definem a natureza desse material jurídico. Encarada no plano da efetividade, quando toma corpo no mundo da eficácia jurídica, é chamada *contrato de adesão* e examinada em relação ao modo por que se formam as relações jurídicas bilaterais.

A bem dizer, a cumulação dos dois aspectos significa que se apresentam como dois momentos lógicos e cronologicamente diversos do mesmo fenômeno.³

No primeiro momento, o empresário formula o esquema contratual abstrato, redigindo as cláusulas do conteúdo das relações contratuais que pretende concluir uniformemente com pessoas indeterminadas.

No segundo momento, o eventual cliente da empresa adere a esse esquema, travando-se entre os dois uma relação jurídica de caráter negocial, com direitos e obrigações correlatas, sem qualquer conexão jurídica com os outros vínculos que, do mesmo modo e com igual conteúdo, se formam com distintos sujeitos.

O fenômeno é um só e uma só a categoria jurídica. Faltaria sentido prático à formulação de condições gerais para contratos uniformes se possibilidade não houvesse de concluí-los em número indefinido. Enquanto não ingressam no comércio jurídico, tais condições não passam, para empregar expressões alemãs, de simples *Stückpapier* ou de mero *Musterformulare*, sem interesse prático ou dogmático. Por sua vez, o comportamento do cliente que provoca a formação de uma relação concreta só adquire significado particular se implica adesão às condições gerais previamente estatuídas pelo empresário.

Determinar qual desses momentos ou aspectos é o mais importante, sob o ponto de vista dogmático, é questão de preferência, em razão do que se considere que tem maior originalidade. São, porém, necessários, tanto se podendo batizar tais negócios jurídicos com o nome de *contrato de adesão* como com o de *condições gerais dos contratos*.

Entre nós, a denominação *contrato de adesão* goza, sob a influência da doutrina francesa, de maior aceitação. É possível conservá-la e conveniente usá-la, uma vez se empregue no sentido limitado de aceitação inevitável de condições uniformes unilateralmente formuladas.

Verdade é que as *condições gerais* podem originar-se de acordo entre as partes, ser projeção de um regulamento administrativo, ou produto da atividade de terceiro, de sorte que não se confundam necessariamente com os *contratos de adesão*. Sua amplitude não impede, porém, a particularização, nem que constituam, como frisa Genovese, o fenômeno mais relevante do ponto de vista dogmático entre os isolados pela doutrina ao desenvolver a teoria dos contratos de adesão.

A prática de predeterminar o esquema do contrato mediante cláusulas uniformes elaboradas por uma das partes, não restando à outra senão a alternativa de aceitá-la *in totum*, foi registrada em breve apreciação crítica por Saleilles⁴ ao estudar na parte geral do Código Civil alemão a *declaração de vontade*.

A essa espécie nova deu, à falta de melhor denominação, o nome de *contrato de adesão*, que fez fortuna. Várias monografias assim se intitulam.⁵

Só mais proximamente vem se preferindo a expressão *condições gerais do contrato* ou *condições gerais de contratação*.

A principal razão da preferência encontra-se na amplitude da locução, visto que abrange todos os casos de pré-constituição de cláusulas uniformes que devem ser insertas no conteúdo do contrato, sejam estabelecidas por um dos contraentes ou por outrem.⁶

A expressão *contrato de adesão* tem sentido mais estreito, sendo empregada para designar a predeterminação *unilateral* do conteúdo de contratos similares, neles insertas as cláusulas uniformes que não podem ser rejeitadas. Outros lhe atribuem significado ainda mais restrito, reservando-a para as relações jurídicas nas quais há imposição de cláusulas atentatórias do equilíbrio normal do contrato, por uma das partes.

Não parece razoável esse estreitamento. É a forma do consentimento que identifica mais rapidamente a figura jurídica do contrato de adesão se, obviamente, a reconstituição unilateral do seu conteúdo for realizada para contratos em massa. Afinal, a aceitação em bloco de cláusulas preestabelecidas significa que o consentimento se dá por *adesão*. Na observação de Saleilles,⁷ uma das partes dita a sua lei não mais a um indivíduo, mas a uma coletividade indeterminada. Não importa, desse modo, que as cláusulas predeterminadas integrem, mediante incorporação ou remissão, o conteúdo de todos os contratos, nem se altera a configuração por ser a predeterminação obra de terceiro, como na hipótese de provir de regulamento do poder público. Visto sob o ângulo da formação dos vínculos pessoais, patenteia-se o mesmo processo de estruturação, porquanto uma das partes adere a cláusulas, que tem de aceitar globalmente, sem ter participação da sua formulação. Em todos esses casos, a expressão *contrato de adesão*, consagrada pelo uso, pode ser mantida, a despeito das objeções que continua a levantar.⁸

Não é adequada, seguramente, para designar as situações que implicam observância, pelas duas partes, de regras bilateralmente traçadas, de comum acordo, para as relações que venham a travar, ou de qualquer deles com terceiros. Nessa hipótese, outra é a figura jurídica, conhecida como *contrato normativo*.

A expressão *condições gerais do contrato* é tecnicamente imprópria tanto no emprego do substantivo como do adjetivo. O termo técnico para designar qualquer disposição contratual é *cláusula*. Na terminologia jurídica, o vocábulo *condição* tem significado que se não compadece com a acepção em que se acha empregado para nomear o fenômeno da pré-constituição unilateral do esquema do contrato. Do mesmo modo é ambígua a qualificação dessas cláusulas. Não é a generalidade que as distingue, mas a uniformidade. Reconhecendo a inadequação da palavra, preferem alguns a expressão *condições uniformes de contrato*, conforme o fez o legislador de Israel, enquanto outros acham mais apropriada tecnicamente a locução *predisposição de cláusulas uniformes*,⁹ inclinando-se alguns, ainda, para a denominação no Direito alemão de *contratos regulamentados* e *contratos-tipos*.¹⁰ A se considerar mais abrangente uma denominação sem o sentido restrito de contrato de adesão, é preferível aceitar-se, apesar da impropriedade, a de *condições gerais do contrato*, adotada em leis específicas e divulgada em monografias, a tal ponto difundida, que os autores já se referem a essa figura jurídica pelas letras iniciais, as mesmas nas línguas neolatinas, *c. g. c.*

Nem por isso será despropositado conservar a expressão *contratos de adesão*, de uso corrente na literatura jurídica, e bem significativa do processo técnico de formação do veículo de conteúdo predeterminado. Pelo contrário, exprime uma realidade jurídica de traços inconfundíveis, dentre os quais ressaí a *adesão* como o modo pelo qual uma das partes concorre para o nascimento da relação jurídica.

A exagerada preocupação de analisar, do ângulo clássico, a formação do vínculo contratual conduziu parte da doutrina a qualificar como *contrato de adesão* toda relação jurídica de constituição bilateral em que o consentimento de uma das partes há de consistir, por circunstâncias diversas, na aprovação irrecusável das cláusulas ditadas pelo outro contratante. Confundem-se, desse modo, figuras distintas. O modo de consentir não é bastante para caracterizar o contrato de adesão. Outras particularidades, tais como a uniformidade e abstratividade das cláusulas pré-constituídas unilateralmente, são indispensáveis à sua configuração. Para prevenir a ambigüidade, bastaria designar como *contrato por adesão* os vícios bilaterais a que faltassem as particularidades acima salientadas.

A *specie* a que se chama *contrato de adesão* distinguir-se-ia pelos caracteres apontados, correspondendo aos negócios jurídicos difundidos na prática da atividade econômica, que se realizam em condições especiais com objetivo de uniformização, repetidas nos contratos singulares as cláusulas preestabelecidas por uma das partes.

Enumeração completa dos *contratos de adesão* não seria possível, nem útil, até porque, segundo feliz expressão, são moeda corrente na vida moderna. Contudo, interessa registrar os mais comuns: o *contrato de seguro*, o de *transporte*, os de *fornecimento de luz, força, gás e água, prestação dos serviços de telefones e telégrafos*, determinados *contratos bancários, contratos de direito marítimo e venda de certas mercadorias*. O *contrato de trabalho* nas empresas de grandes dimensões realiza-se por adesão e regulamento ditado pelo empregador ou resultante de convenção com o próprio pessoal, ou ainda pelas associações profissionais representativas das categorias a que pertencem os interessados em sua conclusão. Duguít refere-se ao contrato mediante distribuidor automático pelo qual quem introduz determinada moeda no aparelho mecânico torna-se credor do objeto anunciado ou da restituição da moeda, mas, no caso, faltariam pressupostos do contrato de adesão porque o dono do aparelho não exerce qualquer monopólio de fato, e a mercadoria vendida não é daquelas cuja aquisição force alguém a contratar. Também o contrato de trabalho deixa de ser contrato de adesão propriamente dito quando celebrado com pequeno empresário e se o candidato ao emprego se acha em posição de discutir suas condições.

83. Modo de formação. O modo de formação dos contratos de adesão tem suscitado controvérsias. Os autores esforçam-se em descrevê-lo e explicá-lo a fim de patentear a sua originalidade.

Aponta-se primeiramente que, nesse contrato, a fase das negociações preliminares não existe. Em princípio, assim sucede. O esquema contratual está pronto, devendo aceitá-lo integralmente quem se proponha a travar a relação concreta. Contudo, sempre há cláusulas que não podem ser preestabelecidas e, de modo geral, elementos imprevisíveis. De regra, por conseguinte, fica uma faixa, mais larga ou estreita, na qual cabem entendimentos prévios entre os contratantes, se bem que, as mais das vezes, o contrato prévio se destine somente à determinação de dados pessoais, dispensáveis, aliás, em vários contratos de adesão. Admite-se, outrossim, em prática chancelada por legislações, a possibilidade de modificar algumas cláusulas gerais, mediante acordo entre as partes. Quando ocorre, pode-se falar, a bem dizer, em negociações preliminares, dado que se travam entendimentos acerca do conteúdo do contrato a concluir, entendimentos que significam “*tratativas*”.

Quanto ao mecanismo da formação desse contrato, observado pelo ângulo das regras comuns à categoria geral, a particularidade é simplesmente respeitante à iniciativa da proposta, que tanto pode ser da empresa como do cliente.¹¹ No primeiro caso, há *oferta ao público*,¹² considerando-se perfeito e acabado o contrato no momento em que o cliente declara a aceitação, freqüentemente sob a forma de comportamento típico. No segundo caso, *convite à oferta*; o contrato conclui-se quando a empresa aceita. A rigor, a *adesão* manifesta-se, no seu significado próprio, na hipótese de *oferta ao público*, mas a inversão não retira da figura os traços distintivos. Por outras palavras, a figuração não se desconjunta em razão do modo como se arma.

Proposta e aceitação sujeitam-se, para valerem, às normas comuns, que sofrem, entretanto, alterações na aferição da capacidade e dos vícios do consentimento. Em certos contratos de adesão, exige-se, do aderente, somente a capacidade natural, e o consentimento por erro é irrelevante.

Quando a natureza dos serviços a prestar configura a posição da empresa como oblato ou aceitante, não pode recusar-se a contratar. Por isso que ela própria é quem estabelece as condições de sua prestação, despropositada seria a faculdade de recusa, tanto mais quanto, na maioria dos casos, presta-os em regime de monopólio, ou tem virtualmente seu exercício. Diz-se que lhe corre, por isso mesmo, a *obrigação de contratar*.¹³

O momento da formação dos contratos de adesão é importante porque concretiza uma relação potencial. As cláusulas gerais são juridicamente irrelevantes antes de se inserirem no contexto de um contrato individual. No magistério de Auer,¹⁴ sua formação não constitui um negócio jurídico, mas puro e simples fato interno na esfera do

empresário, de sorte que a sua transcendência jurídica somente começa a partir do momento em que passa a ser conteúdo das declarações contratuais de vontade. A relação jurídica é criada contratualmente, provocando, o acordo de vontades, a incorporação das condições gerais ao seu conteúdo como parte integrante da *lex contractus*.

Para os normativistas, o momento de formação da relação jurídica individual e concreta tem também significado, porque constitui o pressuposto de eficácia do Direito objetivo que as condições gerais encerram. Tais normas jurídicas não possuem eficácia imediata e direta como sucede com as demais, que independem sabidamente de qualquer declaração de vontade dos destinatários. Seus efeitos produzem-se, ao contrário, com a manifestação de vontade das partes interessadas em provocá-las. Movimentam-se, em suma, no momento em que se forma a relação concreta. Nem por isso o mecanismo de formação deixaria de ser contratual, dada a necessidade de convergência e coincidência de duas declarações. Desse modo, a *tese normativista*, posto se contraponha fundamentalmente à *tese contrativista*, constituindo a sua antítese, não apresenta sinais de originalidade na descrição do momento de formação dos contratos singulares, a menos que se aceite a categoria do ato-condição como uma das formas de concurso de vontades, ou se veja no acordo das partes um ato de natureza institucional, no sentido que à palavra emprestam Hauriou e Renard.

Não faltam vozes respeitáveis a se levantarem, na própria França, contra a tentativa de construir nova categoria jurídica, tomando como base a força da vontade na estruturação de uma relação jurídica de formação bilateral.

Ripert foi uma dessas vozes. Tantos anos depois das observações de Saleilles, *ainda* achava que não se marcara nitidamente o elemento essencial que daria natureza própria aos contratos de adesão.¹⁵ Depois de rejeitar as explicações oferecidas para a caracterização de tais contratos, ele assinala que todas tentam edificar a teoria na análise da vontade, distinguindo *consentimento de adesão*, para insinuar que, nesses casos, há sempre uma espécie de vício permanente do consentimento, porque aderir é submeter-se ao contrato predisposto e submeter a sua vontade, protestando, no íntimo, contra a dura lei que lhe é imposta.¹⁶ Esse raciocínio levaria, porém, à absurda conclusão de que “a própria natureza do contrato faz presumir o vício do consentimento”. Todo contrato de adesão seria viciado pela coação sobre o aderente. Observa, em seguida, que o assentar a explicação de sua natureza na análise da vontade era orientação que condenava ao fracasso a teoria do contrato de adesão. Compreendendo o equívoco a que conduzia esse critério, os escritores em geral o abandonaram, convencidos de que a adesão tem o mesmo valor do consentimento, não medindo a lei a força da vontades, sendo irrelevante, por outras palavras, que uma seja mais fraca do que a outra.¹⁷ Considerações a respeito da posição das duas partes no chamado contrato de adesão, conduzem-no, mais adiante, à conclusão de que não é a desigualdade dos contratantes, só por si, que torna o contrato suspeito, mas o abuso possível emergindo desta desigualdade.¹⁸ Encarando o problema por esse prisma, Ripert insiste no equívoco dos que o analisam à luz do princípio da autonomia da vontade e concluem pela negação do caráter voluntário da adesão. Em seu parecer, a vontade, nesses contratos, é real, o consentimento, hígido.

Das considerações ora sintetizadas, infere-se que Ripert recusa ao contrato de adesão natureza própria, não lhe reconhecendo qualquer particularismo que justifique a sua qualificação como uma nova categoria jurídica. Configurar-se-ia, realmente, como contrato, distinguindo-se, tão-somente, pelo modo por que o consentimento é manifestado. A adesão seria, em resumo, expressão de vontade negocial, que não nega, nem mesmo desvirtua, a natureza contratual do vínculo jurídico assim formado.

Escrita há mais de setenta anos, a obra premiada de Ripert, em que lançou tais observações críticas, influenciou desenganadamente na doutrina francesa e, sob sua inspiração, em prestigiosos escritores de outras pátrias. Ainda hoje continua volumosa a corrente doutrinária que nega seja o contrato de adesão uma categoria autônoma, não passando de um contrato no qual o consentimento se manifesta de modo diferente.

A posição da doutrina francesa, voltada principalmente para o modo de formação dos contratos de adesão, influenciou até nos autores que lhe contestam natureza contratual. O anticontratualismo, a que se apegaram, não os conduziu, como na Alemanha, à tese normativista.¹⁹

Para esses autores, o *contrato de adesão* é um ato unilateral. Entendem que, não sendo livre a manifestação de vontade do aderente, os efeitos do ato são determinados exclusivamente pelo predisponente. Por essa razão e pela desigualdade dos que criam a relação concreta, esta não é contratual, nem deve ser regulada como se o fora.

Esse enfoque do problema da natureza dos contratos de adesão oferece o flanco a críticas que revelam a fragilidade da concepção e reforçam a posição contratualista. Na França mesma, apontam-lhe insolúvel contradição interna, argüindo-se que, logicamente, o ato unilateral significa intervenção de uma vontade única.²⁰ Uma vez que é incontestável a participação do aderente, o ato, sob esse aspecto, há de ser considerado bilateral.

O recurso à categoria do *ato-condição*, obstruída pela doutrina publicista, além de refugiar-se numa classificação sem apoio na melhor doutrina, não contornaria a objeção, a menos que a questão fosse meramente terminológica. Argumentar-se-ia que, na formação desse ato, como na do contrato, há um concurso de vontades a atestar, sob esse aspecto, a bilateralidade.

Os que vissem, na conclusão desse negócio jurídico, a adjunção de dois atos unilaterais estariam encarando o problema de um ângulo impróprio, eis que o anticontratualismo francês se atém ao processo de formação do vínculo.

Dentre os juristas franceses que vêem na adesão simples modo de consentir na formação da vontade contratual, foi Dereux²¹ quem sustentou mais vigorosamente a tese.

Seus argumentos extraem-se de análise do modo como nascem os contratos. Esses negócios jurídicos pressupõem a vontade comum de duas ou mais pessoas. Os contratos de adesão não têm existência antes do momento em que ocorre a adesão, isto é, antes da aceitação em bloco de suas cláusulas pelo aderente; antes, numa palavra, que consinta. Formam-se, portanto, como todo contrato, pelo encontro e coincidência de duas vontades.

Conquanto se filie à doutrina clássica da contratualidade normal dos negócios de adesão, Dereux esforça-se para eliminar toda ficção, levando em conta unicamente as vontades reais das partes. Para alcançar seu propósito, distingue duas espécies de cláusulas, as *essenciais* e as *acessórias*. As primeiras seriam as que se acrescentam ao texto impresso do instrumento contratual; as outras, por serem gerais e uniformes, as que são comumente impressas. As cláusulas essenciais são livremente aceitas, com perfeito conhecimento, pelo aderente. As cláusulas acessórias e inalteráveis escapam, de regra, ao pleno conhecimento da parte que adere, razão por que não devem produzir, contra ele, efeitos jurídicos senão quando introduzidas para precisar ou completar as cláusulas essenciais.

Infletindo, desse modo, para o terreno da interpretação desses negócios jurídicos, Dereux procura ressaltar que, também pelos efeitos jurídicos, são contratuais, nada oferecendo de especial que justifique seu tratamento como categoria distinta.

Insistem igualmente, na normalidade contratual dos negócios de adesão, Geny,²² Demogue,²³ Colin et Capitant,²⁴ Josserand,²⁵ Morin,²⁶ Federico de Castro,²⁷ dentre outros.

Por incontestável influência da doutrina orientada nesse sentido, os tribunais franceses sempre se recusaram a admitir a menor distinção entre os contratos de adesão e os outros, jamais admitindo que aqueles tenham natureza jurídica própria que os subtraia das regras aplicáveis aos contratos.²⁸

Esta firme posição doutrinária explica o método que observam na política de defesa do aderente. Praticam-na por meio da interpretação. Informa A. Rieg²⁹ que assentaram duas regras especiais:

- 1^a) a obscuridade ou a ambiguidade da convenção deve ser interpretada contra o estipulante,³⁰
- 2^a) na hipótese de contradição entre cláusulas manuscritas e impressas, pre-fêrem-se as primeiras porque traduzem melhor a vontade do aderente.

A orientação contratualista na sua pureza original tem sido contestada, ensejando análises da figura do contrato de adesão à luz de novos dados da dogmática que têm contribuído para esclarecer sua originalidade, assinalando que não pode ser reduzida à plena contratualidade.

84. Caracterização. O conceito de *contrato de adesão* torna-se difícil em razão da controvérsia persistente acerca do seu traço distintivo. Há, pelo menos, seis modos de caracterizá-lo. Distinguir-se-ia, segundo alguns, por ser oferta a uma coletividade, segundo outros, por ser obra exclusiva de uma das partes, por ter regulamentação complexa, porque preponderante a posição de uma das partes, ou não admitir discussão a proposta, havendo quem o explique como o instrumento próprio da prestação dos serviços privados de utilidade pública.

A discrepância na determinação do elemento característico do contrato de adesão revela que a preocupação da maioria dos escritores não consiste verdadeiramente em apontar um traço que permita reconhecê-lo. Predomina o interesse de descrevê-lo ou de explicá-lo, antes que o de ensinar o modo de identificá-lo, como ocorre, por exemplo, com os que procuram caracterizá-lo pela circunstância de ter regulamentação complexa. É certo que o *contrato de adesão* é praticável quando os interesses em jogo permitem, e até impõem, a pluralidade de situações uniformes, de modo que, sob esse aspecto, é, com efeito, oferta feita a uma coletividade. A necessidade de uniformizar as cláusulas do negócio jurídico elimina a possibilidade de qualquer discussão da proposta, criando para o oblato o

dilema de aceitá-lo em bloco ou rejeitá-lo. Nada disso o distingue porquanto tais características são comuns a outras figuras jurídicas.

O traço característico do *contrato de adesão* reside verdadeiramente na possibilidade de predeterminação do conteúdo da relação negocial pelo sujeito de direito que faz a oferta ao público.

Os outros traços apontados ajudam, entretanto, a reconhecê-lo. A oferta é, por assim dizer, o *contrato potencial*. Não pode ser modificada, já que a situação jurídica em que se vai colocar há de ser igual à de todos que a aceitarem, nem admite discussão, o que não sucede nos contratos normais. No fundo, portanto, o contrato é, no seu conteúdo, obra exclusiva de uma das partes.

O mecanismo dos contratos de adesão pode ser descrito sem maior dificuldade, em se compreendendo que as diversas peças, isoladas pela doutrina em função da importância que se lhes atribui, devem ser consideradas indispensáveis, em conjunto, para que correspondam às necessidades sociais que o reclamaram. De fato, se não é necessário, ou mesmo conveniente, oferta a uma coletividade, cabimento não há para *contrato de adesão*. A repetição do contrato, variando apenas uma das partes, resulta de condições econômicas que exigem a uniformidade de cláusulas, e impedem, portanto, qualquer discussão. Decorre a preponderância da vontade de um dos contratantes da posição em que se encontra, menos por sua superioridade econômica do que pela natureza dos interesses que persegue. Para a realização de certos serviços seria praticamente impossível contratá-los nos moldes clássicos. O contrato de adesão apresenta-se, assim, como junção de determinadas condições econômicas e sociais.

Para os autores que continuam aferrados à tese contratualista, o *contrato de adesão* é um novo método de estipulação contratual imposto pelas necessidades da vida econômica.

Distingue-se por três traços característicos:

- 1) a *uniformidade*;
- 2) a *predeterminação*;
- 3) a *rigidez*.³¹

O intento do predisponente é obter, de número indeterminado de *aderentes*, a aceitação passiva das mesmas condições, de sorte que seja invariável o conteúdo de todas as relações contratuais. A *uniformidade* é uma exigência da racionalização da atividade econômica que por seu intermédio se desenvolve. Tornar-se-ia impraticável se, para exercê-la, se houvesse de estipular os contratos pelo método clássico.

A *predeterminação* das cláusulas caracteriza, com maior vigor, o contrato de adesão, por ser o modo objetivamente idôneo para atingir sua finalidade. A uniformidade é um traço que só o caracteriza quando há predeterminação unilateral das cláusulas. Se o conteúdo de vários contratos for uniforme, pela simples razão de haverem as partes adotado um formulário, não serão, por esse motivo, contratos de adesão. O traço distintivo dominante é o preestabelecimento, por uma das partes, das cláusulas dos contratos a serem estipulados em série.

Admite-se, no entanto, que também são de adesão os contratos em que as duas partes aceitam condições gerais formuladas por terceiros, como no caso de constarem de um regulamento administrativo.

A *rigidez* das condições gerais caracteriza ainda o contrato de adesão mas é, antes, um desdobramento dos outros traços distintivos. As cláusulas são rígidas porque devem ser uniformes e não seria possível flexibilidade, porque desfiguraria a *specie*.

Como quer que seja, a *uniformidade*, a *predeterminação* e a *rigidez* são traços que facilitam a identificação do *contrato de adesão*, posto que insuficientes para explicá-lo dogmaticamente.

Se bem que a pré-constituição do esquema contratual para ser adotado pelas partes seja considerada o traço mais forte da figura, só adquire esse relevo se incorpora o sentido de *generalidade* – requisito que entende com a função mesma do regulamento contratual preexistente. Não se elabora as cláusulas gerais senão para regular uniformemente futuros e eventuais vínculos contratuais. Outro não é, por diferentes palavras, o intento de quem traça o esquema uniforme desses vínculos. O escopo do pré-constituente é, com efeito, “tornar possível uma pluralidade de contratações uniformes”.

Para facilitar sua identificação, vale a pena distingui-lo de outras figuras jurídicas que apresentam alguma semelhança em virtude de possuírem traços que se encontram também no contrato de adesão como elementos de composição do seu perfil. Tais são: o *contrato normativo*, o *contrato-tipo* e o *contrato preliminar*. No *contrato normativo*, também há predeterminação do conteúdo de outros contratos, mas suas disposições não são cláusulas dos contratos que regem, pré-constituídas unilateralmente, mas *normas* que as próprias partes ou seus representantes

estatuíram para serem observadas na contratação obrigacional, a cada vez que aconteça. No *contrato-tipo*, a técnica de formulação é análoga, mas a denominação está reservada para o seu uso como espécie do contrato normativo. No *contrato preliminar* o conteúdo do contrato definitivo é pré-regulamentado, mas por mútuo consentimento e sem cunho de generalidade.

Para haver *contrato de adesão* no exato sentido da expressão, não basta que a relação jurídica se forme sem prévia discussão, aderindo uma das partes à vontade da outra. Muitos contratos se estipulam desse modo sem que devam ter essa qualificação. A predominância eventual de uma vontade sobre a outra e até a determinação unilateral do conteúdo do contrato não constituem novidade. Sempre que uma parte se encontra em relação à outra numa posição de superioridade, ou, ao menos, mais favorável, é normal que queira impor sua vontade, estabelecendo as condições do contrato. A cada momento isso se verifica, sem que o fato desperte a atenção dos juristas, justo porque essa adesão se dá sem qualquer constrangimento se a parte pode dispensar o contrato. O que caracteriza o *contrato de adesão* propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido. Assim, quem precisa viajar, utilizando determinado meio de transporte, há de submeter-se às condições estipuladas pela empresa transportadora, pois não lhe resta outra possibilidade de realizar o intento. A alternativa é contratar ou deixar de viajar, mas, se a viagem é necessária, está constrangido, por essa necessidade, a aderir às cláusulas fixadas por aquele que pode conduzi-lo. Esse constrangimento não configura, porém, *coação*, de sorte que o contrato de adesão não pode ser anulado por esse vício do consentimento.

As circunstâncias em que se realizam influem na interpretação e aplicação de suas cláusulas, notadamente as impressas. Tal é uma das principais razões por que a doutrina se interessa pelos *contratos de adesão*, embora não tenham características próprias de uma categoria dogmática.

A situação de constrangimento que se cria para uma das partes é porque a outra desfruta de um *monopólio de fato* ou de *direito*,³² no exercício do qual os serviços que se propõe a prestar através de uma rede de contratos, de operações em massa, conservam a natureza de serviços prestados por particulares. Desde, pois, que o interessado não possa prescindir do serviço, nem se dirigir a outrem que o preste ao menos em condições diversas, é forçado a contratar com o monopolista.

É pressuposto, pois, do contrato de adesão o monopólio de fato, ou de direito, de uma das partes que elimina a concorrência para realizar o negócio jurídico. Se a situação não se configura desse modo, poderá haver contrato *por adesão*, jamais *contrato de adesão*.

Do *contrato de adesão* distingue-se o *contrato aberto*, figura interessante de *contrato plurilateral* que admite o ingresso, numa relação contratual, de outros sujeitos que não as partes iniciais, como sucede no *contrato de associação*.

O contrato aberto não se confunde, por sua vez, com o contrato em que uma das partes, sendo inicialmente *unissubjetiva*, torna-se, pela agregação de outro sujeito, *plurissubjetiva*. A declaração de terceiro que ingressa no contrato consiste, entretanto, em simples *adesão*.

85. Posição do legislador. Se bem que o contrato de adesão não se distinga *tecnicamente* por qualquer particularidade de sua estrutura, o legislador não fica indiferente às circunstâncias que o perfilam nos traços assinalados pela doutrina. É verdade que os códigos não o disciplinam especificamente, salvo o italiano, o etíope e o holandês. Nenhuma lei assimilou o constrangimento de uma das partes à coação para admitir, sob esse fundamento, a anulabilidade dos contratos de adesão, mas o legislador não os ignora, antes sabe que inúmeras pessoas são forçadas a contratar aderindo pura e simplesmente a um regulamento traçado soberanamente pelo detentor do monopólio virtual ou legal de determinado serviço, pelo que intervém com medidas aplicadas através de interessante *processo técnico*: a *regulamentação legal do contrato*. Por meio de normas *imperativas* impede que o contratante privilegiado estipule arbitrariamente as cláusulas contratuais. Tais regras incorporam-se automaticamente ao conteúdo da relação negocial, cortando possíveis e prováveis abusos, ditadas que são com o objetivo de proteger os que precisam contratar. Outras vezes a intervenção legal cumpre-se mediante a exigência de que o regulamento elaborado pelo contratante privilegiado, como oferta à coletividade, seja previamente aprovado pela autoridade administrativa ou resulte de uma *discussão corporativa*.³³

Ademais, como de regra o contrato de adesão ocorre na prestação de serviço público, a autoridade que o concede traça, no ato da concessão, normas que limitam o arbítrio do concessionário e definem as próprias cláusulas essenciais para maior proteção dos usuários, futuros aderentes dos contratos.

O legislador não desconhece, por conseguinte, a situação social, mas interfere por forma que indica sua recusa em tratar o contrato de adesão como categoria autônoma.

Método interessante de intervenção legal é o que exige aprovação específica, por escrito, de cláusulas que estabeleçam em favor do contratante privilegiado limitações de responsabilidade, restrições à liberdade contratual das relações com terceiros, prorrogação do contrato, cláusulas de compromisso ou derrogação da competência da autoridade judiciária. Recusando eficácia a tais cláusulas, a lei protege o aderente, premunindo-o contra a exploração e dispensando-o de exame aprofundado do conteúdo das disposições impressas.

A disciplina legal *ad hoc* das condições gerais do contrato sistematiza-se em leis especiais, mas alguns códigos mais modernos contêm escassas disposições específicas.

Conforme o tratamento que dispensam à matéria, as legislações podem ser classificadas em dois grupos.

No primeiro, incluem-se os códigos: italiano, etíope, holandês e soviético.

No segundo, as leis especiais: da Alemanha, de Israel, da Suécia, da Alemanha, da Inglaterra e da França.³⁴

A orientação do legislador não é idêntica em cada grupo. No primeiro, há códigos minuciosos, como o da Etiópia, e códigos que se resumem a traçar regras de interpretação, como o da Itália. No segundo, a lei israelita chega a ser casuística, enquanto a alemã contém apenas disposições gerais, sem cunho regulamentar. As leis mais recentes proíbem a inserção de cláusulas iníquas, abusivas, desleais, e até mesmo sub-reptícias.

Atenta à finalidade determinante predominantemente do tratamento legal, distribuem-se em duas classes. Na primeira, situam-se as de orientação puramente contratualista, com disposições ordenadas a preservar a integridade do consentimento da relação contratual concreta. Na segunda, encerram-se as que se interessam preferencialmente pelas *condições gerais*, acentuando-se no sentido de proteger, contra abusos, os eventuais aderentes.

A bem dizer são sistemas distintos.

O primeiro adota, para o problema, a solução por meio de regras interpretativas a propósito da eficácia das cláusulas do contrato de adesão.

Filiam-se ao segundo sistema os códigos ou leis especiais que organizam, sob outros pressupostos, a proteção ao aderente. Caracterizam-se não apenas pela mudança de perspectiva na regulamentação, mas, igualmente, pelo propósito de sistematização ampla da matéria.

À margem desses dois grupos, ocupam posição singular, em razão da originalidade do regime econômico-político, os códigos ou leis dos países socialistas.³⁵

86. Natureza jurídica. Contesta-se a sua natureza contratual.

Dizia Saleilles que de contrato tinha apenas o nome, e, assinalando sua originalidade, consistente no exclusivo predomínio da vontade de um que dita sua lei a coletividade indeterminada, reclamava sua construção jurídica, convencido de que não possuía natureza de contrato. Outros, deixando-se impressionar pela desigualdade da situação das partes na constituição do negócio, passaram a sustentar que é *negócio unilateral*. Duguit, por exemplo, acreditava que a situação de direito subjetivo nascia da *vontade unilateral* de uma das partes, visto que era ela quem estabelecia um estado de fato de ordem geral e permanente, do qual a outra vontade apenas se aproveitava, visto que não há discussão das condições do negócio para encontrarem os sujeitos o denominador comum de seus interesses. O conteúdo da relação jurídica é obra exclusiva da vontade de um deles. A outra limita-se a aderir a regulamento no qual não colaborou. Essa simples adesão, segundo parece aos partidários da teoria do *negócio unilateral*, não pode ser equiparada ao consentimento, tal como deve ser manifestado para a formação do contrato no sentido clássico da expressão, tanto mais quanto a adesão não é livre, pois quem a declara tem necessidade de satisfazer ao interesse que a outra parte regula. Enfim, o modo de formação dos *contratos de adesão* leva muitos juristas a lhes recusar natureza contratual. Outros explicam-na com *teses normativas*.

Entende a maioria, porém, que, apesar de suas peculiaridades, devem ser enquadrados na categoria jurídica dos contratos. Origina-se a dúvida na confusão a respeito do elemento que define o contrato. Deve-se distinguir, com Carnelutti, *do concurso de vontades para a formação do vínculo a regulamentação* das obrigações oriundas desse vínculo. O concurso de vontades é indispensável à constituição dos negócios jurídicos bilaterais, dos quais o contrato constitui a expressão mais comum. Por definição, o contrato é o acordo de duas vontades. Não se forma de outro modo. Já a *regulamentação* dos efeitos do negócio jurídico bilateral não requer a intervenção das duas partes. Pode ser expressão da vontade de uma com a qual concorda a outra, sem lhe introduzir alteração. A regulamentação bilateral dos efeitos do contrato não é, enfim, elemento essencial à sua configuração.³⁶ Por outras palavras, a

circunstância de serem as obrigações estatuídas pela vontade predominante de um dos interessados na formação do vínculo jurídico não o despe das vestes contratuais. Afirma-se a contratualidade da relação pela presença do elemento irredutível, que é o acordo de vontades. No *contrato de adesão* não se verifica contratualidade plena, mas o mínimo de vontade existente no consentimento indispensável da parte aderente é suficiente para atestar que não é *negócio unilateral*. Prevalece, em consequência, a opinião de que possui natureza contratual.³⁷

Em dois grupos podem ser classificadas as teorias explicativas da natureza jurídica do *contrato de adesão* (condições gerais de contratação), o das teorias negociais e o das teorias normativas.

São *negociais* as teorias: *a)* da interpretação típica; *b)* da declaração típica; *c)* da relação contratual fática; *d)* do comportamento social típico; *e)* do negócio de atuação.

São *normativas* as: *a)* do poder normativo da empresa; *b)* do uso normativo.

Se bem que não considerem propriamente *contrato* a figura jurídica das condições gerais de contratação, autores italianos construíram sobre o texto legal duas teorias, a da *interpretação típica* e a da *declaração típica*, que gravitam na órbita da contratualidade, embora explicando de modo diferente a essencial formação por acordo bilateral de vontades. Pela *teoria da interpretação típica*, a conduta do *aderente* ao se submeter às prescrições da outra parte é autêntica *declaração de vontade* por efeito da qual se inserem no conteúdo da relação jurídica assim constituída tais prescrições transformadas em cláusulas contratuais, chegando-se a essa conclusão pela aplicação da regra hermenêutica do Código que manda interpretar o contrato pela determinação da intenção comum das partes e de boa-fé.³⁸ Pela *teoria da declaração típica*, a conduta de quem adere ao regulamento do contrato de adesão significa aceitação das condições gerais preestabelecidas tal como se ele houvesse emitido uma declaração de vontade por meio de claras palavras. Dizem os adeptos da teoria que se trata de uma *declaração típica* porque os efeitos que provoca são idênticos para os que têm igual comportamento; a este a lei atribui invariavelmente determinado significado declaratório.³⁹ A declaração típica do aderente seria, em última análise, presumida.

Buscam explicação em novas figuras negociais os partidários da *teoria da relação contratual fática*, do *comportamento social típico* e do *negócio de atuação*.

Para os primeiros, o *contrato de adesão* é uma relação desse tipo, isto é, uma situação jurídica da qual derivam obrigações para dois sujeitos de direito como se proviessem de um contrato. Em tais relações, os efeitos ligam-se a fatos que têm significação jurídica porque a lei, considerando que são socialmente reconhecidos, a empresta. Não se formam, com os contratos, pela aceitação de uma proposta, mas pelo fato de assumir alguém uma posição que desencadeie obrigações e direitos preestabelecidos pela outra parte. Resultam, em outras palavras, de um ato material juridicamente relevante por sua tipicidade social, atraindo as normas aplicáveis ao contrato.⁴⁰ A explicação peca pela base, porque a categoria imaginada por Haupt é considerada dogmaticamente defeituosa ou, quando menos, desprovida de utilidade, não passando, em última análise, do velho e rejeitado *quase-contrato*.

Deve-se a Larenz a idéia de que o *comportamento social típico* é uma nova fonte de obrigações, desdobrando a construção da relação contratual fática. De acordo com esse entendimento, a causa eficiente das obrigações que concretiza é um comportamento comum a número indeterminado de pessoas consistente na prática do mesmo ato, como o de embarcar num ônibus. Forma-se o vínculo obrigacional mesmo que o passageiro, no exemplo dado, não tenha consciência dos efeitos jurídicos do seu comportamento e se trava ainda contra a sua vontade. Objeta-se, no entanto, que a realização de um contrato mediante *facta concludentia* é um evento conhecido e admitido há muito tempo, havendo no contrato de adesão, ao se formar, simples aceitação de oferta ao público. De resto, não se elimina a objeção de que o comportamento não pode produzir efeitos na esfera jurídica de outrem, dizendo-se que as obrigações nascem não do comportamento, mas da significação social que se lhe atribui, pois essa significação não tem poder vinculante.

Para explicar a natureza jurídica do contrato de adesão, recorrem alguns escritores à figura do *negócio de atuação*. Distingue-se esse negócio jurídico pela realização imediata do *intento* do agente, não havendo intervalo entre a prática do ato e seu efeito, como no caso do contrato de compra de carteira de cigarros mediante a introdução de determinada moeda em aparelho automático. O contrato de adesão seria *negócio de atuação* porque o comportamento de quem o individualiza corresponde a um intento negocial que se efetiva imediatamente, suscitando efeitos pré-constituídos. Diz-se que essa explicação nada tem de novo porque a *atuação* da vontade acaba se confundindo com a declaração tácita. Objeta-se que a realização imediata do intento não elimina o propósito de alcançar ulteriormente, como em todo contrato, um fim prático-jurídico.⁴¹

A *teoria do poder normativo da empresa* reflete posição doutrinária que sustenta ser o contrato de adesão (*as condições gerais dos contratos*) uma fonte de direito objetivo ao lado da lei e dos usos e costumes. Sua aceitação implicaria a atribuição de *poder normativo* privilegiado aos empresários, que se não tolera por incompatível juridicamente com o monopólio legislativo do Estado, prevalecendo hoje a idéia de que tais condições gerais devem ser aplicadas como elementos integrantes do contrato.⁴²

A *teoria do uso normativo* pretende que as condições gerais de contratação constituem uso no sentido que corresponde a direito consuetudinário. Não possuem, no entanto, suas características, pois os usos normativos nascem anonimamente, aplicam-se espontaneamente e se limitam ao meio social que os gera.⁴³ Ademais, seriam desastrosas as conseqüências dessa qualificação porque privaria os aderentes do exercício de ações em defesa dos seus direitos, admissível se consideradas cláusulas de um contrato. Aplicar-se-iam as regras interpretativas da lei em vez dos princípios e critérios estabelecidos para o contrato.

As *teorias normativas* têm, do ponto de vista técnico, o grave defeito de não atentarem para a circunstância de que as *condições gerais* só adquirem eficácia jurídica com o comportamento adesivo, o ato de adesão. Antes de se concretizarem num negócio jurídico individual, não passam, na expressão de um autor, de um *nullum* jurídico.

87. Interpretação do contrato de adesão. A questão da natureza jurídica do *contrato de adesão* tem importância prática para sua interpretação. Indaga-se, com efeito, se deve ser interpretado como a lei, ou como o contrato. Tido como expressão do poder normativo das empresas, é óbvio que se lhe não aplicam as regras de interpretação dos contratos. Mas, mesmo que possua natureza contratual, a singularidade da sua estruturação não permite seja interpretado do mesmo modo que os contratos comuns, porque é relação jurídica em que há predomínio categórico da vontade de uma das partes. É de se aceitar, como diretriz hermenêutica, a regra segundo a qual, em caso de dúvida, as cláusulas do contrato de adesão devem ser interpretadas contra a parte que as ditou. [Trata-se, em outras palavras, da interpretação mais favorável ao aderente⁴⁴]. Cabe, no entanto, uma distinção à raiz de ponderações feitas por Dereux entre duas espécies de cláusulas: “As *cláusulas essenciais*, que são comumente datilografadas ou manuscritas, e as *cláusulas acessórias*, geralmente impressas.” As primeiras estipulam-se particularizadamente e comportam, às vezes, certa margem de liberdade no seu ajuste e até alguma variação. As outras são inalteráveis e uniformes, razão por que a parte *aderente*, geralmente, conhece mal o seu teor e alcance.⁴⁵ Acontece que freqüentemente as *cláusulas* acessórias alteram profundamente a essência do contrato, tirando, muitas vezes, grande parte de sua utilidade, ou sendo muito rigorosas e, até, draconianas.⁴⁶ Cabe ao juiz impedir que seus efeitos se produzam, não permitindo que desvirtuem o espírito das cláusulas essenciais ou que tenham eficácia se não foram conhecidas suficientemente pela parte aderente. Aplica-se a regra de hermenêutica, segundo a qual devem ser interpretadas a favor do contratante que se obrigou por *adesão*. Outra regra a observar é que, se houver incompatibilidade entre cláusulas impressas e cláusulas acrescentadas ao formulário, prevalecem estas.

Não se conclua, daí, que a intervenção judicial na aplicação dessas regras é livre. Se fosse, a insegurança dominaria os contratos de adesão. O poder do juiz – *poder moderador* – deve ser usado conforme o princípio de que os contratos devem ser executados de *boa-fé*,⁴⁷ de tal sorte que só os abusos e deformações sejam coibidos. A exagerada tendência para negar força obrigatória às cláusulas impressas é, de todo em todo, condenável, até porque não deve o juiz esquecer que certas cláusulas rigorosas são necessárias à consecução dos fins perseguidos pelos contratos de adesão em série.⁴⁸

De qualquer sorte, porém, a interpretação dos contratos de adesão comporta liberdade que não se admite na interpretação dos contratos comuns. Conquanto não constitua propriamente modalidade especial de contrato, é irrecusável, assim, o interesse prático de registrar suas peculiaridades.

88. Contrato-tipo. No *contrato-tipo* as partes não são representativas de categorias econômicas ou profissionais, como nos contratos normativos. Nestes as disposições são assentadas em abstrato, enquanto o *contrato-tipo* contém já o esquema concreto dos futuros contratos individuais, de sorte que os contratantes nada mais têm a fazer do que subscrevê-los.

O *contrato-tipo* aproxima-se do *contrato de adesão* pela forma. Distingue-se, no entanto, porque, neste, o conteúdo é predisposto e predeterminado por uma das partes, enquanto naquele resulta do acordo de vontades das partes.

O *contrato-tipo* distingue-se do *contrato de adesão* sob duplo aspecto: *funcional* e *estrutural*. Sob o aspecto funcional, a diferença reside no fato de que o *contrato-tipo* se emprega quando os futuros contratantes pertencem a

categorias contrapostas e organizadas de interessados.⁴⁹ Assim, o contrato estipulado entre um grupo de industriais e diversos fornecedores de matéria-prima. Quando, porém, uma das categorias de interessados não constitui grupo identificável, recorre-se ao *contrato de adesão*, dada a impossibilidade de predeterminação convencional. Sob o aspecto estrutural, diferenciam-se porque, no *contrato de adesão*, o conteúdo é preestabelecido sempre por uma das partes, enquanto no *contrato-tipo* pode ser o resultado de elaboração da qual participem, em igualdade de condições, os interessados. Messineo refere-se a conteúdo pré-constituído por uma só das partes, a que chama *contrato-tipo unilateral*, mas admite que tal contrato coincide com o de *adesão*, aplicando-se-lhe, portanto, a mesma disciplina jurídica.⁵⁰ Supérflua, assim, a distinção. Só interessaria, realmente, se a caracterização do *contrato-tipo* se fizesse, sob esse aspecto estrutural, pela forma de elaboração do conteúdo, que é dual. Concorrem para a sua determinação as partes, ou seus representantes. A elaboração do conteúdo não pode ser unilateral, pois se for se tornará *contrato de adesão*.

O *contrato-tipo* requer forma escrita, sendo impresso.

¹ Ver do autor *Contrato de Adesão – Condições Gerais dos Contratos*, São Paulo, Ed. Rev. Tribunais, 1971.

² Sallé, *L'Évolution Technique du Contrat*, p. 51.

³ Garcia-Amigo, *Condiciones Generales de los Contratos*, p. 137.

⁴ *De la Déclaration de Volonté*, pp. 229 e segs.

⁵ Para citar apenas duas: Dereux, *De la Nature Juridique des Contrats d'Adhésion*; Giordano, *I Contratti per Adesione*.

⁶ Genovese, *Le Condizioni Generali di Contratto*; Dossetto, *Le Condizioni Generali di Contratto*; Garcia-Amigo, *Condiciones Generales de los Contratos*.

⁷ Ob. cit., p. 229.

⁸ Ripert observa que a expressão fez carreira sem que, aliás, o seu significado tenha sido alguma vez estabelecido claramente, arrematando que não o foi nem por Saleilles nem depois dele. *A Regra Moral nas Obrigações Civis*, p. 103.

⁹ Mirabelli, ob. cit., p. 94.

¹⁰ Alfred Rieg, *Le Rôle de la Volonté dans l'Acte Juridique en Droit Civil Français et Allemand*, p. 234.

¹¹ Mirabelli, ob. cit., p. 103.

¹² Castellazzo, *L'Offerta al Pubblico*.

¹³ V. do autor: "Obrigação de Contratar", in *Revista de Informação Legislativa*, ano V, nº 17, janei-ro-março, 1968, p. 21; Jean-Christian Serna, *Le Refus de Contracter*.

¹⁴ Cit. por Garcia-Amigo.

¹⁵ *A Regra Moral nas Obrigações Civis*, p. 104, tradução de Osório de Oliveira.

¹⁶ Ob. cit., p. 104.

¹⁷ Ob. cit., p. 106.

¹⁸ Ob. cit., p. 108.

¹⁹ Cf. Alfred Rieg, ob. cit., p. 242.

²⁰ Alfred Rieg, ob. cit., p. 243.

²¹ *De la Nature Juridique des Contrats d'Adhésion*.

²² *Des Droits sur les Lettres Missives*, vol. I, nº 29.

²³ *Obligations*, vol. II, nos 616-631.

²⁴ *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, vol. II, nº 9.

²⁵ *Derecho Civil*, tradução espanhola, vol. II, nos 32 e 33.

²⁶ *La Loi et le Contrat*, pp. III e segs. *La Révolte des Faits contre le Code Civil*, pp. 20 e segs.

²⁷ *Las Condiciones Generales de los Contratos y la Eficacia de las Leyes*, p. 21.

²⁸ Alfred Rieg, ob. cit., p. 244.

²⁹ Ob. cit., p. 244.

³⁰ [Art. 423 do Código Civil].

³¹ Genovese, "Le Condizioni Generali di Contratto", in *Enciclopedia del Diritto*.

³² Henri de Page, *Traité de Droit Belge*, t. II, p. 513.

³³ Vide o Cap. 2, nº 17, Henri de Page, t. II, p. 430.

- ³⁴ Do modelo legislativo traçado em 1969 por Israel do modelo francês de proteção ao consumidor, adotado em janeiro de 1978, passando sucessivamente pelo sueco em 1971, pelo britânico em 1976, pelo alemão em 1977, é toda uma gama de preceitos legais destinados a controlar o poder regulamentar dos empresários para proteção dos consumidores e dos usuários. Cons. Roppo, *Il Contratto*, e Bianca, *La Condizioni Generali di Contratto*.
- ³⁵ V. Capítulos XIV, XV e XVI de *Contrato de Adesão*, do autor.
- ³⁶ Nada impede estipulem as partes que uma delas formulará o conteúdo; se a outra o firma, não poderá impugná-lo sob o pretexto de que não teve conhecimento das condições apostas, visto que tinha o dever de examiná-las para aprová-las ou não – N. e F. Stolfi, ob. cit., p. 158.
- ³⁷ Planiol, Hemard, Colin et Capitant, Josserand, Sallé, Dereux, De Page, Barassi. O Código Civil italiano disciplina a matéria no título dos contratos empregando a palavra “contraente” ao se referir à parte que predispõe as condições gerais do contrato.
- ³⁸ Giordano, *I Contratti per Adesione*.
- ³⁹ Genovese, *Le Condizioni Generali di Contratto*.
- ⁴⁰ Conf. Ricca, *Sui Cosidetti Rapporti Contrattuali di Fatto*, *passim*.
- ⁴¹ Cariota Ferrara, *El Negocio Juridico*, trad., p. 347.
- ⁴² Federico de Castro, *Las Condiciones Generales de los Contratos y la Eficacia de las Leyes*, p. 27.
- ⁴³ Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, I, p. 18.
- ⁴⁴ [Presente no art. 423 do Código Civil].
- ⁴⁵ Cf. Dereux, De la Nature Juridique des Contrats d’Adhésion.
- ⁴⁶ Henri de Page, *Traité Pratique de Droit Civil Belge*, t. II, p. 515.
- ⁴⁷ [Art. 422 do Código Civil].
- ⁴⁸ Conforme dispõe o art. 1.341 do Código Civil italiano, a eficácia das condições gerais de um contrato predispostas por um dos contraentes subordina-se ao conhecimento da outra parte no momento da conclusão do contrato, ou ao que deveria ter, usando diligência ordinária. Certas cláusulas não terão efeito se não forem especificamente aprovadas por escrito.
- ⁴⁹ Messineo, *Dottrina Generale del Contratto*, p. 261.
- ⁵⁰ Ob. cit., p. 263.

Capítulo 9

CONTRATOS POR TEMPO DETERMINADO E INDETERMINADO

Sumário: 89. Influência do termo e da condição nos contratos. 90. Contrato por tempo indeterminado. 91. Contrato por tempo determinado. 92. Interesse prático da distinção. 93. Prorrogação do contrato. 94. Recondução expressa. 95. Recondução tácita.

89. Influência do termo e da condição nos contratos. A eficácia dos contratos pode subordinar-se a acontecimentos futuros, certos ou incertos. As próprias partes determinam explícita ou implicitamente o momento em que devem começar ou findar os efeitos do contrato. Incorporam *disposições acessórias*, que limitam sua eficácia total ou parcial, sem atingirem sua existência. Tais são a *condição* e o *termo*. Constituem autolimitações da vontade negocial. É, precisamente, a sua estipulação que difere a execução dos contratos.

Para determinar a influência dessas cláusulas, deve-se ter presente que a aposição de *termo*, ou *condição*, pode diferir o começo de sua eficácia, ou causar sua cessação. Se o *termo* é inicial ou a *condição suspensiva*, os efeitos do contrato só se iniciam a partir do momento em que ocorre o evento. Se o começo da eficácia depende de *termo*, os direitos oriundos do contrato são imediatamente adquiridos pelo contratante, mas não podem ser exercidos até que o acontecimento se verifique. Se subordinado à *condição*, fica a aquisição de tais direitos na dependência do evento. Porque na *condição* o acontecimento é *incerto*, o contrato pode tornar-se ineficaz. No *termo* é, porém, certo, havendo, pois, simples protraimento da eficácia. O evento será apenas o ponto de partida da produção de efeitos.

Mais rica de conseqüências é a aposição do *termo final* ou de *condição resolutiva*. Nessas hipóteses, os efeitos do contrato cessam com o acontecimento. Em síntese, o *termo final* e a *condição resolutiva* limitam a duração do contrato.

Se um contrato tem a eficácia subordinada à condição ou termo resolutivos, sua duração, limitada pela vontade das partes, depende de que se realize o acontecimento futuro, certo ou incerto, que lhe dará cabo. É irrelevante que deixe de ser eficaz em virtude de *condição* ou *termo*. O efeito é o mesmo: a extinção do contrato. Mas, se a eficácia se subordina a *termo – dies certus quando –*, as partes conhecem o exato momento em que se extinguirá; se sujeita a *termo – dies certus an –*, têm certeza de que cessará mas não podem precisar o momento da extinção; se depende de *condição*, a incerteza quanto à realização do acontecimento não permite saber se ocorrerá a extinção, a menos que as circunstâncias indiquem que não se verificará (*condição frustrada*).

A presença ou ausência de *termo final*, ou *condição* resolutiva, autoriza a classificação em *contrato por tempo determinado* e *contrato por tempo indeterminado*. Se as partes apõem *termo final* ou *condição resolutiva*, é *por tempo determinado*. Caso contrário, *por tempo indeterminado*.

90. Contrato por tempo indeterminado. *Contrato por tempo indeterminado* é aquele em que as partes não estipulam, direta ou indiretamente, sua duração.

De regra, a indeterminação resulta da *vontade dos contratantes*, mas algumas vezes provém de *usos*, ou de *disposição legal*. Está neste último caso o contrato reconduzido tacitamente. Outras vezes, prende-se a particularidades da própria relação jurídica.

A qualificação do *contrato por tempo indeterminado* torna-se difícil quando as partes não declaram inequivocamente a vontade de limitar sua duração. Resultará, nesse caso, de interpretação, por meio da qual se verifique se a intenção comum foi de não prefixar seu prazo por acontecimento futuro, certo ou incerto. Será

contrato por tempo indeterminado se, para sua extinção, se tornar indispensável a declaração de vontade de qualquer das partes, ou das duas.

Além dos genuínos contratos por tempo indeterminado, assim se qualificam:

- 1º) os contratos com *duração mínima*;
- 2º) os contratos com *duração máxima*;
- 3º) os contratos que se prolongam mediante *recondução tácita*.

Os contratos de *duração mínima* são inicialmente por *tempo determinado*, mas se transformam em contratos por *tempo indeterminado* se continuam eficazes depois de expirado o prazo previsto.

Os de *duração máxima* são por *tempo determinado*, mas se as partes se reservam a faculdade de lhes pôr termo *ante tempus* mediante *aviso prévio*, entende-se que passam a ser por *tempo indeterminado*, exercida a faculdade.

Finalmente, a *recondução* tácita de contrato por *tempo determinado* converte-o em contrato por *tempo indeterminado*.

Nas três hipóteses figuradas pode-se dizer que a *indeterminação* não é de origem, mas resultante de *convenção*.

91. Contrato por tempo determinado. No *contrato por tempo determinado* a duração subordina-se a acontecimento futuro, certo ou incerto.

Sua qualificação decorre da vontade das partes, ou de circunstâncias.

São contratos por *tempo determinado*:

- 1º) aqueles com termo prefixado para data certa;
- 2º) aqueles cuja duração se estipula por unidade de tempo, como o mês e o ano;
- 3º) aqueles com duração condicionada à realização de certo evento;
- 4º) aqueles cuja duração é um imperativo da própria qualidade das prestações;
- 5º) aqueles renovados expressamente, com estipulação do mesmo ou de outro prazo.

Se a duração do contrato é prefixada pelas partes no próprio instrumento, mediante cláusula contendo *termo final*, nenhuma dúvida se levanta a respeito de sua qualificação. O contrato que deve terminar em determinado dia de certo ano é, desenganadamente, por *tempo determinado*, assim como o que estipula para durar, por exemplo, seis meses ou três anos.

Se a duração depende porém da realização de acontecimento insuscetível de previsão, torna-se difícil a qualificação; somente o exame de caso concreto possibilita procedê-la com segurança.

Não raro, a determinação resulta de circunstâncias. No contrato de trabalho, por exemplo, o prazo pode ser decorrência do fato de ter como objeto a execução de serviços especificados esgotáveis. Outras vezes, o empregado é admitido para substituir outro enquanto dure sua ausência.

Por último, um contrato por tempo determinado pode continuar a sê-lo, em sendo renovado expressamente, como, por exemplo, se as partes estipularem a sua recondução por igual período.

92. Interesse prático da distinção. Nos *contratos por tempo indeterminado*, a extinção pode dar-se, a todo tempo, por iniciativa de qualquer das partes, mas, uma vez que sua duração não é prevista ou imposta, somente ocorre em virtude de declaração de vontade dos contratantes, ou de um deles, ou por força maior. Dura, em suma, indefinidamente, exigindo a lei que a *denúncia* – ato pelo qual uma das partes põe termo à relação – obedeça a certos preceitos, notadamente para evitar as conseqüências da ruptura brusca. Assim é que, em alguns *contratos por tempo indeterminado*, a extinção pela vontade de uma das partes, sem justa causa, deve ser precedida de notificação dada com certa antecedência, chamada *aviso prévio*. Ademais, admite-se, para alguns desses contratos, que, em caso de *denúncia arbitrária*, a parte que *resilir* ficará obrigada a pagar à outra determinada indenização. A *justa causa* pode ser prevista, assim como cabe *cláusula penal*.¹

A *denúncia* é um negócio jurídico unilateral consistente numa declaração *receptícia* de efeito extintivo. Tanto para a parte declarante como para a outra é imediatamente vinculante, mesmo se a sua eficácia é diferida por *aviso prévio*.

Nos *contratos por tempo determinado*, os efeitos cessam normalmente com o advento do *termo*, ou o implemento da condição. Enquanto dura, nenhuma das partes pode desvincular-se da outra, pois a cláusula mediante

a qual se apõe o *termo* tem por fim, precisamente, garantir a eficácia do contrato por certo tempo, sendo, no fundo, medida de segurança. O que visam as partes é a se prenderem. Não obstante, a extinção do contrato pode ocorrer antes do advento do termo, isto é, sem o prazo estar exaurido, em razão de força maior, do mútuo consentimento dos contratantes, ou da vontade de um deles, fundada ou não. A hipótese interessante a examinar, pelas conseqüências que suscita, é a *rescisão “ante tempus”*, isto é, a extinção do contrato, antes da expiração do seu prazo, pela vontade arbitrária de um dos contratantes. Bem é de ver que, nesses casos, cabe a indenização das perdas e danos oriundos da ruptura injusta.

O *aviso prévio* é estranho aos *contratos por tempo determinado*. Todavia, como em alguns é difícil prever o momento do fato extintivo, tem-se admitido que, nessa hipótese, sua aproximação seja participada, a modo de *pré-aviso*.

[A nova redação do Código Civil de 2002 traz importante preceito acerca da extinção dos contratos por vontade de uma das partes (resilição unilateral). Essa modalidade de extinção, que é regra nos contratos por tempo indeterminado mas também pode se aplicar, conforme o caso, àqueles celebrados por tempo determinado,² é levada a efeito mediante *denúncia*. A resilição unilateral pode, todavia, acarretar prejuízo à parte destinatária da denúncia, em especial quando exercida abruptamente, o que pode configurar *abuso de direito*.³ É o que ocorre com alguma freqüência, por exemplo, em contratos de distribuição. Diante disso, a nova redação Código Civil de 2002 traz a seguinte regra geral no parágrafo único do art. 473: “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.” Solução semelhante foi adotada, ainda, para os contratos de agência e distribuição, no 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.”]

Certos contratos criam obrigações que, por sua natureza, não devem ser exigidas por longo prazo. Daí a medida legal que limita sua *duração máxima*. O contrato de trabalho, por exemplo, não pode ser estipulado para durar mais de quatro anos. Algumas legislações limitam a duração máxima do contrato de locação, e assim por diante.

Se bem que o *contrato por tempo determinado* e o *contrato por tempo indeterminado* não se subordinem a regras essencialmente diversas, as particularidades de cada qual justificam, no que tange à sua extinção, a aplicação de princípios diferentes. O interesse maior da distinção é no Direito do Trabalho, em razão da proteção que dispensa aos empregados contratados por tempo indeterminado.

93. Prorrogação do contrato. Um *contrato por tempo determinado*, cuja duração não esteja condicionada ao *esgotamento* das prestações que constituem objeto de suas obrigações, pode ser prorrogado pela vontade das partes e, excepcionalmente, por força de determinação legal.

A *prorrogação voluntária* cumpre-se através de manifestação expressa ou tácita da vontade das partes.

Por dois modos opera-se a *prorrogação expressa*: ou as partes a prevêm no próprio contrato, ou realiza-na mediante *aditamento*. Na *prorrogação prevista* no próprio contrato, pode-se estipular que vigorará por igual prazo, caso interesse a um dos contratantes, ou caso nenhum deles se oponha, com certa antecedência, a que seja reconduzido. Nesta última hipótese, o silêncio das partes não deve ser interpretado como *prorrogação tácita*, visto que, desde a formação do contrato, a haviam estipulado, expressamente.

Se a *prorrogação* não está prevista em cláusula contratual, nada impede que os contratantes, mediante simples aditamento, estipulem que continua a vigorar por prazo igual, inferior ou superior ao acordado originalmente.

Há *prorrogação tácita* sempre que resulte das circunstâncias ou, mais precisamente, quando as partes continuam a exercer seus direitos e a cumprir suas obrigações contratuais como se não houvesse sobrevindo o termo final do contrato. Presume-se, neste caso, que o prorrogaram.

Casos há, posto excepcionais, em que a lei, para proteger determinada classe de contratante, como se tem verificado em relação aos inquilinos de prédios residenciais, ordena, como providência de ordem legal, a *prorrogação* de todos os contratos em curso. Supõem alguns que não ocorre, propriamente, a *prorrogação* do contrato, uma vez que a relação jurídica subsiste contra a vontade de um dos contratantes. Com efeito, toda *prorrogação* contratual há de resultar de acordo de vontades, expresso ou tácito. A sobrevivência de cláusulas contratuais em virtude de imposição legal tem, contudo, efeitos equivalentes aos da *prorrogação voluntária*.

A mais importante questão no exame da *continuidade* de um *contrato por tempo determinado* consiste em saber se o contrato persiste ou se outro lhe sucede.

Para resolvê-la, separam-se duas hipóteses: 1ª) se as partes conservam as cláusulas, limitando-se a dilatar o prazo de vigência da relação jurídica, numa palavra, a *prorrogá-lo*, não haverá formação de novo contrato. É o mesmo contrato que continua, sujeito, ou não, a novo *termo*; 2ª) se introduzem, entretanto, novas cláusulas, modificando o conteúdo do contrato originário, inclusive a relativa à duração, *renovando-o*, por conseguinte, terão estipulado outro contrato. Distin-guir-se-ia, desse modo, a *prorrogação* da *renovação*. Ocorrendo *prorrogação*, um só e mesmo contrato dilatado no tempo. Verificando-se *renovação*, seqüência de contratos estipulados pelas mesmas partes. *Prorrogação* estende a duração do contrato; *renovação* dá lugar a contrato novo, ainda tendo conteúdo idêntico ao do precedente.⁴

Para significar com maior clareza a idéia da *continuidade* do *contrato por tempo determinado* fala-se em *recondução*, isto é, retomada do contrato. Quando as partes querem, pois, que o contrato ultrapasse seu termo final, reconduzem-no, retomam-no, expressa ou tacitamente, prolongando a duração de suas cláusulas.

Os efeitos da *recondução* diferem conforme resultem de declaração de vontade expressa ou tácita. Cumpre, pois, apreciá-los separada e sucessivamente.

94. Recondução expressa. Sempre que o contrato se prolonga mediante expresso acordo de vontade, passa a vigorar pelo prazo estipulado, seja igual ao do precedente, inferior, ou superior. É como se as partes houvessem celebrado novo contrato com o mesmo conteúdo. Com a *recondução expressa*, não ocorre a conversão do contrato por tempo determinado em contrato por tempo indeterminado, como se dá na *recondução tácita*. A razão é simples. Na *recondução expressa*, há acordo de vontades, anterior à extinção do contrato, para que continue a vigorar por certo tempo. Os efeitos dessa procrastinação são previstos pelas próprias partes, e a intenção que manifestam é a de que o contrato continue por tempo determinado. Assim sendo, não se justifica a intervenção da lei para estatuir que, após a expiração do prazo estipulado, o contrato passe a vigorar por tempo indeterminado.

Sofre a regra, entretanto, exceções, ditadas por motivos de política legislativa. No campo de Direito do Trabalho, a tendência é para eliminar qualquer distinção entre recondução expressa e tácita no que tange aos efeitos. Uma e outra convertem o contrato por tempo determinado em contrato por tempo indeterminado: a primeira, se houver mais de uma prorrogação; a segunda, tão logo se verifique. O propósito de evitar a seqüência de contratos por tempo determinado é de tal ordem que entre nós se considera por tempo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato por tempo determinado, quando, à evidência, não se pode cogitar, na hipótese, de recondução.

95. Recondução tácita. A *recondução tácita* é a protelação do contrato presumida pela lei, em vista do comportamento dos contratantes. Vencido o prazo estipulado, as partes continuam a executar o contrato, como se ainda estivesse em vigor. A natural suposição é que o prorrogaram. Mas, como não houve manifestação expressa de vontade, inclusive quanto a novo período de duração, entende-se que quiseram prorrogá-lo sem determinação de prazo. Determina a lei que um dos efeitos da *recondução* tácita consiste em converter o contrato por tempo determinado em contrato por tempo indeterminado. Em conseqüência, o contrato reconduzido tacitamente pode ser extinto, a todo tempo, por denúncia de qualquer das partes. Outro efeito da *recondução tácita* é extinguir as garantias dadas no contrato reconduzido. Todas as outras cláusulas, todavia, perduram. Enfim, subsiste o contrato, sobrevivendo a seu termo final. A rigor, portanto, não se verifica a extinção do contrato que fora estipulado por tempo determinado, em que pese a opinião dos que sustentam tratar-se de novo contrato correspondente a uma situação provisória.⁵

A *recondução tácita* pode ser evitada pela inserção de uma cláusula contratual que a exclua.

¹ A rescisão por justa causa é prevista somente quando a denúncia pura e simples é subordinada ao cumprimento de particulares ônus ou produz obrigações a cargo do denunciante. Mirabelli, *Dei Contratti in Generale*, p. 225.

² [Vide, *infra*, o Cap. 16].

³ [Art. 187 do Código Civil].

⁴ Messineo, *Dottrina Generale del Contratto*, p. 416.

⁵ Vide De Page, *Traité Pratique de Droit Civil Belge*, t. 4.

Capítulo 10

CONTRATO PRELIMINAR

Sumário: 96. Justificação doutrinal. 97. Natureza. 98. Modalidades de précontrato. 99. Pressupostos e requisitos. 100. Eficácia. 101. Extinção.

96. Justificação doutrinal. Sob a denominação de *contrato preliminar*, *pré-contrato*, *promessa de contrato*, *compromisso* ou *contrato preparatório*, delinea-se interessante categoria jurídica, de crescente importância prática.

Trata-se de figuras distintas do respectivo *contrato definitivo*, havendo, entretanto, quem conteste a independência dos dois. Sob a influência do Direito francês, segundo o qual a promessa de venda – que é *contrato preliminar* no entendimento geral – vale venda quando haja consentimento das duas partes sobre a coisa e o preço, muitos autores negam a autonomia do *pré-contrato*. Pensam outros que, se consiste em criar a *obrigação* de celebrar o *contrato definitivo*, é *supérfluo*, porque, se alguém prometeu obrigar-se em dia certo, obrigado estará nesse dia, como se nele houvesse contraído a obrigação. Exigir que novamente se obrigue é admitir, como diziam certos canonistas, um *circuitus inutilis*.

Prevalece, no entanto, a doutrina da substantividade própria, do *pré-contrato*, até na França, onde se admite, como contrato preliminar, a *promessa unilateral de venda* e se reconhece que a promessa bilateral produz efeitos jurídicos distintos dos que se originam da compra e venda.¹

Predomina, assim, a doutrina de que o *contrato preliminar* não se confunde com o *contrato definitivo*.

Sem tomar partido, por ora, na controvérsia, pode-se, de logo, conceituá-lo nesses termos: convenção pela qual as partes criam em favor de uma delas, ou de cada qual, a faculdade de exigir a imediata eficácia de contrato que projetaram.²

97. Natureza. Duas teorias principais explicam a natureza do *pré-contrato*.

Para a primeira, é o *contrato* que tem por fim obrigar as partes a celebrar outro contrato. Para a segunda, o contrato de execução subordinado à vontade de um ou dos dois contratantes, para que outro produza seus normais efeitos.

Na primeira construção jurídica, *pré-contrato* é um *pactum de contrahendo*. Seu conteúdo consiste fundamentalmente numa *obrigação de contratar*. Quem estipula *contrato preliminar* obriga-se a emitir a necessária declaração de vontade e a praticar os indispensáveis atos de conclusão de outro contrato que projetou realizar. Esta teoria é a mais divulgada,³ mas, a despeito do favor de que desfruta, tem sido objeto de críticas, que precisam ser registradas.

A primeira objeção é que converte o *contrato preliminar* numa entidade *supérflua*, pois sua estipulação não passa de desnecessário rodeio.

A segunda diz respeito ao interesse prático na realização do *pré-contrato*. Se tem como finalidade impor às partes a obrigação de celebrar novo contrato, seu conteúdo consistiria numa *obrigação de fazer*. Ora, consoante o entendimento dominante, a eficácia das obrigações dessa espécie subordina-se à regra *nemo praecise cogi potest ad factum*. O devedor de prestação de fato não pode ser compelido a cumprir especificamente o prometido. Sua recusa converterá a obrigação de fazer, pois, em obrigação de indenizar. Assim sendo, o *pré-contrato* perde todo interesse prático, porque não realiza sua função específica. O contrato futuro, cuja conclusão se procura garantir mediante o *pactum de contrahendo*, somente se concluirá se uma das partes o quiser, eis que é livre para descumprir em se sujeitando ao pagamento de perdas e danos.

A objeção arrima-se em exagerada e inaceitável interpretação da regra *nemo praecise cogi potest ad factum*, pois se admite a *execução coativa* da obrigação de fazer sempre que não importe *violência física* ou *perda de liberdade*. O ato do promitente pode ser suprido por sentença judicial. É verdade que essa possibilidade, no pré-contrato, significa seu cumprimento, o que leva a reconhecer que a dependência é do chamado contrato definitivo. O vínculo contratual não poderia ser criado pela sentença judicial, porquanto há de resultar, por definição, da vontade das partes.

Por outro lado, a formação compulsória de um contrato seria conceitualmente absurda. Subverter-se-ia a noção de *contrato*, como nota Alguer, ao se admitir que pudesse ser exigido em razão de obrigação preexistente.⁴ Passaria a ser *ato devido*.

Numerosa é, todavia, a corrente favorável à constituição de uma *obrigação de aceitar* em virtude do pré-contrato.⁵

[A questão foi superada após o advento da nova redação do Código Civil de 2002,⁶ tendo em vista que o art. 464 permite ao juiz suprir a declaração da parte que deixa de executar o contrato preliminar sem cláusula de arrependimento].

A segunda teoria vê no *pré-contrato* o acordo de vontades que subordina a conclusão do *contrato definitivo à condição meramente potestativa*. Dependeria este da condição *si volet*, concluindo-se somente se as partes o quiserem. A subordinação a essa condição torna-se mais visível no pré-contrato unilateral.

Para os que acolhem a orientação romana, a teoria deve ser rejeitada liminarmente. A condição *si volueris* é *defesa*, tornando nulo o contrato que a estipula, porque encerra uma contradição interna, eis que se quer submeter e, ao mesmo tempo, não se submeter, criar uma obrigação e, ao mesmo tempo, não criá-la.⁷

Mas a rejeição de plano seria leviana para os autores, como Dernburg, que contestam a tese da inadmissibilidade da condição *si volueris*.⁸ Ensina Windscheid, porém, que a condição é a agregação ao conteúdo de uma declaração de vontade de que o *querido* se deverá produzir quando se apresente determinada circunstância, e assim, na obrigação que depende do querer do obrigado, não há condicionamento do querido.⁹ Na prática, entretanto, a eficácia da condição meramente potestativa é admitida como explicação única de certas situações jurídicas, como as que se configuram na *venda a contento* e na *opção*. O pré-contrato, entendido como promessa de contrato, também pode ser válido a despeito da condição *si volueris*.

Desenvolve-se, finalmente, a tendência a considerar o pré-contrato um negócio jurídico pelo qual as partes estipulam a faculdade de exigir a eficácia imediata de outro contrato já delineado em seus elementos fundamentais. Entende-se desnecessária nova declaração de vontade, pois, ao celebrarem o pré-contrato, tudo o que é necessário ao estabelecimento do vínculo contratual definitivo já foi estipulado. Basta, portanto, providenciar sua execução. Enfim, contrato definitivo está contido no contrato preliminar. Se, por qualquer circunstância, o vínculo se desata, esgota-se a relação jurídica preliminar; caso contrário, produz seu efeito específico. Mostra-se, assim, a inutilidade do circuito exigido pelos partidários da *teoria da obrigação de fazer*, e que não há novo contrato sujeito à condição meramente potestativa. De acordo com essa concepção, o pré-contrato não obriga a nova oferta, a nova aceitação, nem a novo consentimento contratual.¹⁰ A desnecessidade de novo contrato revela-se, praticamente, no exame dos requisitos necessários à eficácia do pré-contrato atinentes à capacidade das partes, ao objeto, ao consentimento e à forma.

Por si só, a força vinculante do contrato preliminar, tanto maior naqueles em que a promessa é irrevogável, justifica a intervenção judicial na constituição definitiva da relação. O juiz não se substitui à parte na conclusão do contrato; determina, apenas, a execução específica do pré-contrato. A noção de contrato repele evidentemente suprimimento judicial, para sua formação.

98. Modalidades de pré-contrato. A promessa de contrato pode ser *unilateral* ou *bilateral*.

Na *promessa unilateral*, a faculdade de exigir o cumprimento reserva-se exclusivamente a uma das partes. A outra contrai obrigação cujo adimplemento fica subordinado à vontade da que pode exigi-lo. A promessa unilateral de contrato chama-se, impropriamente, *opção*.

A circunstância de criar obrigação *ex uno latere* não lhe tira a natureza contratual, por evidente que só se torna perfeita pelo acordo de vontades.

A *opção de compra*, a *venda a contento*¹¹ e a *promessa de doação* configuram *promessa unilateral*.

O mecanismo é simples: enquanto não sobrevém o termo final, prefixado pelas partes ou marcado pelo juiz, a faculdade de exigir o cumprimento da promessa pode ser livremente exercida. A promessa pode ser irrevogável,

transmitindo-se a obrigação *causa mortis*.

Na *promessa bilateral* cada parte pode exigir da outra a execução do contrato que projetaram.

A espécie mais comum de pré-contrato bilateral é a *promessa de venda*, que pode conter a cláusula de arrependimento ou ser irrevogável, criando, nesta última hipótese, entre nós, *direito real*.^{12 e 13}

A promessa de contrato, tanto unilateral como bilateral, pode subordinar-se à *condição* ou *termo*, sendo essencial um intervalo entre estipulação e eficácia. Se o prazo não é determinado pelas partes, fixa-o o juiz. O cumprimento *incontinenti* desfiguraria a promessa.

Pode a promessa ser *onerosa* ou *gratuita*. Nada impede que se estipule como contraprestação o pagamento de um prêmio.

99. Pressupostos e requisitos. A validade do *pré-contrato* requer observância [dos requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado, exceto no que diz respeito à forma¹⁴].

O pressuposto de *capacidade* é atendido quando o promitente é capaz de estipular o contrato definitivo, eis que se obriga a cumprir o prometido. Admitindo-se que gera apenas a obrigação de contratar, a capacidade exigida não será a necessária no momento da conclusão do contrato definitivo, mas, se este se considera simples execução da promessa, as partes devem ser capazes como se estivessem a estipulá-lo. Assim, uma vez que a venda de bem imóvel por homem casado só é válida com outorga uxória, a *promessa de venda* não pode prescindir dela. Não pode receber promessa de venda quem é proibido de adquirir de quem prometeu vender. A concubina de homem casado não pode aceitar promessa de doação.

Quanto ao *objeto* devem ser observados, do mesmo modo, os requisitos para a validade do contrato projetado. Na promessa de venda, *v.g.*, é necessário que as partes se acordem na coisa e no preço. A nulidade da *venda*, por ter objeto ilícito ou imoral, torna ineficaz o pré-contrato.

Quanto à *forma*, [havia controvérsia antes da promulgação da nova redação do Código Civil de 2002]. Para alguns, [deveria] ser autônoma em relação à do contrato definitivo. A utilidade prática do pré-contrato residiria, precisamente, nessa liberdade de forma. [Entendiam] outros, todavia, que [a forma do contrato preliminar deveria] ser a do contrato definitivo, se esta [fosse] solene, pois, do contrato, se iria contra a finalidade das normas que impõem a forma. [Preponderou na nova redação do Código Civil de 2002 a primeira corrente,¹⁵ que a validade e a eficácia do contrato preliminar¹⁶ não dependem de observância da forma prescrita para o contrato definitivo.

Por fim, exige-se que o contrato preliminar seja levado ao registro competente,¹⁷ providência necessária para que o negócio produza efeitos *perante terceiros*. A ausência de registro não obsta, contudo, a eficácia *inter partes* do contrato preliminar].

100. Eficácia. O conteúdo da *promessa de contrato*, segundo os prosélitos da *teoria da obrigação de fazer*, reduz-se à obrigação de estipular o contrato definitivo. O efeito principal desse negócio jurídico seria tornar obrigatória a celebração de outro contrato. Para os que rejeitam essa concepção, “a promessa de contrato origina, por si mesma, uma vinculação jurídica, que vive com plena substantividade, enquanto não se exija seu cumprimento ou não se extinga a relação por alguma causa”.¹⁸ Têm, pois, as partes, na promessa bilateral, e uma delas na promessa unilateral, a faculdade de exigir que se torne eficaz. Do seu exercício depende o nascimento dos efeitos do chamado contrato definitivo. A parte vinculada deve cumpri-la, sob pena de ser coagida a executá-la, em certos casos, e, em outros, a responder por perdas e danos.

Ao exercer a faculdade que se reservou, o pré-contratante quer a eficácia do contrato preliminar. Exige-se apenas que seja exercida *tempore utile*, porquanto [o requisito da capacidade foi apurado] na celebração do pré-contrato. Enquanto latente, o chamado *contrato definitivo* vive em estado potencial, só se tornando eficaz no momento em que o pré-contratante exige o cumprimento da obrigação. Desde então – *ex nunc* –, o contrato projetado deverá ser cumprido. Atinge-se, segundo De Castro y Bravo, o segundo momento da complexa relação contratual, iniciada com o contrato preliminar.

[Na ausência de cláusula de arrependimento, qualquer das partes pode exigir que a outra cumpra o contrato preliminar, celebrando o negócio definitivo. Para tanto, deverá assinar prazo à contraparte, que será aquele previsto no contrato ou, na ausência deste, prazo razoável estabelecido por quem demandar o cumprimento.¹⁹ Na hipótese de contrato preliminar unilateral, poderá o devedor estipular prazo para que o credor manifeste interesse na execução²⁰].

Se há recusa de cumprimento, duas soluções podem ser adotadas, conforme o caso. Ou o inadimplente é compelido a executar o contrato especificamente, determinando o juiz que o efeito do pré-contrato se produza, como no caso da promessa irrevogável de compra e venda, ou é condenado ao pagamento da competente indenização dos danos oriundos de sua recusa. Esta solução é inevitável nas promessas que têm como conteúdo um contrato *intuitu personae*. A sentença constitutiva mediante a qual se procede à execução coativa em forma específica é a solução que melhor condiz com a natureza do pré-contrato deduzida pela teoria que nele integra o contrato projetado, chamado *definitivo*.

[Estas soluções encontram-se previstas nos arts. 464 e 465 do Código Civil. Se a natureza da obrigação assumida assim o permitir, poderá a parte pleitear judicialmente a execução específica do contrato preliminar. Neste caso, o juiz proferirá sentença substitutiva da declaração da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar.²¹ Entretanto, na hipótese de obrigações cuja natureza não possibilite esta solução (como as personalíssimas), ou caso a parte inocente não tenha interesse na execução específica, poderá optar por considerar resolvido o contrato preliminar e pleitear indenização por perdas e danos.²²]

101. Extinção. Para os que admitem a autonomia do contrato definitivo, a *promessa* extingue-se ao ser cumprida. Assentado, porém, que se trata de relação contratual complexa, que começa com o pré-contrato, o cumprimento do prometido não é mais do que um de seus efeitos. Assim sendo, o pré-contrato só se extinguirá se houver novação.

A *resolução* do contrato preliminar pode dar-se por inadimplemento do promitente na hipótese especial de que, podendo o outro contratante exigir a execução em forma específica, prefira o ressarcimento do dano.²³

Extingue-se o pré-contrato quando a faculdade de exigir o cumprimento do prometido não é exercida no prazo.²⁴ O pré-contrato pode dissolver-se, enfim, mediante distrato.

A extinção ocorre por vontade comum, igualmente, se no pré-contrato foram estipuladas *arras penitenciais*, dado que, conquanto seja unilateral o arrependimento, as partes, de comum acordo, o admitiram.

Sendo a promessa das que comportam execução coativa sob forma específica, extingue-se no momento em que o juiz determina, em sentença, sua execução. Assim, se o promitente-vendedor se recusar a passar a escritura necessária à formalização do contrato de compra e venda, a autoridade judiciária, a requerimento do promitente-comprador, ordena ao oficial do registro que transcreva o imóvel em nome deste. A esse meio de execução denomina-se *adjudicação compulsória*, e se rege por disposições processuais específicas²⁵ (v. art. 2º da Lei nº 6.014, de 27.12.73, e Lei nº 6.766, de 19.12.79). Quando um loteamento é regularizado pela autoridade municipal, que substitui o loteador, o adquirente pode obter o registro de propriedade do lote prometido à venda, independentemente de escritura, bastando que comprove a existência do compromisso e o pagamento de todas as prestações do preço. Dispensa-se, neste caso, também a ação de adjudicação compulsória.

Figura interessante de *contrato preliminar*, introduzida recentemente em nosso direito, é o *pré-contrato* do contrato de compromisso de venda pelo qual um loteador ou alguém propenso a vender um imóvel por via de *promessa* se obriga a concluir este contrato. No caso de se recusar a celebrá-lo, procede-se ao registro de *contrato preliminar* ou pré-contrato, ou melhor, a relação contratual se estabelece compulsoriamente conforme o modelo do chamado *contrato padrão*, exigido em lei para a aprovação de loteamento.²⁶

¹ Planiol, *Traité Élémentaire de Droit Civil Français*, t. II, p. 521; Colin e Capitant, *Cours Élémentaire de Droit Civil*, t. III; Planiol, Ripert e Esmein, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, t. VI, p. 190.

² Federico de Castro, *La Promessa de Contrato*, p. 42.

³ Na Alemanha, Brinz e Regelsberger; na Itália, Messineo; na Espanha, C. de Diego e Castan Tobeñas. Entre nós, todos os escritores que têm versado a matéria.

⁴ Enneccerus declara que não se pode duvidar da validade do pré-contrato se concorrem os requisitos do contrato e está suficientemente determinado o conteúdo do contrato principal que se há de concluir (*Tratado de Derecho Civil*, t. I, vol. 2º, p. 165).

⁵ Windscheid, *Pandette*, t. I, p. 234.

⁶ [Art. 464 do Código Civil].

⁷ Enneccerus, Oertmann, Lehmann, Von Tuhr.

- ⁸ Cons. Federico de Castro, ob. cit., p. 26.
- ⁹ Federico de Castro, ob. cit., p. 45.
- ¹⁰ Federico de Castro, ob. cit., p. 45.
- ¹¹ Messineo, *Dottrina Generale del Contratto*.
- ¹² Orlando Gomes, *Direitos Reais*, Cap. 31.
- ¹³ [Art. 1.417 do Código Civil].
- ¹⁴ [Art. 462 do Código Civil].
- ¹⁵ [Art. 462 do Código Civil].
- ¹⁶ [Em sentido contrário, o] Cód. Italiano dispõe: o contrato preliminar é nulo se não for estipulado na forma prescrita pela lei para o contrato definitivo (art. 1.351).
- ¹⁷ [Art. 463, parágrafo único, do Código Civil].
- ¹⁸ Federico de Castro, ob. cit., p. 48.19.
- ¹⁹ [Art. 463 do Código Civil].
- ²⁰ [Art. 466 do Código Civil].
- ²¹ [Art. 464 do Código Civil].
- ²² [Art. 465 do Código Civil].
- ²³ [Art. 465 do Código Civil].
- ²⁴ [Cf., no que diz respeito ao contrato preliminar unilateral, o art. 466 do Código Civil].
- ²⁵ [Art. 1.418 do Código Civil, arts. 466-A a 466-C do Código de Processo Civil].
- ²⁶ Lei nº 6.766, arts. 27 e 18, VI.

Capítulo 11

CONTRATOS DERIVADOS

Sumário: 102. Noção. 103. Distinção entre contrato derivado e contrato cedido. 104. Função do contrato derivado. 105. Pressupostos. 106. Quando pode ser estipulado. 107. Efeitos. 108. Contrato derivado especial.

102. Noção. Sob a denominação mais conhecida de *subcontrato*, há contratos derivados de outros, dos quais se conservam dependentes,¹ em princípio. Verifica-se a subcontratação quando um dos contratantes transfere a terceiro, sem se desvincular, a utilidade correspondente à sua posição contratual. Tal relação jurídica pressupõe a coexistência de dois contratos: o *básico* e o *derivado*. A circunstância de ser o subcontrato concluído por uma das partes do *contrato básico* não determina a extinção deste, nem altera o vínculo que gerou.

O *subcontrato* há de ter, total ou parcialmente, o conteúdo do contrato básico. Em relação ao terceiro, o subcontratante ocupa a posição que a outra parte do *contrato básico* tem nesta relação jurídica. Os direitos adquiridos pelo terceiro descendem dos direitos do subcontratante. Não podem ultrapassá-los, na extensão e duração. Trata-se, enfim, de mecanismo facilmente compreensível, quando observado na sua espécie mais comum: a *sublocação*. O *contrato de locação* é o *contrato básico*: o *locatário* transfere a terceiro os direitos que, nessa qualidade, lhe assistem, operando a *sublocação*, enquanto o *contrato de locação perdura*, sem se alterar. Os direitos do *sublocatário* têm a mesma extensão, e duração dos direitos do *locatário*, que, entretanto, continua vinculado ao *locador*. Coexistem, pois, os dois contratos: o *básico* e o *derivado*.

A formação dos *contratos derivados* é permitida em determinadas circunstâncias. Não há razão para proibi-la, porque desse modo se enseja a terceiro exercer direito de natureza pessoal sem intervenção do outro contratante, deixando intacto o contrato que o gerou.

103. Distinção entre contrato derivado e contrato cedido. O *subcontrato* asse-melha-se ao *contrato cedido*, mas é figura distinta. Na prática, a diferenciação se apresenta tão cheia de dificuldades que alguns escritores confundem *derivação* e *cessão do contrato*.² A doutrina moderna insiste, porém, na distinção técnica. Na impossibilidade de fazê-la com o auxílio de critério que ressalte com segurança os traços característicos das duas figuras, procura-se realizá-la através da busca da intenção das partes. Não basta o *nomen juris* empregado para designar a operação, até porque os seus autores ignoram, as mais das vezes, o sentido técnico exato de uma e da outra.³ Necessário aplicar as regras de interpretação dos contratos, especialmente a que ordena atenda o intérprete mais à intenção das partes do que ao sentido literal da linguagem. Assim, o problema teórico da distinção técnica entre *cessão de contrato* e *contrato derivado* transforma-se em *quaestio facti*, estranhando-se que o jurista peça à prática critério distintivo que ele próprio se acha em dificuldade de proporcionar.⁴

Apontam-se, não obstante, alguns caracteres diferenciais.

Há de ter-se em conta, primeiramente, que a *cessão* não implica formação de novo contrato, mas substituição de um contratante por outro, enquanto o *subcontrato* é outro contrato que uma das partes do contrato principal estipula com terceiro. Em consequência, a *cessão* implica substituição da posição contratual, enquanto, no *subcontrato*, permanece o vínculo, não obstante a transferência. Na *cessão* é indispensável o consentimento do contratante cedido até mesmo quando não há exoneração de responsabilidade do *cedente*, enquanto no *contrato derivado* a aquiescência da parte que fica estranha à nova relação não se faz necessária em princípio, posto possa ser exigida por motivos de política legislativa.

A diferença entre as duas figuras percebe-se bem nos *efeitos* que produzem. Enquanto o *cessionário* se investe nos mesmos direitos do *cedente*, assumindo-lhe a posição contratual, o *subcontratante* adquire direito novo, embora de conteúdo igual, ou menor, do direito do subcontratante. Na *cessão*, o vínculo contratual criado pelos contratantes originais modifica-se *subjetivamente*, visto que desaparece a figura do *cedente*, enquanto no *subcontrato* subsiste, criando-se outro vínculo com terceiro. Em suma, desde que se possa qualificar a operação, identificando-a ou como *cessão de contrato* ou como *contrato derivado*, não há dificuldade na determinação das respectivas conseqüências.

104. Função do contrato derivado. A possibilidade de subcontratar implica que uma pessoa estranha à relação contratual venha a se investir nos direitos de uma das partes contratantes, por ato desta. Sem sair do contrato, o subcontratante transfere a outrem a vantagem patrimonial que obtivera ao contratar. A transferência pode dar-se mediante autorização do outro contratante, ou sem esta. Em qualquer hipótese, representa, para o interessado na sua realização, uma superioridade, pois, em muitos casos, assegura a conservação do contrato, e, em outros, vantagens patrimoniais. Assim é, por exemplo, que o locatário pode, em princípio, lucrar com a sublocação, total ou parcial.

A *função prática do subcontrato* é ser o recurso técnico que proporciona o gozo, por terceiro, das utilidades de um contrato, mediante a realização de novo contrato do qual não participa o outro contratante, e por forma que não acarreta a extinção do contrato de que deriva.⁵ Quando se trata de *subempreitada* para a realização de grandes obras que requerem alta tecnologia e fornecimento de serviços, materiais e obras prontas, o contrato derivado desempenha importante *função econômica*.

105. Pressupostos. A *derivação* de um contrato no seu modelo clássico requer a existência de três pessoas unitariamente consideradas como centros de interesses: dois contratantes originários, que são as partes do contrato básico, e um contratante derivado. Uma das *partes do contrato principal* figura também como *parte no subcontrato*, embora assuma, nesse novo contrato, posição diversa. Os três são figuras obrigatórias.

Necessária, por outro lado, a realização de outro contrato, à base do originário, mas distinto dele. O novo contrato estipulado por um dos contratantes originários somente se enquadra na categoria do *subcontrato* se tiver o conteúdo do *contrato básico*, o que não significa que deva reproduzi-lo totalmente. Direitos e obrigações do *contrato principal* podem ser modificados *quantitativamente*, mas devem conservar a *qualidade congênita*. O subcontratante transmite, não raro, apenas alguns direitos, reservando outros para si, embora nada obste a que transfira todos. Importa que o objeto do *subcontrato* seja o do *contrato básico*, ainda que reduzido na extensão ou na duração.

106. Quando pode ser estipulado. A celebração do *contrato derivado* não se subordina, em tese, à autorização da outra parte do *contrato principal ou básico*. O princípio impõe-se como corolário lógico de sua armadura técnica. Uma vez que o *contrato principal subsiste*, permanecendo com o *subcontratante* a responsabilidade de sua execução, ao outro contratante originário é indiferente em princípio à celebração do contrato derivado. Todavia, tal princípio não se aplica no rigor de sua lógica. Justifica-se, em alguns casos, o interesse de um dos contratantes de que o outro não subcontrate sem sua permissão.

Vem-se admitindo, em certas hipóteses, sua *ação direta* contra o terceiro, como sucede na *sublocação*.

Se, por lei ou convenção, houver proibição de subcontratar, a infração constitui justa causa para rescisão do contrato principal. Outras vezes, a atitude do outro contratante influi na responsabilidade da parte que subcontrata. Pode, com efeito, consentir, omitir-se, ou proibir o *subcontrato*. Maior será a responsabilidade se viola a proibição. Em certos casos, como na *procuração*, a proibição de substabelecer pode ser desatendida. Em qualquer hipótese, porém, tenha havido consentimento, expresso ou tácito, ou desconhecimento, a parte que estipula com terceiro o *subcontrato* não se libera do vínculo contratual originário.

O subcontrato não cabe em todas as espécies contratuais, mas unicamente nas que admitem a transferência de suas utilidades a terceiro. Jamais é admitido nos que se celebram *intuitu personae* e nos de *execução instantânea*.

As duas figuras mais comuns de *subcontrato* são: a *sublocação* e a *subempreitada*. Na *sublocação*, o locatário transfere a terceiro o uso do bem alugado, ou de parte deste. É o mais usual dos *subcontratos*. Por sua importância, tem sido objeto de regulamentação pormenorizada. Na *subempreitada*, o empreiteiro contrata com terceiro a execução da obra a que se obrigou. Apresenta-se às vezes sob a forma de *marchandage*, como expediente para livrar o dono da obra de responsabilidade para com aqueles que a executam, hipótese na qual faculta a lei a estes a *ação direta* contra aquele.

Outros contratos comportam derivação, tais como o *comodato*, o *depósito* [(sendo o subdepósito permitido somente mediante autorização expressa do depositante⁶)], o *transporte* e o *mandato*.

Admitem-na, ainda, certos contratos translativos de *direitos reais limitados*, como o de *enfiteuse*. [A nova redação do Código Civil de 2002 proibiu a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, vedando, ainda, a celebração de subenfiteuses nas enfiteuses já existentes⁷].

107. Efeitos. A conclusão de um *subcontrato* determina o nascimento de um direito novo, igual ao adquirido pelo contratante originário que subcontrata. Origina-se de um outro contrato e, posto não seja autônomo, tem existência distinta. Dirige-se contra outra pessoa que não a parte com a qual fora originariamente celebrado. A obrigação correlata incumbe àquele que, no contrato principal, exerce o direito contra o outro contratante. A parte que estipula *subcontrato* constitui sobre seu direito, que é de natureza pessoal, direito do mesmo conteúdo, de modo que os dois coexistem sem se anularem. O direito principal fica intacto, conquanto limitado no seu exercício por ato de vontade do seu titular, à semelhança do que ocorre na formação de um direito real na coisa alheia. Não se verifica, em suma, a substituição do titular na mesma relação jurídica.

Assentado, outrossim, que o *subcontrato* constitui novo vínculo contratual, distinto do *contrato principal*, nenhuma dúvida se pode ter de que o subcontratado, não vinculado originariamente, é *terceiro* em relação à outra parte. Tal situação se torna mais clara por exemplificação: designem-se pelas letras A e B as partes do contrato principal; o contratante B subcontrata com C; duas relações contratuais passam a coexistir: a relação A-B e a B-C; a parte B figura em ambas, o contratante A é estranho à relação B-C, e o contratante C, à relação A-B; assim, o contratante C é *terceiro* em relação ao contratante A. Aplicando-se ao esquema o princípio da relatividade dos contratos,⁸ segundo o qual eles são *res inter alios acta*, A não pode agir *diretamente* contra C, nem este contra aquele. Todavia, o princípio sofre exceção no particular, dado que a lei tem admitido *ação direta* do contratante principal contra o *subcontratado* que lhe é estranho, não permitindo, contudo, a deste contra aquele, no caso de sublocação. Autoriza-se alguém a exigir que sejam cumpridas obrigações oriundas de um contrato do qual não é parte. São razões de ordem prática que determinam a aceitação legal dessa conseqüência. Repercute, porém, de tal modo sobre a natureza do subcontrato, que impõe sua reconstrução dogmática, pois, em que pese a opinião de certos autores, a possibilidade de *ação direta*, veementemente contestada por outros,⁹ faz perder a condição de *terceiro* ao subcontratante que não está em relação direta com o contratante inicial. Pode-se pensar numa evolução do *subcontrato* para o *contrato cedido* sem exoneração de responsabilidade.

Mais interessante ainda é a permissão para que o subcontratado aja diretamente contra o contratante principal estranho. No Direito pátrio, é dada na *marchandage*. Aos empregados assegura-se o direito de reclamação contra o empregador principal pelo inadimplemento das obrigações oriundas do contrato de trabalho por parte do subempregado, ficando ressalvada àquele ação regressiva contra este.

Se bem que dispersiva, é forte a tendência para estabelecer vinculação entre as partes do contrato principal e do contrato derivado.

108. Contrato derivado especial. Alguns autores inserem na teoria do subcontrato um *contrato derivado* que as grandes empresas estão utilizando para o fornecimento de produtos e a prestação de serviços através de pequenas empresas, conhecido na França pelo nome de *sous-traitance*, e, na Itália, por *sub-fornitura*.

Três teorias tentam explicá-lo:¹⁰ 1) a *teoria da superposição*, 2) a *teoria da derivação*, e 3) a *teoria da estipulação em favor de terceiro*. A primeira tende a diluir a relação subcontratual nas figuras típicas da intermediação (*representação*, *autorização*, *mandato tácito*), ou em modo de formação progressiva de contrato. Para alguns dos seus corifeus, o contrato derivado seria uma cessão ou *reprodução* de contrato originário. Segundo a *teoria da derivação*, o contrato derivado é um caso de *sucessão constitutiva*, de filiação de direito subjetivo, como na sublocação. Conforme a terceira teoria, o subcontratante (*intermediário*) seria o estipulante, e o contratante principal, o terceiro. Para Guido Alpa, o contrato especial de *subempreitada* é um contrato paralelo ao contrato principal, funcionalmente coligados.¹¹ Se a operação econômica é autônoma, o contrato há de também sê-lo, não havendo, assim, subcontrato propriamente dito.

O *objeto* desse contrato tanto pode ser o fornecimento de produtos ou de peças, como a execução de parte de uma obra. O contrato é concluído quase sempre por formulário impresso.

-
- ¹ Messineo, *Dottrina Generale del Contratto*, p. 427. Guido Alpa, “La Sub-fornitura”, in *Trattato di Diritto Privato*, de Rescigno, vol. 11, pp. 89 e segs.
- ² [Sobre cessão de posição contratual, *vide* o Cap. 12].
- ³ Henri de Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, t. IV, p. 726.
- ⁴ Messineo, *Dottrina Generale del Contratto*, p. 430.
- ⁵ Cf. Messineo, *ob. cit.*, p. 428.
- ⁶ [Art. 640 do Código Civil]
- ⁷ [Art. 2.038 do Código Civil].
- ⁸ *Vide, supra*, Cap. 2, n° 20.
- ⁹ Cf. Henri de Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, vol. IV, p. 745.
- ¹⁰ Guido Alpa, “La Sub-fornitura”, *cit.*, pp. 90 e segs.
- ¹¹ *Ob. cit.*, p. 93.

Capítulo 12

CIRCULAÇÃO DOS CONTRATOS

[CESSÃO DE POSIÇÃO CONTRATUAL]

Sumário: 109. A cessão de contrato [ou cessão de posição contratual]. 110. Natureza. 111. Requisitos. 112. Espécies. 113. Formas. 114. Formação. 115. Objeto. 116. Efeitos. 117. Casos.

109. A cessão de contrato [ou cessão de posição contratual]. Podem alguns contratos ser cedidos em bloco. Nessa hipótese, a posição contratual de uma das partes é assumida por terceiro. Assim, a cessão consiste, em última análise, 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. É em suma a transferência *negocial* a um terceiro do conjunto de posições contratuais.¹

Três figuras são necessárias à sua realização: o *cedente*, o *cessionário* e o *cedido*. *Cedente* é o contratante originário que transfere a terceiro sua posição contratual. *Cessionário*, quem o substitui. A *outra parte*, que permanece na relação contratual por ser figura necessária, e imprescindível seu consentimento, pode ser designada como *contratante cedido*.

A *cessão* é operação inspirada na idéia de que o contrato, sendo *valor econômico*, pode ser transferido como uma coisa. Fala-se, pois, em *circulação do contrato*.

Promove a *cessão* a total transferência na sua unidade orgânica dos direitos e obrigações da parte *cedente*. Não se confunde com a *cessão de crédito*, nem com a *cessão de débito*.² Na *cessão de contrato*, pessoa alheia à sua formação entra na relação contratual para substituir uma das partes primitivas.

A vantagem que oferece é a *economia* que, com seu emprego, se faz, evitando-se a multiplicação de contratos. Num só ato realiza-se operação que exigiria vários.

110. Natureza. A substituição de um dos contratantes por terceiro na *cessão do contrato* é explicada através de duas construções dogmáticas antagônicas, *atomística* uma e *unitária* a outra.³

A *construção atomística* decompõe a posição contratual da parte nos seus elementos ativos e passivos, admitindo que os direitos e obrigações correspondentes a esses elementos devem ser considerados singularmente. Assim, para que se verifique a cessão do contrato, é necessária a justaposição de transferência de todos os elementos. Resultaria, em suma, de negócios distintos que se somam: *cessão de créditos* para os elementos ativos; *assunção de dívidas* ou *delegação* para os elementos passivos. A rigor, essa teoria nega, porém, o fenômeno da circulação do contrato.

A *construção unitária* explica, ao contrário disso, que não há necessidade dessa acumulação de declarações de vontade. A posição contratual é encarada em bloco sob o fundamento de que os respectivos direitos e obrigações constituem unidade orgânica. Basta, por conseguinte, uma só declaração de vontade para que a substituição da parte se opere, deslocando-se para terceiro o centro de interesses. O contrato é cedido, em síntese, por *negócio* único, no qual o consentimento dos interessados se dirige para a transmissão de todos os elementos ativos e passivos, de todos os créditos e débitos. Não se verifica, com efeito, a transferência conjunta de elementos isolados, mas, sim, a transmissão global de todos os que definem uma posição contratual. É o contrato que circula, passando de um contratante a terceiro. É a relação contratual que se modifica subjetivamente, saindo um contratante para que outrem

lhe tome o lugar. Esse sentido unitário da *cessão* como veículo da circulação do contrato exprime-se, na linguagem corrente, pelo expressivo termo *traspasse*, que, entre nós, se usa na cessão da promessa irrevogável de venda.

O *negócio de cessão* é, assim, ato único e simples.

111. Requisitos. Dois requisitos se exigem para a *cessão*: 1º) que o contrato seja sinalagmático; 2º) que as prestações não tenham sido satisfeitas, no todo, pelos contratantes. Não há cessão de contrato unilateral, nem de contrato já executado por uma das partes. Admite-se, todavia, nos contratos de trato sucessivo em que tenham sido cumpridas algumas prestações.

É intuitiva a razão por que somente nos contratos sinalagmáticos pode haver cessão. Nos *contratos unilaterais*, cada sujeito situa-se em posição exclusiva. Um é *credor*, o outro *devedor*. Haverá, portanto, *cessão de crédito* ou *cessão de débito*. É da essência da *cessão de contrato* que a transferência tenha como objeto um complexo de elementos ativos e passivos, isto é, um conjunto de créditos e dívidas de cada parte. Incompatível, pois, nos contratos unilaterais.

Não se configura igualmente *cessão do contrato* se já cumpridas completamente as obrigações de um dos contratantes. É que o outro fica na posição exclusiva de *devedor*, uma vez que seu crédito se acha esgotado, assemelhando-se a situação à de um contrato unilateral, e, pela mesma razão, assumirá qualquer transferência a natureza de uma *cessão de crédito* ou de *débito*.

Pode haver, em síntese, *cessão de contrato* quando este, originando prestações recíprocas, ainda não foi executado ou tem a sua execução em curso.

112. Espécies. A *cessão de contrato* apresenta-se sob várias modalidades que reclamam distinção pela diversidade de efeitos que produzem. As principais são:

- a) cessão com liberação do cedente;
- b) cessão sem liberação do cedente;
- c) cessão mediante endosso.

A primeira modalidade atende melhormente à função da cessão, e entende mais intimamente com a sua natureza. É, por dizê-lo, a forma normal. Para o *cedente*, a conveniência da operação reside na liberação. Cede porque quer sair da relação contratual. Seu objetivo é desvincular-se definitivamente. A liberação é conseqüência do próprio mecanismo do instituto, visto que não funciona sem o consentimento do contratante cedido, exigido, precisamente, para que concorde com a substituição, prescindido da garantia pessoal que o cedente representa. Se continua vinculado, apesar de ter sido substituído na relação contratual, a transferência não se dá completamente.

Há casos, porém, nos quais o outro contratante não admite a liberação do cedente. Por segurança ou cautela, só aquiesce na *cessão* se o cedente continuar responsável pelas obrigações que pretende transferir ao cessionário. A cessão realiza-se, em suma, sem liberação do cedente. Admitida a sobrevivência da responsabilidade do *cedente*, há que entendê-la em caráter *subsidiário*, pois, se assim não fora, o instituto se desnaturaria. Não havendo liberação, o *contratante cedido* poderá agir contra o *cedente*, mas, tão-só, se o *cessionário* não cumprir as obrigações que assumiu ao tomar-lhe o lugar.

A cessão sem liberação do cedente tem caráter excepcional, só se verificando se expressamente estipulada.

A terceira modalidade de cessão de contrato efetua-se mediante endosso, sendo possível apenas nos negócios jurídicos consubstanciados em documento circulável, que giram por simples transferência, como os títulos de crédito.

113. Formas. Sob o ponto de vista do modo por que se realiza, a *cessão de contrato* pode ser *própria* ou *imprópria*.

A *forma própria* é a contratual. Verifica-se com a intervenção das três figuras indispensáveis: o *cedente*, o *cessionário* e o *cedido*. Todos manifestam vontade: o cedente, de transferir seus direitos e obrigações; o *cessionário*, de assumir a posição do cedente, de entrar na relação contratual para exercer os direitos e cumprir as obrigações que competiam à parte que vai substituir. O *cedido*, assentindo na substituição. O concurso dessas três vontades é tão necessário que alguns vêem na cessão novo contrato. Dúvida se não pode ter, porém, de que a *forma contratual* é a própria, entendido o qualificativo em sentido amplo.

A *forma imprópria* não origina a *cessão propriamente dita*, mas figura jurídica que se lhe equipara em todos os efeitos. É aquela em que a substituição de um dos contratantes se dá por determinação da *lei*. Não intervém, nesse

caso, a vontade dos contratantes. O cedente sai do nexu contratual independentemente da concordância do outro contratante originário, o qual não pode recusar a substituição. O caso típico é o de *sucessão de empresa*. Determina a lei que a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afeta os contratos de trabalho dos respectivos empregados. Assim sendo, ao vendê-la, o proprietário cede os direitos e obrigações emergentes da posição de empregador, que transfere ao adquirente e *cessionário*, ocorrendo a *cessão legal* de vários contratos de trabalho, independentemente do consentimento dos empregados.

Trata-se, evidentemente, de *forma imprópria* de cessão, que lhe altera a estrutura e o regime. [Quanto à sub-rogação do adquirente de estabelecimento empresarial nos contratos estipulados para a exploração dele, *vide* o art. 1.148 do Código Civil de 2002].

114. Formação. 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 efetua-la. Mas essa manifestação de vontade não precisa ser *simultânea*. O consentimento do *contratante cedido* pode ser dado *previamente*, ou *posteriormente*. A *adesão prévia* é hoje admitida, apesar da oposição de parte da doutrina. Nenhuma razão decisiva obsta a que se estipule no contrato que um dos contratantes pode tras-passá-lo a quem quer que venha a indicar. Esse consentimento por antecipação facilita o uso de certos negócios jurídicos. Uma vez dado à parte que quer ceder o contrato, não precisa obter novamente o consentimento do outro contratante, bastando dar-lhe ciência da cessão. Nesse caso, processa-se a *formação progressiva* do negócio de cessão.

Outras vezes, é preciso que todos se entendam, manifestando a vontade, *simultaneamente*, no mesmo instrumento. Nenhuma dificuldade se o consentimento de cada qual é expressamente dado.

Por último, a adesão do contratante cedido pode ocorrer posteriormente ao acordo entre o *cedente* e o *cessionário*. Visto que tal adesão é imprescindível à formação do *negócio de cessão*, este só se torna perfeito e acabado quando declarada. Se, pois, cedente e cessionário tomam a iniciativa da cessão sem consulta ao outro contratante, a aquiescência deste passa a ser uma *conditio juris* do negócio. Recusado, terá sido mera tentativa juridicamente irrelevante. Aceito, será esse o momento de sua perfeição. A rigor, não se cumpre, nessa hipótese, a formação sucessiva do negócio de cessão, pois o acordo anterior do cedente e do cessionário carece de valor autônomo.

O que verdadeiramente importa na determinação do modo por que se forma o negócio de cessão é a vontade do contratante cedido como um de seus elementos constitutivos, embora sejam independentes as três declarações de vontade.

115. Objeto. Tendo em vista que a cessão somente se admite nos contratos bilaterais ainda não executados, limitado é o campo de sua aplicação. Estão excluídos obviamente os *contratos instantâneos* de execução imediata. A cessão é viável apenas nos contratos de *duração* e nos de *execução diferida*. Nestes, o intervalo entre o momento da celebração e o da execução permite que, durante certo tempo, os seus efeitos permaneçam suspensos, aguardando as partes o momento de exercerem os direitos e cumprirem as obrigações que originam. É a oportunidade da *cessão*, por via da qual terceiro entra na relação contratual em estado latente para integrá-la como se fora o contratante originário. Nesse caso não há começo de execução, pois as prestações não foram esgotadas pelos contratantes primitivos. Nos contratos de *duração*, o ingresso do cessionário na relação contratual pode ocorrer quando algumas prestações já foram satisfeitas, mas não todas, pois, do contrário, seria inoperante. O cessionário continuará a cumprir as prestações que faltam, assumindo a posição contratual do cedente.

Os contratos *intuitu personae* obviamente não podem ser objeto de cessão pela parte que os personaliza.

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*.

116. Efeitos. A *cessão de contrato* produz três ordens de efeitos:

- 1^a) entre *cedente* e *cessionário*;
- 2^a) entre *cedente* e *contratante cedido*;
- 3^a) entre *cessionário* e *contratante cedido*.

Entre *cedente* e *cessionário*, o efeito fundamental é a substituição de um pelo outro. O *cessionário* toma a *posição* contratual do *cedente*, investindo-se na condição de *parte* do contrato. A totalidade dos direitos e

obrigações do *cedente* na relação contratual lhe é transmitida, mas, embora desapareça a figura do *cedente*, por efeito da substituição, não se entende que sua situação seja a de que nunca existira. Ainda quando haja completa *liberação*, a participação anterior é levada em conta para certos fins. Cedendo o contrato, é responsável por sua *validade*. Diz-se que há de oferecer essa *garantia*, independentemente de convenção. Do mesmo modo, será responsável se não tiver capacidade para dispor do contrato. Obrigado não fica, porém, pela execução do contrato por parte do contratante cedido.

Entre o *cedente* e o *contratante cedido* o efeito do negócio varia conforme a qualidade da *cessão*. Se estipulada *com liberação*, o *cedente* sai da relação contratual, isentando-se de toda responsabilidade. Estará exonerado do cumprimento das obrigações contraídas e não mais poderá exercer os direitos oriundos do contrato. Se estipulada sem liberação, será subsidiariamente responsável pelo cumprimento das obrigações. A saída do *cedente* acarreta a extinção das garantias pessoais ou reais que houver oferecido, somente perdurando se consentir expressamente que sejam mantidas.

Entre o *cessionário* e o *contratante cedido* o efeito básico é a entrada daquele na relação contratual, em substituição ao cedente. O conjunto de direitos e obrigações deste lhe é transferido, de sorte que passa a ser a outra parte contratante. Pode agir como se fora o contratante originário, exercendo todas as sanções competentes e opondo as exceções cabíveis, como, *v. g.*, a *exceptio non adimpleti contractus*.

117. Casos. A *cessão* é mais freqüente nos contratos de *promessa de venda, compra e venda, locação e mútuo*.

Na *promessa de venda* opera-se sob a forma de *traspasse*, por modo simplificado. A *adesão prévia* do promitente-vendedor é presumida, de sorte que basta a simples assinatura do cedente e do cessionário no verso das duas vias do contrato, facilitada, em suma, sob forma semelhante ao *endosso*. O consentimento do contratante cedido que não foi dado, prévia ou simultaneamente, mas simplesmente presumido não libera o cedente. Fica ele responsável solidariamente com o cessionário.

Na *compra e venda*, a *cessão* tanto pode ser promovida pelo comprador como pelo vendedor, exigindo-se apenas que o contrato não esteja exaurido e que a transferência seja do conjunto de direitos e obrigações.

Na *locação*, a *cessão* é autorizada contanto que consinta o locador, realizando-se quando o locatário sai da relação contratual, transferindo a terceiro sua posição, e se liberando das obrigações contraídas. Nisso se distingue da *sublocação*, na qual, como determina a lei, o locatário continua responsável perante o locador pela conservação do imóvel e pagamento do aluguel.

A substituição de posição *contratual* na *locação* também se dá quando a coisa locada é alienada na vigência do contrato. O adquirente é obrigado a respeitá-lo, se consignada a cláusula da sua vigência no caso de alienação e constar do respectivo registro público. Assim, o adquirente toma o lugar do alienante. Não há *cessão própria*, no caso, mas *imprópria, num desvio que autoriza considerar a espécie como sub-rogação legal*.

No mútuo documentado em título de crédito, a *cessão* mediante *endosso* é comum.

¹ Andreoli, La Cesión del Contrato, p. 2. Mota Pinto, Cessão da Posição Contratual.

² [Figuras reguladas nos arts. 286 a 303 do Código Civil].

³ Andreoli, ob. cit., p. 29.

Capítulo 13

CONTRATOS ILÍCITOS

Sumário: 118. Contratos ilícitos. 119. Classificação dos contratos ilícitos. 120. Contrato ilegal. 121. Contrato proibido. 122. Contrato imoral. 123. Contratos usurários. 124. Contrato fraudulento. 125. Contrato sob condição ilícita.

118. Contratos ilícitos. A *liberdade de obrigar-se* tem limites. Se bem que o regime dos contratos se constitua basicamente de preceitos de caráter *supletivo*, há princípios gerais e normas imperativas que devem ser respeitados pelos que querem contratar, certo sendo que a vontade dos contratantes, conquanto autônoma, sempre encontrou limitações na lei. A *ordem jurídica* descansa em princípios gerais que dominam toda a área do direito contratual. Para se resguardar nos seus fundamentos e preservar sua política institui a *ordem pública* e os *bons costumes* como fronteiras da *liberdade de contratar* e atribuir *caráter imperativo* a preceitos cuja observância impõe irresistivelmente, negando validade e eficácia aos *negócios jurídicos* discrepantes desses princípios ou infringentes dessas normas.

Sob a denominação de *contratos ilícitos*, compreendem-se os estipulados com violação das leis *imperativas*, ou atentatórios da *ordem pública* e dos *bons costumes*. Se um contrato se conclui a despeito de legalmente proibido, é evidente que não pode produzir efeitos. A ineficácia é igualmente declarada quando, embora permitido, os efeitos que produziria são contrários à lei. A *nulidade* não é, todavia, a sanção única nesses casos. Em certos contratos contrários aos *bons costumes* e a *normas imperativas*, o legislador procede de modo diverso.

119. Classificação dos contratos ilícitos. Para distinção mais clara e precisa das diversas hipóteses de *contrato ilícito*, é preciso classificá-lo conforme a qualidade da transgressão legal.

A violação pode ser: da *ordem pública*, dos *bons costumes*, ou de *normas imperativas*. O *contrato ilícito* desdobra-se, conseqüentemente, em *contrato proibido*, *contrato imoral* e *contrato ilegal*.¹

Contrato proibido é o que atenta contra a *ordem pública*. *Imoral*, o que contraria os *bons costumes*. *Ilegal*, o que desobedece a *norma proibitiva*.

A distinção entre essas modalidades do *contrato ilícito* não é especiosa. Interessa, principalmente, sob o ponto de vista da *sanção* imposta pela lei e, de um modo geral, quanto à maneira de corrigir a transgressão, visto que nem sempre o contrato ilícito é nulo.

Além dos contratos ilícitos por atentarem diretamente contra a lei ou os princípios básicos da ordem jurídica, há outros que, embora estipulados na conformidade dos preceitos legais específicos, visam a fins proibidos pela lei. O meio é lícito; ilícito o fim. Chamam-se *contratos fraudulentos*. No fundo, a *fraude à lei* importa sua violação, que, todavia, não é frontal. Mas, para a caracterização do *contrato ilícito*, é irrelevante que a transgressão seja direta ou indireta.

120. Contrato ilegal. Reserva-se a expressão *contrato ilegal* para a modalidade de *contrato ilícito* que se caracteriza pela violação de *normas imperativas*.

A *ordem jurídica* constitui-se de numerosas *leis*, que ordenam ou proíbem, determinando o que se deve e não se deve fazer. Em *direito contratual*, as *regras imperativas* e *proibitivas* visam à segurança da relação que se pretende criar ou se destinam à proteção de uma das partes do contrato. Conforme a finalidade visada, varia a

sanção ao transgressor. Assim, a consequência da celebração de um *contrato ilegal* não é inevitavelmente sua *nulidade*. Cumpre, pois, distinguir, sob esse aspecto, os contratos ilegais.

As normas que disciplinam os *pressupostos* e *requisitos* dos contratos devem ser estritamente observadas pelas partes, sob pena de *nulidade*. Para a validade de qualquer contrato, devem as partes ter capacidade, o objeto há de ser lícito, e, se a lei prescrever determinada forma, tem de ser observada. A declaração de vontade dos contratantes, por outro lado, tem de ser emitida por forma que se possa reconhecer seu valor. Do contrário, será nulo, por violação de lei coativa.

Mas as regras que proíbem com o objetivo de proteger um dos contratantes não possuem a mesma capacidade de reação, salvo aquelas cuja ordem negativa se inspira em razões supremas de política legislativa. Corrige-se a transgressão pelo *processo da superposição*, segundo o qual o contrato não é declarado nulo, mas, tão-somente, *ineficaz* naquelas cláusulas que contrariam os preceitos imperativos. Em vez de se negar eficácia ao contrato, determina-se que a regra violada substitua, no conteúdo do contrato, a cláusula transgressora. A lei se superpõe à vontade das partes, vigorando o contrato como se não fora escrita a cláusula que a viola. Dá-se, em suma, a incorporação automática do preceito legal ao conteúdo do contrato. Nesses casos, embora ilícito, a consequência não é a nulidade. São, portanto, situações distintas, embora, em ambos os casos, haja violação de normas *coativas*. A lei dispõe de modo diverso, conforme a gravidade da infração.

Para a invalidade do *contrato ilegal* não é indispensável, entretanto, que a lei comine expressamente a pena de nulidade. Ao lado das *nulidades textuais* existem as *nulidades virtuais* ou implícitas, que se configuram, independentemente de declaração legal específica, pelo simples fato de ter sido o contrato realizado em desobediência à lei proibitiva.

Na determinação das consequências que podem advir da estipulação de um contrato ilegal, deve-se levar em conta que as *leis coativas* se dividem, sob o ponto de vista da intensidade da sanção, em *leis mais do que feitas* e *feitas*. Assim, além da nulidade do contrato, há leis que cominam outra sanção, como, por exemplo, a do pagamento de uma indenização pela parte que induziu a outra a realizar contrato ilegal, ou como a que impõe, além da nulidade, uma sanção de caráter penal. Outras vezes a lei não fulmina o contrato com a pena de nulidade, limitando-se a cominar outra pena para os transgressores.

A *ilegalidade do contrato* até aqui examinada é a que se configura em função do *conteúdo* da relação jurídica, mas pode resultar também do desvio da finalidade própria do contrato, atingindo aquele elemento que a doutrina moderna qualifica como *causa contratual*. Diz-se, então, que é *ilegal* o contrato de *causa ilícita*, isto é, o celebrado para conseguir fim inalcançável por seu intermédio e o que se destina a compor interesses que não merecem proteção legal. Ilícito também se considera o contrato típico concluído exclusivamente por um motivo ilícito comum a ambos os contraentes [, caso em que a lei o considera nulo²].

São *contratos ilegais*, dentre outros, os que têm por objeto a herança de pessoa viva, a compra de bens do pupilo pelo tutor, a doação do homem casado à concubina, o pacto comissório no penhor e na hipoteca.

121. Contrato proibido. No sistema jurídico de alguns povos, os princípios gerais do ordenamento e os interesses básicos da estrutura econômica constituem, sob a denominação ambígua de *ordem pública*, o quadro dentro do qual podem ser travadas validamente as relações jurídicas. São, por assim dizer, um limite, de ordem geral, à *doutrina privada*. Proibido é, em consequência, todo contrato que atente contra a *ordem pública*.

A dificuldade de caracterizar o *contrato proibido* reside na conceituação da *ordem pública*. Diz-se que compreende os princípios que traduzem os interesses fundamentais da sociedade relativos à sua ordem econômica e política. Todo contrato em oposição a esses princípios não pode ser válido. Embora não proibidos expressamente, tais negócios se consideram como se fossem concluídos em desobediência a uma lei imperativa. Estão, nesse caso, por exemplo, os que ferem a liberdade de trabalho, ou de comércio.

Alguns princípios de *ordem pública* acham-se declarados em preceito de cunho geral, como, por exemplo, o direito de propriedade [e a função social do contrato³]. Não raro, pois, o *contrato proibido* confunde-se com o *contrato ilegal*, porquanto consiste num *agere contra legem*, mas *algumas* vezes a conduta dos contratantes não se choca contra disposição literal da lei, opondo-se, no entanto, a seu espírito, contrariando sua finalidade social determinada pela qualidade do interesse que protege. A vontade dos particulares é impotente para contrapor-se a esses princípios gerais. Nulo é, em consequência, devido à proibição geral, o contrato que atentar contra a *ordem pública* consubstanciada nesses princípios.

122. Contrato imoral. *Contrato imoral* é o que ofende os *bons costumes*. Esta locução significa, em Direito, o conjunto de princípios que, em determinado tempo e lugar, constituem as diretrizes do comportamento social no quadro das exigências mínimas da moralidade média. Certos contratos, como, por exemplo, os destinados à exploração das casas de tolerância, repugnam os sentimentos da maioria da população, independentemente de convicções religiosas ou suscetibilidades moralizantes. A esses contratos a ordem jurídica recusa validade.

O contrato é ofensivo aos *bons costumes*, em síntese, quando tem *causa turpis*, isto é, quando o motivo que o inspira e a finalidade que colima são *imorais* em conjunto, maculando a própria relação jurídica.⁴ A *imoralidade* pode estar no *conteúdo*, nos *motivos* e nos *fins*. Se está nos *motivos*, será *imoral* somente se a outra parte conhecer e concordar com a motivação. Em relação ao *fim*, vigora a mesma regra. Mas, se imoral é o *conteúdo*, há infração, qualquer que seja a intenção, isolada ou conjunta, dos contratantes. Também se considera *imoral* quando a imoralidade se acha precisamente na conduta de um dos contratantes contra o outro.⁵

Não é possível enumerar todos os casos de ofensa aos *bons costumes*, mas podem ser classificados sob diversos pontos de vista, como lembram Ennece-rus-Nipperdey,⁶ que discriminam, como *imorais*, os *contratos*:

- 1º) que significam estímulo ou realização do que é proibido pelos *bons costumes*, como a promessa de recompensa para a prática de atos imorais;
- 2º) que visam a dificultar o que determina a moral, como a promessa de infringir um contrato;
- 3º) que obrigam à prática de um ato que deve ser livre de toda coação jurídica, como a promessa de adotar alguém;
- 4º) que menoscabam excessivamente a liberdade do indivíduo, como a proibição contratual de fixar domicílio em determinado lugar;
- 5º) que fazem depender de dinheiro ou de valor pecuniário o que, segundo os *bons costumes*, não deve ficar nessa dependência, como a promessa de se abster da prática de um crime;
- 6º) que significam exploração de uma parte pela outra, como a venda por preço extorsivo;
- 7º) que configuram *usura*, como o mútuo a juros onzenários.

Além desses contratos, muitos outros são imorais. Quaisquer que sejam, a sanção é a *nulidade*.

Alguns já se acham previstos na lei, que, expressamente, comina essa pena, mas a maioria é qualificada em sentenças judiciais, cumprindo ao juiz invalidá-los se convencido for de que ofendem os *bons costumes*. É de temer, por isso, o arbítrio judicial, pelo que vale a advertência de que o juiz não tem de decidir segundo suas opiniões particulares na ordem moral, nem segundo doutrina de uma determinada classe ou partido.

Consideram-se também imorais os contratos pelos quais se obriga alguém a praticar atos que devem ser da livre iniciativa do indivíduo, como o ingresso em ordem religiosa, a troca de cidadania, ou a preservação da condição de celibatário.

123. Contratos usurários. Dentre os *contratos imorais*, justificam exame à parte, por seu maior interesse prático, os que se compreendem na expressão *contratos usurários*.

A *usura* era concebida como exigência de juros além de taxa considerada razoável, mesmo quando a lei declarava livre sua estipulação. Embora não houvesse limitação legal, considerava-se ofensiva aos *bons costumes* sua cobrança exagerada. O *agiota* sempre foi malvisto ainda quando o Direito não o condenava. Ultrapassado o ciclo do individualismo, verificou-se a necessidade de reprimir a usura, dentre outras medidas, através da fixação legal da taxa máxima que pode ser estipulada nos empréstimos. Generalizaram-se, então, as leis proibitivas da usura. Em conseqüência, o *contrato usurário*, além de *imoral*, passou a ser *contrato ilegal*.

Concebida nesses restritos termos, a *usura* configurava-se pela extralimitação da taxa permitida para os juros.⁷ Para sua caracterização, não se exigiam outros requisitos além dessa vantagem excessiva, proibida legalmente. A possibilidade do *contrato usurário* reduzia-se ao mútuo feneratício; mas, sob a influência do direito alemão, o conceito de *usura* alargou-se. Em leis anteriores ao Código Civil, acolhera a idéia de *usura material*, que abrange os casos de exploração da necessidade, da leviandade e da inexperiência do contratante para tirar vantagens desproporcionais. O BGB unificou o conceito de *usura pecuniária* e *usura material*, estatuinto famosa regra na qual alguns viram, por equívoco, nova conceituação da *lesão*.⁸

Nessa ampla acepção, a *usura* caracteriza-se pela conjunção de requisitos *objetivos* e *subjetivos*, porque exige, de um lado, a desproporção chocante entre prestação e contraprestação, e, do outro, a exploração da necessidade, da

leviandade ou da inexperiência de um contratante pelo outro. Ampliou-se, em conseqüência, o campo dos *negócios usurários*. Deixaram de se circunscrever aos casos de *usura pecuniária*, estendendo-se a todos os *contratos onerosos*. Assim, a repressão à *usura* alcança, mais freqüentemente, a compra e venda, o mútuo e todas as operações de crédito, abrangendo a venda com reserva de domínio, a anticrese e, até, a cláusula penal.

No novo conceito de *usura*, a sanção imposta aos transgressores é a *nulidade* do contrato. Todavia, nos casos de *usura pecuniária*, como nos de empréstimo com juros superiores aos da taxa legal, o contrato não é nulo. Recorre-se à técnica da *superposição*, substituindo-se a cláusula onzenária pelo preceito legal, de modo que os juros são reduzidos à taxa permitida.⁹ Procede-se da mesma maneira em relação à cláusula penal.¹⁰

O direito pátrio acompanhou o movimento de repressão à usura *lato sensu*, ao estatuir, em lei especial,¹¹ normas severas destinadas a coibir os excessos que se praticavam. Tanto para os contratos simples como para os garantidos com hipotecas, fixou a taxa máxima dos juros. Proibiu o *anatocismo*. Estabeleceu que a cláusula penal não pode ser superior a dez por cento do valor da dívida. E, por fim, regulou o *delito de usura*, considerando, como tal, toda simulação ou prática tendente a ocultar a verdadeira taxa do juro ou a fraudar os dispositivos legais repressivos, para o fim de sujeitar o devedor a maiores prestações ou encargos, além dos estabelecidos no respectivo título ou instrumento. A sanção prevista na lei para os contratos usurários é a nulidade de pleno direito. Ao devedor fica assegurado o direito à repetição do que houver pago a mais.

124. Contrato fraudulento. Diferentemente dos contratos ilegais, proibidos ou imorais, os que se realizam em fraude à lei não são inválidos em razão do seu conteúdo. É o fim visado pelas partes que os torna ilícitos. O contrato em si é lícito; não atenta contra a lei, nem contra a ordem pública ou os bons costumes. Mas as partes o celebram para alcançar o que a lei proíbe, satisfazendo seus interesses por esse meio fraudulento. Duas concepções, uma *objetiva* e a outra *subjativa*, tentam definir a *fraude à lei*. Verifica-se para a primeira, quando o resultado que se busca através de um contrato é contrário às normas imperativas. Pela segunda, é necessário que as partes tenham o intento de alcançar esse resultado. Objetiva-se, quanto à primeira, que o contrato seria *contra legem* e não *in fraudem legi*, e, quanto à segunda, que torna possível obter-se resultado *contra legem* sempre que não se possa provar a intenção fraudulenta.¹² Tendo-se em conseqüência uma solução eclética.

Subjetivo é o elemento preponderante na caracterização do *contrato fraudulento*, uma vez que supõe o propósito malicioso. Há de resultar de *conluio fraudulento*, mas não se dispensa o elemento *objetivo*, representado pelo resultado obtido, e necessário a completar a ilicitude do fim. A despeito da importância do elemento *subjetivo*, *sustenta-se* que a *intenção* de fraudar a lei não precisa ser a razão determinante do contrato, podendo ser concorrente, em suma, com o outro elemento.¹³

O *contrato fraudulento* é *anulável*. Enquanto não for anulado produz efeitos.

Via de regra, visa a evitar ou reduzir os ônus fiscais, mas é usado também para fraudar proibições de direito privado como, por exemplo, o que escamoteia a doação de homem casado à concubina e o que inclui a cobrança de comissões para elevar a taxa de juros.

O contrato celebrado para a obtenção de fim proibido, que se quer elidir *diretamente*, pertence à categoria dos *contratos ilegais*. Fraudulento é somente aquele em que o resultado ilícito se atinge *indiretamente*.

125. Contrato sob condição ilícita. Além dos contratos *ilícitos* pelo *conteúdo* ou pela *causa*, outros o são em virtude de elemento accidental que as partes introduzem para limitar-lhes a eficácia. Esse elemento accidental é a *condição*. Estipulada uma condição ilícita, contamina todo o contrato, acarretando sua invalidade.¹⁴ O contrato será *ilícito* por ter a execução subordinada à condição proibida.

O caráter ilícito da *condição* refere-se ao *acontecimento* ou à *cláusula* que o prevê. É relativo ao evento, se previsto um ato contrário à lei, à ordem pública, aos bons costumes, e à cláusula, quando ilícita seja a consideração em que se toma o acontecimento em relação ao contrato.¹⁵

A sanção imposta aos contratos que contenham *condição ilícita* encontra sua justificação no princípio que exige, para a validade de tais negócios jurídicos, *causa lícita*. Com efeito, se as partes subordinam o regulamento de sua futura conduta a eventos ilícitos, tendem, como salienta Mirabelli,¹⁶ a satisfazer interesses objetivamente ilícitos e indignos de proteção legal, assumindo o contrato, portanto, *causa ilícita*.

¹ Cf. Messineo, *Dottrina Generale del Contratto*, p. 268.

² [Art. 166, inciso III, do Código Civil].

³ [Art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil].

⁴ Messineo, ob. cit., p. 274.

⁵ Enneccerus-Nipperdey, in *Tratado de Derecho Civil* de Enneccerus, Kipp e Wolff, t. 1º, vol. II, p. 298.

⁶ Ob. cit., p. 299.

⁷ Enneccerus-Nipperdey, ob. cit., p. 306.

⁸ Art. 138 do Código Civil alemão.

⁹ [Art. 591 do Código Civil].

¹⁰ [Art. 413 do Código Civil].

¹¹ Dec. nº 22.626, de 7 de abril de 1933.

¹² Messineo, ob. cit., p. 287.

¹³ Mirabelli, *Dei Contratti in Generale*, p. 122.

¹⁴ [Art. 123, inciso II, do Código Civil].

¹⁵ Mirabelli, ob. cit., p. 171.

¹⁶ Ob. cit., p. 172.

Capítulo 14

EFEITOS DO CONTRATO

Sumário: 126. Princípios gerais. 127. Princípio da irretratabilidade. 128. Princípio da intangibilidade. 129. Princípio da relatividade quanto às pessoas. 130. Estipulação em favor de terceiro. [131. Contrato com pessoa a designar]. 132. Princípio da relatividade quanto ao objeto.

126. Princípios gerais. O principal efeito do contrato é criar um vínculo jurídico entre as partes.

Fonte de obrigações, é tamanha a força vinculante do contrato que se traduz, enfaticamente, dizendo-se que tem força de lei entre as partes. O contrato deve ser executado tal como se suas cláusulas fossem disposições legais para os que o estipularam. Quem assume obrigação contratual tem de honrar a palavra empenhada e se conduzir pelo modo a que se comprometeu.

A primeira consequência da *força vinculante* do contrato é sua *irretratabilidade*. Uma vez perfeito e acabado, não pode ser desfeito senão por outro acordo de vontades chamado *distrato*. Comporta a regra exceções que, entretanto, não a infirmam.¹

A segunda consequência é expressa no *princípio* de que o contrato não pode ser alterado pela vontade exclusiva de um dos contratantes. Qualquer modificação em seu conteúdo há de resultar, para valer, do consentimento das duas partes. Algumas exceções, no entanto, admitem-se.

A força obrigatória dos contratos não alcança terceiros. Eles valem contra todos, no sentido de que todos devem reconhecer os efeitos entre as partes,² mas obrigam apenas os seus sujeitos. Todavia, as obrigações contratuais, salvo se personalíssimas, transmitem-se ativa e passivamente aos sucessores a título universal das partes. Tais obrigações “não podem ser invocadas por terceiros ou ser contra eles opostas, pois lhes não aproveitam nem prejudicam”.³ Consubstancia-se, nesses termos, o *princípio da relatividade dos efeitos do contrato* quanto às *pessoas*.

A eficácia do contrato também é relativa quanto ao *objeto*. Nascem dele apenas *obrigações* de *dar*, de *fazer*, ou de *não fazer*. Seus efeitos são puramente obrigacionais, ainda quando servem de *título* à transmissão de *direitos reais*. Algumas legislações admitem, entretanto, que produza *efeitos reais*.⁴

Sua *força vinculante* limita-se ao que se estipulou ser o objeto das obrigações.⁵ Desse modo, o contrato é eficaz tão-somente em relação àquilo que os contratantes quiserem e tiverem em vista.

Os efeitos do contrato se estendem às suas consequências usuais e legais, não se limitando ao que nele está expreso. Obriga, em suma, a tudo o que é consequente e decorrente do que foi estipulado.⁶ [Em síntese: o problema da *eficácia do contrato* deve ser examinado à luz dos seguintes princípios]:

- a) *princípio da irretratabilidade*;
- b) *princípio da intangibilidade*;
- c) *princípio da relatividade quanto às pessoas*;
- d) *princípio da relatividade quanto ao objeto*.

Os efeitos do contrato são *essenciais* se não podem faltar; *naturais*, se estabelecidos em *lei supletiva* ou *cláusula de estilo*; *irregulares*, quando se modifica a qualidade da prestação.

127. Princípio da irretratabilidade. A *força vinculante* do contrato revela-se em sua plenitude na *irretratabilidade*. Contraído o vínculo, nenhuma das partes pode desfazê-lo a seu arbítrio. A *vontade unilateral* é impotente, de regra, para desatá-lo ou rompê-lo, somente podendo dissolver-se por acordo de vontades, tal como nasceu. Em caráter excepcional a lei autoriza, porém, a dissolução por *vontade unilateral*, mas em circunstâncias que não atingem propriamente a regra da irretratabilidade, que significa impossibilidade de arrendimento unilateral.

A irrevogabilidade do contrato é, em síntese, corolário imediato de um dos grandes princípios do Direito Contratual: o da *força obrigatória*. É, no entanto, admitida a *revogação* mediante *contrarius consensus*, se os efeitos do contrato ainda não se produziram. A revogação por *mútuo dissenso* tem efeito retroativo. Para prevenir confusões, é preferível substituir o termo *revogação* por *distrato*.

128. Princípio da intangibilidade. Assim como não pode ser desfeito pela vontade de uma das partes, o contrato não admite modificação do seu conteúdo que não resulte de mútuo consenso. Seus efeitos são, por outras palavras, inalteráveis ao arbítrio de um dos contratantes. Nesses precisos termos formula-se o *princípio da intangibilidade* dos contratos.

A *intangibilidade* é consequência lógica da *irretratabilidade*. Se o contrato é irrevogável, há de ser, pela mesma razão, inalterável. O que se faz pelo concurso de vontades não pode ser desfeito, nem modificado, pela vontade escoteira.

Admite-se a *alteração bilateral*. Nada obsta a que os contratantes introduzam de comum acordo modificações no conteúdo do contrato. Quem pode o mais pode o menos.

Esse princípio intuitivo sofre exceção no *contrato de trabalho*. Levando em conta a inferioridade econômica do empregado e seu estado de subordinação no vínculo jurídico, presume a lei que seu consentimento a uma alteração prejudicial não é livre. Para evitar que encubra modificação unilateral, declara nula a alteração por mútuo consentimento da qual resulte direta ou indiretamente prejuízo ao empregado.

Afora esse caso excepcional, inspirada a medida em altas razões de política legislativa, vigora o princípio de que é lícita a modificação bilateral das cláusulas de todo contrato que, por sua natureza, não a repila.

A *alteração bilateral realiza-se*, indiferentemente, por vontade *expressa* das partes ou tacitamente. O comportamento de um dos contratantes, diverso do que deveria ter em razão do disposto no contrato, o modificará, se o outro não se opuser, conduzindo-se de modo a se presumir sua aceitação. Não raro a alteração, sem vontade expressa, realiza-se pela *adesão abdicativa*, mas, ordinariamente, a alteração bilateral efetua-se mediante acordo expresse de vontades. Se o contrato houver sido celebrado por escrito, introduz-se no seu *instrumento* um *aditamento*. Desnecessário substituí-lo. As cláusulas constantes do aditamento incorporam-se ao conteúdo do contrato alterado, formando com ele um todo homogêneo.

Indaga-se, não obstante, se a inserção de tais cláusulas implica celebração de novo contrato. Em princípio, não. O mesmo contrato é alterado numa ou em algumas de suas cláusulas. No entanto, pode a alteração ser tão profunda que importe extinção do contrato, como no caso de determinar *novação* da obrigação fundamental. Nessa hipótese, novo contrato surge.

A regra de que os contratos somente podem ser modificados por acordo de vontades admite exceções. Em certos casos, a *alteração unilateral* é autorizada.

A possibilidade de se alterar um contrato pela vontade exclusiva de uma das partes unicamente se compreende em circunstâncias extraordinárias, por contrariar a própria essência do negócio jurídico, que é, por definição, bilateral. Mas o princípio da imutabilidade visa a impedir que uma das partes, prevalecendo-se de circunstâncias favoráveis, imponha à outra sua vontade, alterando em proveito próprio, ou em detrimento do outro contratante, o que de comum acordo estipulara. Desse modo, se a modificação é vantajosa para a outra parte, razão não há para proibi-la. Pode-se supor, entretanto, que, nesse caso, a alteração é bilateral por ter havido consentimento presumido, eis que inadmissível se insurja alguém contra o que o favorece.

Sustenta-se que, nos contratos suscetíveis de *resilição*, o poder de alteração unilateral está implicitamente contido, pois se não há aquiescência da outra parte, a que quer modificar o contrato o dissolve por simples denúncia. Mas, como a *resilição unilateral* acarreta, em alguns casos, para o denunciante, a obrigação de pagar indenização à outra parte, entende-se que a esta assiste o *jus resistentiae*, isto é, o direito de recusar a alteração e considerar resiliado o contrato para o efeito de pleitear o recebimento da indenização. O exercício irregular do *jus variandi* por um dos contratantes autoriza o outro a resilir, com justa causa, o contrato.

A proibição de alterar unilateralmente o conteúdo do contrato não deve ser tomada em termos absolutos. Em todos os contratos encontram-se *cláusulas* secundárias cuja modificação deixa incólume a finalidade essencial de sua conclusão. Em relação a essas cláusulas desfrutam as partes do *jus variandi*.

129. Princípio da relatividade quanto às pessoas. A *força vinculante* dos contratos restringe-se às partes, mas o princípio não é absoluto.

Em primeiro lugar, o contrato pode influir em pessoas que não o estipularam, como os *sucessores a título universal*. Os créditos e obrigações passam-lhes, subsistindo o contrato, salvo se *intuitu personae*, se o direito é vitalício, ou se as próprias partes estabeleceram que a morte será causa de extinção. Os *sucessores a título universal* não são *terceiros*, mas não podem ser considerados pessoas representadas. O fato de assumirem na relação jurídica a posição da parte a que sucedem não constitui propriamente exceção ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato, mas, como não foram eles que o celebraram, em verdade submetem-se a efeitos jurídicos que não provocaram pessoalmente.

O *sucessor a título singular* permanece estranho ao contrato, salvo em situações excepcionais previstas na lei.⁷

Dado que o patrimônio do devedor é a garantia comum dos credores, entendem alguns autores que os titulares de *crédito quirografário* sofrem influência dos contratos celebrados pelo devedor. Não se positiva essa pretensão oponibilidade, porquanto, embora tenham interesse na integridade do patrimônio do devedor, não possuem, sobre ele, direito de natureza absoluta.⁸

Em todos esses casos, não há *extensão* de efeitos do contrato a outras pessoas. O *princípio da relatividade* sofre verdadeiramente *exceções* quando eles ultrapassam as partes e atingem pessoas que não celebraram o contrato.

São chamados *terceiros*. Nessa expressão, compreendem-se todas as pessoas que não participaram do contrato. Alheios à sua formação, contudo, a eles estendem-se alguns de seus efeitos. A esses o contrato aproveita, ou prejudica.

Há, para Messineo, cinco hipóteses de extensão da eficácia do contrato a *terceiros*: 1ª) *contrato em prejuízo de terceiro*; 2ª) *contrato sobre o patrimônio de terceiro*; 3ª) *contrato em favor de terceiro*; 4ª) *contrato a cargo de terceiro*; 5ª) *contrato que incide na situação de terceiro*.⁹

A classificação é prolixa. O *contrato em prejuízo de terceiro* não lhe estende os efeitos jurídicos porque não lhe *impõe* obrigações. O prejuízo que porventura sofrá será efeito reflexo, que, quando muito, poderá atingir seus interesses, mas não constituirá lesão a direito seu.¹⁰ Não há, portanto, extensão de eficácia.

Não constitui, outrossim, exceção ao princípio da relatividade o *contrato sobre o patrimônio de terceiro*. Se alguém vende coisa pertencente a outrem, não obriga o proprietário a entregá-la ao comprador, ou a que a venda, a ele vendedor, para que possa cumprir a obrigação de transmiti-la. O terceiro, no caso o proprietário da coisa, permanece estranho ao contrato de compra e venda e não suporta qualquer de seus efeitos.

Nas mesmas condições encontra-se o *contrato que incide na situação de terceiro*. A incidência é reflexa. Com sua conclusão, não se cria direito ou obrigação para quem não foi parte no contrato.

Até mesmo o *contrato a cargo de terceiro* ou *promessa de fato de terceiro* não deve ser incluído rigorosamente entre as exceções ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato quanto às pessoas. Permite a lei prometa alguém *fato de terceiro*, sendo válida, portanto, a promessa de prestação a ser executada por pessoa que não se obrigou pelo contrato, mas o terceiro, cujo fato foi prometido, somente se obriga a cumpri-lo se consentir. Recusando-se, o contrato a cargo de terceiro não tem por efeito, conseqüentemente, obrigá-lo, pois, realmente, não o vincula, possível não sendo sua execução coativa sob forma específica. Nestas condições, a força vinculante do contrato celebrado entre o promitente e o promissário não atua sobre o terceiro cuja prestação foi prometida.

A regra de que o contrato é *res inter alios acta* somente sofre inequívoca exceção na *estipulação em favor de terceiro*.

130. Estipulação em favor de terceiro. A estipulação em favor de terceiro opõe-se de frente à regra do Direito Romano segundo a qual *alteri stipulari nemo potest*. A possibilidade de estipular para outrem foi, entretanto, admitida, configurando-se em vários contratos como os de *seguro de vida*; *constituição de renda*, e *transporte de objetos para terceiros destinatários*, e exercendo, no comércio jurídico, importante função prática. Os códigos modernos disciplinam-na. Não obstante, sua natureza é ainda objeto de controvérsias, propondo-se várias teorias a explicá-la. A tendência dominante é no sentido de qualificá-la como contrato. Daí a denominação perfeita da doutrina italiana de *contrato a favor de terceiro*.

A *estipulação em favor de terceiro* é, realmente, o contrato por via do qual uma das partes se obriga a atribuir vantagem patrimonial gratuita a pessoa estranha à formação do vínculo contratual.

Três figuras são indispensáveis à sua confirmação: o *estipulante*, o *promitente* e o *beneficiário*. A vantagem patrimonial estipulada em proveito do terceiro pelo *estipulante* resulta do cumprimento de obrigação contraída pelo *promitente*. Em tal contrato as partes são apenas duas, pois o *beneficiário* é pessoa estranha ao contrato, cujos efeitos a ela, entretanto, se estendem, contrariando o *princípio da relatividade*.

A obrigação contraída pelo *promitente* pode ser exigida pelo *estipulante* ou pelo *beneficiário*, mas o direito deste a reclamar a execução do contrato que o beneficia fica sujeito às condições e normas deste, se a ele anuir, e o *estipulante* não houver reservado a faculdade de o substituir. Estipulado que o *beneficiário* pode reclamar a execução do contrato, o *estipulante* perde o direito de exonerar o *promitente*. Assim, o direito atribuído ao *terceiro* em favor de quem se estipulou a obrigação pode ser por ele exercido somente se o contrato não foi inovado com a sua substituição prevista, a qual não depende da sua anuência nem da concordância de outro contratante.

Para haver *estipulação em favor de terceiro* é necessário que do contrato resulte, para este, uma *atribuição patrimonial gratuita*. O benefício há de ser recebido sem contraprestação e representar vantagem suscetível de apreciação pecuniária. A *gratuidade* do proveito é essencial, não valendo a estipulação que imponha *contraprestação*. A estipulação não pode ser feita *contra* o terceiro. Há de ser em seu favor.

Não obstante ser o *terceiro* pessoa estranha ao contrato, necessário se torna a *aceitação* do benefício. O *direito* que se lhe atribui não entra automaticamente em seu patrimônio. Se não o quer, o efeito do contrato não se realiza. Daí não se segue, porém, que a validade do contrato dependa de sua vontade. Mas, sem dúvida, a eficácia fica nessa dependência. Manifestada a anuência do *beneficiário*, o direito considera-se adquirido desde o momento em que o contrato se tornou perfeito e acabado.

Ao contrário do que muitos supõem, o direito do terceiro beneficiário não resulta de promessa unilateral do *promitente*, pois que feita ao *estipulante*. Tem este tanto ou maior interesse em que a promessa seja cumprida, mas é um *direito autônomo*, que dispensa sua intervenção para ser exercido. O terceiro, em suma, pode agir diretamente contra o *promitente*.

A *estipulação em favor de terceiro* apresenta-se, por conseguinte, como a exceção, por excelência, ao *princípio de relatividade dos contratos quanto às pessoas*.

[131. Contrato com pessoa a designar].¹¹ [A nova redação do Código Civil de 2002 consagrou expressamente a figura do *contrato com pessoa a designar*, também chamado contrato para pessoa a nomear, ou, como preferiu o legislador, contrato com pessoa a declarar¹²]. Sua presença no campo do Direito Civil é admitida como simples aplicação do princípio da *autonomia privada*, expressão da *liberdade de contratar*.

Trata-se de contrato no qual se introduz a cláusula especial *pro amico eligendo* ou *pro amico electo*, pela qual uma das partes se reserva a faculdade de nomear quem assuma a posição de contratante.¹³ A pessoa designada toma, na relação contratual, o lugar da parte que a nomeou, tal como se ela própria houvera celebrado o contrato. O designante sai da relação sem deixar vestígios. Em suma, o contraente *in proprio* nomeia *terceiro* titular do contrato.

Há contrato para pessoa a nomear, segundo Antunes Varela, quando uma das partes se reserva a faculdade de designar outra pessoa para assumir a sua posição na relação contratual, como se o contrato tivesse sido celebrado com esta última.¹⁴ Feita a designação, não ocorrerão duas transferências sucessivas de propriedade, senão uma só, do vendedor ao *electus*, isto é, àquele em proveito de quem foi feito e é aceito, de tal sorte que o designante é tido como se jamais houvesse adquirido.¹⁵ Tal como explica Laurent, é como se ele jamais tivesse comprado o bem, e, desde que faz a indicação, o verdadeiro comprador toma o seu lugar a partir da venda. Quem fez a designação é considerado como se não fosse o comprador, tornando-se, entretanto, proprietário definitivo da coisa se não nomeia o *electus*.

O contrato para pessoa a designar não se confunde com figuras que dele são próximas, tais como o contrato celebrado por intermédio de representante ou procurador, a interposição gestória, a estipulação em favor de terceiro e o denominado contrato bipartes. Qualquer dessas figuras distingue-se do contrato para pessoa a nomear porque nenhuma explica logicamente o funcionamento da *electio amici*.¹⁶ A que mais se avizinha, a do *contrato bipartes*, segundo a qual a posição jurídica de um dos contratantes é decomposta e repartida entre dois sujeitos, um dos quais assume as obrigações e o outro os direitos, não se confunde porque os dois sujeitos são a parte contraente e a pessoa designada só assume essa posição se o contraente originário perdê-la. Na estipulação em favor de terceiro, o terceiro

não é parte, nem virá a sê-lo. Tanto na representação direta como na representação indireta, o contrato é concluído pelo representante para o representado com imediata eficácia na esfera patrimonial deste último.

Tão singular é a estrutura do contrato para pessoa a nomear e tão complexo o seu funcionamento técnico que não é possível enquadrá-lo em nenhum dos esquemas tradicionais típicos e usuais. Sem embargo disso, a construção dogmática dessa figura contratual continua a ser tentada por esse método sistemático. Benedetti arrola e critica nada menos do que quinze teorias, dentre as quais são mais interessantes as que consideram a *electio* uma condição resolutiva para o estipulante e uma condição suspensiva para o *electus*; a da condição, que, se verificando, implica a substituição do adquirente; a construção de Hellwig; a teoria de Foucalt;¹⁷ e a da alternatividade da aquisição.

O regime desses contratos compreende, dentre outras, as seguintes exigências: a designação deve ser feita por escrito; há prazo para emití-la, convencional ou legal¹⁸ e é necessária a ratificação – que tem efeito retroativo, isto é, uma vez aceita, os efeitos se produzem retroativamente.

A cláusula “para pessoa a designar” institui uma *condição* em relação à pessoa do titular do contrato, determinando, quanto a uma das partes, dois sujeitos em alternativa (Cariota Ferrara).

[A pessoa nomeada deve aceitar a indicação, mediante declaração de aceitação que se revista da mesma forma do contrato.¹⁹ A eficácia da nomeação retroage ao momento da celebração do contrato, assumindo a pessoa nomeada a respectiva posição contratual, com todos os direitos e obrigações a ela inerentes²⁰ Caso não houver a designação, se o nomeado for incapaz ou insolvente no momento da designação, ou se o indicado não aceitar a nomeação], os efeitos do contrato se consolidam no contraente *in proprio*.²¹

A esfera de aplicação do contrato é ampla, não se limitando ao de venda. Para o funcionamento regular da *electio amici* exigem-se algumas condições, dentre as quais a de que deve revestir a mesma forma [que as partes usaram para o contrato].²²

132. Princípio da relatividade quanto ao objeto. Em relação ao objeto, o efeito fundamental do contrato é criar *obrigações*. Uma vez perfeito e acabado, as *partes* ficam adstritas ao cumprimento das obrigações contraídas. A relação jurídica estabelecida é de natureza pessoal, surgindo para o contratante a pretensão de exigir do outro as prestações prometidas. As obrigações nascidas do contrato são de *dar, fazer, ou não fazer*, e, portanto, as *prestações* são de coisas ou de *atos*, mas, embora a obrigação contratual tenha como objeto a entrega de determinado bem, permanece o *efeito pessoal* do contrato consistente apenas no direito do credor a exigir do devedor que faça a entrega e, no caso de recusa, que pague perdas e danos. O contrato não produz, assim, *efeitos reais*, isto é, translativos da propriedade e dos *jura in re aliena*. No de compra e venda, por exemplo, obriga-se o vendedor a transferir o domínio de certa coisa, mas não o transmite por efeito do contrato, visto que, entre nós, a propriedade se transfere somente por um *modo de aquisição*. O contrato serve apenas de *titulus adquirendi*.²³

Não é assim em outras legislações, pois que atribuem aos contratos *efeitos obrigacionais e reais*. De acordo com essa orientação, a eficácia do contrato não se limita, por conseguinte, à criação de *obrigações*.

Os contratos de *efeitos reais* não se confundem com os *contratos reais*, assim denominados porque somente se tornam perfeitos e acabados com a entrega da coisa, enquanto aqueles são contratos consensuais, e se caracterizam pela transferência simplesmente consensual do domínio e dos outros direitos reais, bastando, pois, para operá-la, o consentimento das partes.

De referência à relatividade dos efeitos do contrato quanto ao *objeto das obrigações*, é evidente que as prestações devem ser satisfeitas conforme o estipulado e por modo que assegure aos contratantes a utilidade que tiveram em vista ao concluí-lo. Eis por que nos contratos onerosos que provocam a transferência do domínio de certa coisa a parte que se obrigou a entregá-la deve garantir a outra contra os riscos da *evicção*, entregando-a, demais disso, sem vícios ou defeitos ocultos que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.

Direito pessoal de gozo da mesma coisa não pode ser exercido, antes de expirar, por outrem a quem seja sucessivamente atribuído pelo mesmo concedente. Se houver atribuição sucessiva, deve-se assegurá-lo ao contraente que o adquiriu em primeiro lugar.²⁴ Tal é a solução do código civil italiano, contrário ao entendimento predominante na doutrina de que a preferência é do possuidor atual.

¹ Vide Cap. 16.

- ² Planiol, Ripert e Esmein, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, t. VI, p. 450. Mirabelli, *Dei Contratti in Generale*, p. 219.
- ³ Lacerda de Almeida, *Obrigações*, p. 266.
- ⁴ Os Códigos da França, de Portugal e da Itália, dentre outros, dispõem que a propriedade se transfere por efeito imediato do contrato de compra e venda. Cons. do autor, *Direito Privado, Novos Aspectos*, Liv. Freitas Bastos.
- ⁵ Eduardo Espínola, apoiado em Pothier, *Sistema do Direito Civil Brasileiro*, vol. 2º, p. 655.
- ⁶ *Vide* Lacerda de Almeida, ob. cit., p. 266.
- ⁷ O adquirente de um bem imóvel é obrigado a respeitar o contrato de locação que contenha cláusula assecuratória desse direito em favor do inquilino; havendo sucessão de empresa, o adquirente é obrigado a manter os contratos de trabalho em curso.
- ⁸ Messineo, *Dottrina Generale del Contratto*, p. 401.
- ⁹ Messineo, ob. cit., p. 402.
- ¹⁰ Cf. Messineo, ob. cit., p. 403.
- ¹¹ [Tendo o Código Civil de 2002 disciplinado pela primeira vez o contrato com pessoa a designar (arts. 467 a 471), decidiu-se tratar da figura em item independente do Cap. 14. Para tanto, foram consolidadas as observações do autor, que na edição anterior se encontravam no item 129 do Cap. 14 e no item 140 do Cap. 15].
- ¹² [Arts. 467 a 471 do Código Civil].
- ¹³ [Art. 467 do Código Civil].
- ¹⁴ *Das Obrigações em Geral*, p. 268.
- ¹⁵ Verbete “Election d’ami”, in *Repertoire Universel et Raisonné de Jurisprudence*.
- ¹⁶ E. Enriette, *Il Contratto per Persona da Nominare*, p. 94.
- ¹⁷ Ob. cit., pp. 95/135.
- ¹⁸ [Cinco dias a partir da conclusão do contrato, de acordo com o art. 468 do Código Civil].
- ¹⁹ [Art. 468, parágrafo único, do Código Civil].
- ²⁰ [Art. 469 do Código Civil].
- ²¹ [Arts. 470 e 471 do Código Civil].
- ²² [Parágrafo único do art. 468 do Código Civil].
- ²³ Sobre a eficácia do contrato de compra e venda, cons. Corrêa Teles, *Direito Português*, t. 3, nº 258; Cunha Gonçalves, *Compra e Venda no Direito Comercial Português*, p. 162; Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis*; Darci Bessone, *Transmissão de Domínio e Promessa de Compra e Venda de Imóveis*; Clóvis Paula da Rocha, *Eficácia da Transcrição*; Orlando Gomes, *Direito Privado*. No Direito estrangeiro, Henri de Page, Ruggiero e Maroi, J. Dabin.
- ²⁴ Mirabelli esclarece a situação com o exemplo dos judeus que, temerosos da perseguição racial, deixavam a residência que haviam alugado e ao voltarem encontravam-na locada a outra pessoa; pela regra da prioridade, o gozo da coisa lhe deveria ser restituído. Ob. cit., p. 243

Sumário: 133. Generalidades. 134. Distinções preliminares. 135. Resolução. 136. Cláusula resolutive tácita. 137. Pacto comissório expresso. 138. Efeitos da resolução por inexecução voluntária. 139. Resolução por inexecução involuntária. 140. Efeitos da resolução por inexecução involuntária. 141. Resolução [e revisão] por onerosidade excessiva. 142. Resolução, anulação e nulidade relativa.

133. Generalidades. A matéria da extinção dos contratos não se acha ordenada numa teoria geral que ponha termo à confusão proveniente inicialmente da terminologia usada na legislação e na doutrina, e, em seguida, das divergências e vacilações nos conceitos, classificações e distinções necessárias. Para compreendê-la na sua complexidade é preciso, portanto, proceder à sua sistematização.

O vocábulo *extinção* deve reservar-se para todos os casos nos quais o contrato deixa de existir. Cabe, de logo, uma distinção. Os contratos realizam-se para a consecução de certo fim. Devem, portanto, ser executados, em todas as cláusulas, pelas partes contratantes. Cumpridas as obrigações, o contrato está executado, seu conteúdo esgotado, seu fim alcançado. Dá-se, pois, a *extinção*. Poder-se-ia dizer, em expressiva comparação, que se finda por morte natural. A *execução* é, essencialmente, o *modo normal* de extinção dos contratos. Pode ser *instantânea*, *diferida*, ou *continuada*. Nesta última hipótese os efeitos do contrato prolongam-se, repetindo-se as prestações, sendo comum a aposição de termo para limitar a sua duração. Diz-se, então, que o contrato é por *tempo determinado*, no qual o advento do *termo final* lhe acarreta a extinção, também por execução. Há, por conseguinte, duas maneiras de *extinção normal do contrato*: a *execução instantânea*, imediata ou diferida, e a *execução continuada* ou *periódica* até a expiração do prazo estipulado, ou pela vontade de uma das partes se o contrato é por tempo indeterminado.¹

A *extinção normal* do contrato, por execução, não suscita qualquer problema em relação à forma e aos efeitos. Executado o contrato, estão extintas, por via de consequência, as obrigações e direitos que originou.

Muitas vezes, porém, o contrato extingue-se antes de ter alcançado seu fim. Acaba sem que as obrigações tenham sido cumpridas. A extinção, que não ocorre pelo modo normal, obedece a várias causas, influentes, decisivamente, em sua *forma* e *efeitos*. Daí a necessidade de distingui-las e classificá-las.

Cumpre, em primeiro lugar, separar as *causas anteriores* ou *contemporâneas* à formação do contrato das *causas supervenientes*. As primeiras determinam a extinção do contrato por *anulação*. Se a causa extintiva for, entretanto, *posterior*, *dissolução* temos.

A extinção dos contratos em razão de *causas supervenientes* à sua formação verifica-se pelos seguintes modos:

- a) *resolução*;
- b) *resilição*;
- c) *rescisão*.²

A *resolução* cabe nos casos de *inexecução*. Classifica-se esta em *falta de cumprimento* ou inadimplemento *stricto sensu*, *mora*, e *cumprimento defeituoso*. A *inexecução* pode ser *imputável* ou *inimputável ao devedor*.³

Cada espécie processa-se por forma própria, e diferentes são os efeitos que produzem. Necessário, assim, conceituá-las precisamente para afastar qualquer confusão, mas antes se impõem distinções indispensáveis à fixação segura, clara e exata das diversas figuras.

134. Distinções preliminares. Importa distinguir as causas de *extinção do contrato* das causas de *extinção das obrigações*, e, também, a *extinção da suspensão* do contrato.

As obrigações oriundas do contrato extinguem-se por modos próprios. A extinção de obrigações contratuais pode determinar, ou não, a do contrato. Via de regra, a provoca, mas pode suceder que algumas se extingam sem que o contrato deixe de existir, porque outras subsistem. O contrato extingue-se por via de consequência quando a extinção das obrigações, por um dos seus modos peculiares, coincide com uma causa específica de sua dissolução. Por sua vez, as obrigações extinguem-se por via de consequência quando o contrato de que derivam se extingue pela ocorrência de causa própria que as atinge indiretamente. O *inadimplemento* da obrigação principal constitui a vicissitude mais comum da *relação obrigacional*, devendo-se entender como tal a não-realização da prestação liberatória, sem que o direito do credor se tenha satisfeito por outra via ou cumprido o dever de prestar a cargo do obrigado.⁴

Os efeitos de um contrato podem ser paralisados durante algum tempo. Verifica-se, nesse caso, a *suspensão*. Consiste, em última análise, na interrupção de sua eficácia.

A *suspensão* pode ser *total* ou *parcial*. No primeiro caso, todas as obrigações nascidas do contrato deixam de ser cumpridas temporariamente. Algumas vezes, porém, a lei dispõe que, não obstante a inexecução de uma das partes, a outra deve cumprir as obrigações que contraiu, como acontece no contrato de trabalho, nos casos em que o empregador continua obrigado a pagar salário a empregado impossibilitado de trabalhar. Nessas hipóteses, há *suspensão parcial* de efeito do contrato, mas, como outros continuam a se produzir, seria mais apropriado falar-se em *execução incompleta*.

A causa mais comum de *suspensão* do contrato é a *força maior*, quando não determina a impossibilidade definitiva de *execução*. Verifica-se, também, quando uma das partes invoca a *exceptio non adimpleti contractus*. Finalmente, por mútuo consenso.

135. Resolução. Situações supervenientes impedem muitas vezes que o contrato seja executado. Sua extinção mediante *resolução* tem como causa, pois, a inexecução por um dos contratantes, [denominando-se, entre nós, *rescisão*, quando promovida pela parte prejudicada com o inadimplemento que pode ser voluntária⁵ ou advinda de impossibilidade superveniente,⁶ e também pode ter como causa a excessiva onerosidade superveniente⁷]. Resolução é, portanto, um remédio concedido à parte para romper o vínculo contratual mediante ação judicial.

A inexecução pode ser *culposa*, ou não. Se o devedor não cumpre as obrigações contraídas, pode o credor exigir a execução do contrato, compelindo-o a cumpri-las, ou exigir que lhe pague perdas e danos, além da resolução do contrato.⁸ Entendem alguns que, se a inexecução é convertida em *dever de indenizar*, não há propriamente *resolução*, porque o pagamento da indenização é uma das formas de execução do contrato, mas, em verdade, a condenação do devedor ao ressarcimento dos prejuízos é uma sanção que se lhe aplica exatamente porque deixou de executar o contrato, não se podendo dizer, a rigor, que o credor quer que seja executado por esse modo. Há, portanto, resolução, a que se acrescenta a obrigação de indenizar, se reunidos forem seus pressupostos.

Nos *contratos bilaterais* a interdependência das obrigações justifica a sua *resolução* quando uma das partes se torna inadimplente. Na sua execução, cada contratante tem a faculdade de pedir a resolução, se o outro não cumpre as obrigações contraídas. Esta faculdade resulta de estipulação ou de presunção legal. Quando as partes acordam-na, diz-se que estipulam o *pacto comissório expresso*. Na ausência de estipulação, tal pacto é presumido pela lei, que subentende a existência da *cláusula resolutiva*. Neste caso, diz-se que é *implícita* ou *tácita*.

Conforme seja *expressa* ou *tácita*, a cláusula resolutiva opera diferentemente. De grande interesse, por conseguinte, o conhecimento do seu mecanismo, tanto quando é *convencional* como *legal*.

Nos *contratos plurilaterais*, o inadimplemento de uma das partes não implica *resolução* a respeito dos outros, a menos que a obrigação que não foi cumprida seja essencial.

A *resolução* do contrato de sociedade sujeita-se a regras especiais.⁹ Não há resolução em *contratos aleatórios*.

A *resolução* dos contratos não se dá somente em razão do *pacto comissório*. Além da inexecução culposa, o contrato pode ser resolvido em consequência de *inexecução* involuntária, e, ainda, em algumas legislações, por dificuldade de execução em razão de *onerosidade excessiva* sobrevinda a uma das prestações.

Modalidade especial da *resolução* é a *redibição*, aplicável a certos contratos onerosos, notadamente o de compra e venda. A dissolução do contrato pela redibição tem como causa a inexecução parcial em forma específica, isto é, no cumprimento da obrigação de dar sem que a coisa tenha as qualidades próprias, devido à existência de *vícios redibitórios*.

A resolução por inadimplemento é própria dos contratos sinalagmáticos; só se justifica quando o não-cumprimento tem importância considerável.

É constitutiva a *sentença* que pronuncia a *resolução*.

136. Cláusula resolutiva tácita. Por disposição legal, há, em todo contrato bilateral, implicitamente, uma *cláusula resolutiva*, pela qual a inexecução de uma parte autoriza a outra a pedir a *resolução*.¹⁰ O fundamento desse princípio é controvertido. Alguns extraem-no da noção de *causa*, tomando o termo no significado em que o empregam os partidários da teoria clássica. Admitindo-se que, nos contratos bilaterais, a obrigação de uma das partes é a causa da obrigação da outra, o inadimplemento acarretará resolução do contrato, porque a contra-obrigação perde sua causa. Outros fundamentam o princípio no *consentimento condicional* das partes, baseados na reciprocidade das obrigações, sem atentar em que, se as partes prevêm a inexecução, não se justifica a omissão de cláusula que estabeleça a condição resolutória. Outros, ainda, justificam o princípio pelo vínculo que, no contrato, liga as obrigações dos contratantes, socorrendo-se da noção de causa-fim, como a depreendeu Capitant, da de equivalência sugerida por Maury ou do equilíbrio entre as obrigações essenciais do contrato e realizações de seus fins práticos. Por fim, sustenta-se que a faculdade de resolução se explica pela interdependência das obrigações, próprias dos contratos bilaterais. Nenhuma dessas teorias é satisfatória porquanto, como observa Ripert, a idéia profunda que a todos inspira é a consagração legal da idéia de justiça contratual, muito vaga do ponto de vista técnico-jurídico, segundo nos parece, para explicar o princípio.

Melhor se compreende o mesmo pelo conhecimento de sua formação histórica. Na França, de onde vem, era usual a inclusão, nos contratos bilaterais, de cláusula especial em que se previa a inexecução, estatuinto-se que, em vez de pugnar pela execução do contrato, a parte podia pedir ao juiz sua resolução. Tornou-se tão comum que, embora não estipulada, era subentendida.¹¹

O *exercício* da *faculdade de resolução* não está disciplinado uniformemente nas legislações. Dois são os sistemas admitidos: o *francês* e o *alemão*.

Pelo *sistema francês*, o contrato não se resolve de pleno direito. Se uma das partes não cumpre as obrigações que lhe incumbem, a outra pode optar entre exigir o cumprimento, quando possível, ou pedir a resolução do contrato, pleiteando, concomitantemente, a indenização das perdas e danos. O que caracteriza esse sistema é que a *resolução* tem de ser pedida ao juiz, requerendo, por conseguinte, *sentença judicial*. O Código Civil francês autoriza o magistrado a conceder à parte inadimplente um prazo para que cumpra as obrigações, mas essa permissão é particularidade que não constitui elemento essencial do sistema. Substancialmente, distingue-se por exigir a intervenção judicial para a resolução do contrato. A *faculdade de resolução*, no caso da cláusula resolutiva tácita, se exerce, por conseguinte, mediante *ação judicial*. Resume-se, afinal, ao direito de provocá-la. Não é o contratante que resolve o contrato, mas o juiz, a seu pedido. Nisso, precisamente, se diferencia, no particular, a resolução decorrente da existência de cláusula resolutiva expressa daquela em que é tácita.

O *sistema alemão*, ao contrário, admite a resolução sem intervenção judicial. O contrato resolve-se de pleno direito. Se um dos contratantes não cumpre suas obrigações, pode o outro declarar resolvido o contrato, independentemente de pronunciamento judicial, funcionando a cláusula tácita como verdadeira condição.

Em favor do *sistema francês* alega-se que, sendo a condição presumida, a lei não pode resolver o contrato, mas apenas autorizar que a resolução seja pedida, visto que ela confere a faculdade de resolver apenas a título de proteção. Diz-se, ademais, que permitir a resolução pela vontade exclusiva da parte seria admitir que a fizesse pelas suas próprias mãos. Justifica-se a superioridade do sistema francês pelas seguintes vantagens: *a)* não arrebatava de logo ao devedor, talvez de boa-fé, a vantagem do contrato, pois, ao se exigir a sentença judicial, concede-se ao juiz a faculdade de outorgar um prazo se o julga conveniente; *b)* o juiz pode repelir a resolução pura e simples e atribuir ao credor lesado o direito à indenização de perdas e danos, se é inexecução parcial tão exígua que o credor tire o proveito essencial do contrato.¹² É que, nesse sistema, a resolução do contrato não é propriamente efeito da cláusula resolutiva tácita, mas resultado de uma decisão judicial provocada em ação própria na qual se aprecia o pedido para que a inexecução alegada seja certificada e suas conseqüências definidas.

Não obstante, o *sistema alemão*, seguido pela maioria dos códigos, é, por outros, considerado mais vantajoso. O mecanismo da resolução funciona de modo mais adequado, pois, independentemente de pronunciamento judicial, a parte prejudicada com a inexecução da outra, total ou parcial, pode exigir a reparação do dano ou resolver o contrato. Basta a simples declaração nesse sentido, comunicada ao outro contratante. Não se afasta inteiramente a intervenção judicial, pois o devedor inadimplente pode propor a competente ação para demonstrar que não deve

responder pela inexecução, inclusive comprovando que a outra parte não cumpriu a sua obrigação, ou lhe deu cumprimento incompleto. Quanto ao prazo que, no sistema francês, cabe ao juiz conceder para que o contrato ainda venha a ser executado, no *sistema alemão* fica ao arbítrio do credor.

É incontestável que o Direito pátrio adotou o *sistema francês*, ainda que não tenha admitido todas as suas conseqüências. Indispensável a intervenção judicial,¹³ de acordo, aliás, com a nossa tradição.¹⁴ Essa doutrina justifica-se, como observa Lafayette, porque a resolução pressupõe a prova da infração do estipulado, fato que carece de ser estabelecido em ação judicial. Entre nós, pois, a resolução pela cláusula resolutiva tácita não se dá *ipso jure*, mas, sim, por sentença judicial.

A despeito de exigir uma sentença constitutiva, o exercício da *resolução* por meio de ação judicial não é sua nota característica, porquanto ocorre também por outros modos.

137. Pacto comissório expresso. Posto se subentenda a cláusula resolutiva em todo contrato que produz obrigações recíprocas, nada impede que as partes, para reforçar o efeito da condição, a pactuem expressamente. Tal estipulação chama-se *pacto comissório expresso*.

Nesse caso, a *faculdade de resolução* cabe apenas ao contratante prejudicado com o inadimplemento, jamais ao que deixou de cumprir as obrigações.

O *fundamento do pacto comissório expresso* encontra-se no princípio da força obrigatória dos contratos.

Uma vez que é estipulada no contrato, a *faculdade de resolução* se exerce, obviamente, pela forma convencionada, mas, diferentemente do que se verifica com a cláusula resolutiva tácita, a resolução dispensa a sentença judicial. Havendo *pacto comissório expresso*, o contrato se resolve de pleno direito. Quando muito, o juiz, em caso de contestação, declara a resolução, não lhe competindo pro-nunciá-la, como procede quando a cláusula resolutiva é implícita. Porque se opera *ipso jure*, a parte em favor da qual se deu a resolução não pode preferir a execução do contrato.

A resolução somente se justifica se o devedor está em *mora*, devendo ser precedida de interpelação judicial se o cumprimento da obrigação não estiver subordinado a termo. Quando se aplica a regra *dies interpellat pro homine*, a mora do devedor – *mora solvendi* – se constitui independentemente de interpelação.

O pacto deve indicar as obrigações cujo inadimplemento determina a *resolução*, mas na prática é uma *cláusula de estilo* atinente ao efeito resolutivo do descumprimento sem especificação da infração contratual, prescindida a sua gravidade. A aceitação de cumprimento retardado, a concessão de prazo suplementar ou a tolerância com o atraso implicam *renúncia* do direito de invocar o pacto.

No Direito pátrio, a regra relativa à cláusula resolutiva distingue entre a condição expressa e a tácita, [entendendo-se que, uma vez estipulada cláusula resolutiva, é dispensável a resolução judicial¹⁵]. Entendem alguns que, em qualquer hipótese, a resolução do contrato há de ser requerida ao juiz. Todavia, há outra disposição declarando que a condição resolutiva expressa opera de pleno direito. É de se admitir que, havendo sido estipulada, seja dispensável a resolução judicial, pois, do contrário, a cláusula seria inútil.

Equivale ao pacto comissório expresso a presença de *termo* para o cumprimento da obrigação, principalmente na subespécie de *termo essencial*.

138. Efeitos da resolução por inexecução voluntária. A resolução pressupõe inadimplemento, ilicitude, culpa, dano e nexa de causalidade entre o fato e o prejuízo.

Resulte de pacto comissório expresso ou não, a *resolução* produz *efeitos*, assim entre as *partes* como em relação a *terceiros*.

O efeito específico da *resolução* é extinguir o contrato retroativamente. Opera *ex tunc*. Esse efeito corresponde à intenção presumida das partes.

Extinto o contrato pela *resolução*, apaga-se o que se executou, devendo-se proceder a restituições recíprocas, se couberem. Contudo, só é possível remontar à situação anterior à celebração do contrato se este não for de *trato sucessivo*, pois, do contrário, a resolução não tem efeito em relação ao passado; as prestações cumpridas não se restituem. O efeito da resolução entre as partes varia, pois, conforme o contrato, seja de execução única ou de duração. No primeiro caso a resolução opera *ex tunc*, no segundo, *ex nunc*. Quando a restituição consiste em reembolso, a dívida, sendo proveniente, como é, da desconstituição judicial do contrato, deve ser paga com atualização monetária, pois, do contrário, o credor sofreria injusto empobrecimento. A revalorização do crédito impõe-se, muito embora não seja de valor a respectiva dívida, não se tratando, pois, de correção monetária.¹⁶

Em relação a *terceiros* que hajam adquirido direitos *medio temporis*, isto é, entre a conclusão e a resolução do contrato, a retroação somente atinge os *direitos de crédito*. Se o terceiro houver adquirido direito de natureza real, este não se resolve por via de consequência. Nesse caso, pode o credor pedir indenização do dano que sofreu. Outra solução é, no entanto, defendida, com apoio no princípio de que ninguém pode transferir mais direito do que tem. Assim, os efeitos da resolução devem ser os mesmos em relação às partes e a terceiros.

A resolução por inexecução culposa não produz apenas o efeito de extinguir o contrato para o passado. Sujeita ainda o inadimplente ao pagamento de *perdas e danos*. A *parte* prejudicada pelo inadimplemento pode pleitear a indenização dos prejuízos sofridos, cumulativamente com a resolução. Embora algumas legislações disponham que não podem ser pedidas conjuntamente, o Direito pátrio, seguindo orientação do suíço, admite a *cumulação*. Se as partes houverem estipulado *cláusula penal* para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta se converte em alternativa a benefício do credor [, ressalvada a hipótese de indenização suplementar, admissível quando expressamente prevista no contrato¹⁷]. Estipulada, no entanto, para o caso de mora, o credor tem o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o adimplemento da obrigação principal.

As *perdas e danos* devidos abrangem o *damnum emergens* e o *lucrum cessans*.

A obrigação de indenizar regula-se, na sua liquidação, pelos princípios traçados na *Differenz theorie*, segundo as quais se calculam pela diferença de valor entre a prestação e a contraprestação que se tornou inexigível.

Se a eficácia do contrato se subordina a *termo essencial* para uma das partes no interesse da outra, a decadência do termo implica *resolução automática* do contrato, independentemente de qualquer atividade do interessado, operando com os mesmos efeitos do *pacto comissório expresso*. Se ao credor interessa, não obstante, a execução do contrato, o vínculo contratual revive com a declaração da parte a quem o termo era essencial. Estas normas também se aplicam às relações contratuais nas quais o *termo* é relativo, não ao contrato, mas à sua *execução*, isto é, no tempo da *prestação*.

139. Resolução por inexecução involuntária. A inexecução de um contrato resulta, muitas vezes, de fatos que impossibilitam o cumprimento das obrigações contraídas por uma das partes. Diz-se, então, que é *involuntária* porque o devedor, embora queira, não pode satisfazer a prestação a que se obrigou. Na *inexecução voluntária*, a causa da resolução do contrato lhe é imputável. Por isso, também se chama *inexecução culposa*, porquanto seu comportamento, intencional ou não, configura a *culpa civil*. Não cumprir obrigação contratualmente assumida é, com efeito, procedimento faltoso, quando o devedor pode, mas não quer, honrar a fé jurada. Na *inexecução involuntária*, a causa da resolução do contrato não é imputada à parte inadimplente, porque estranha à sua vontade.¹⁸

Seja qual for, porém, o motivo determinante da *inexecução*, opera-se a *resolução*, necessariamente, se a causa é alheia e superior à vontade do devedor.

140. Efeitos da resolução por inexecução involuntária. Os *efeitos* da *resolução* não podem, contudo, ser idênticos na *inexecução voluntária* e na *involuntária*. Nesta, a obrigação se extingue pela *impossibilidade* de cumprimento, acarretando consequências que variam conforme o contrato seja *unilateral* ou *bilateral*. É a lei que as determina através de um conjunto de regras sistematizadas doutrinariamente na chamada *teoria dos riscos*.¹⁹

Convém, todavia, examinar as *causas* da *inexecução involuntária* antes de deduzir os efeitos.

A *inexecução involuntária* caracteriza-se pela *impossibilidade superveniente* de ser cumprida a obrigação básica que incumbe a um dos contratantes. Essa *impossibilidade* deve provir de *caso fortuito* ou de *força maior*, que se verifica no fato necessário, cujos efeitos o devedor não podia evitar, ou impedir. Há de ser, portanto, *impossibilidade objetiva*, pois, quando diz respeito à própria pessoa do devedor ou este concorre para que a prestação se torne impossível, a inexecução não pode ser considerada *involuntária*. A impossibilidade, ademais, deve ser *total*. Em sendo *parcial*, a *resolução* do contrato não é imperativa, porque o credor pode ter interesse em que, ainda assim, o contrato seja executado. Esse interesse pode existir, principalmente, nos contratos que têm por objeto a prestação de várias coisas principais ou de uma coisa principal e de uma ou várias coisas acessórias.²⁰ A *impossibilidade* há de ser *definitiva*. Se *temporária*, como se verifica mais freqüentemente nos contratos de execução continuada, não se justifica a *resolução*, salvo se persiste por tanto tempo que o cumprimento da obrigação deixa de interessar ao credor. Normalmente, porém, a *impossibilidade temporária* acarreta apenas a *suspensão* do contrato.

Em resumo, pois, a *inexecução involuntária* determinante da *resolução do contrato* é a que decorre de *impossibilidade superveniente, objetiva, total e definitiva*.

Não se deve confundir *impossibilidade* com *dificuldade*, ainda quando esta se apresenta sob a forma de *impossibilidade econômica* por se ter tornado excessivamente onerosa a prestação, mas a doutrina moderna preconiza a equiparação da *dificultas praestationes* à impossibilidade, sempre que, para cumprir, tenha o devedor de fazer sacrifícios consideráveis.

A parte inadimplente por impossibilidade superveniente, objetiva, total e definitiva libera-se do vínculo contratual. O contrato resolve-se em virtude da causa de inexecução.

A *resolução* opera-se, nesse caso, de *pleno direito*, como na hipótese da *cláusula resolutiva expressa*. Desnecessário, portanto, requerê-la ao juiz. Cabe a intervenção judicial para compelir o contratante a restituir o que recebeu, ou mesmo, para lhe ser reconhecido o direito de recusar a contraprestação. Sustenta-se, entretanto, que ainda nesse caso a resolução deve ser judicialmente decretada.

O efeito da *resolução* por *inexecução involuntária* é *retroativo*, tal como na resolução por inexecução culposa.

São diferentes, porém, as conseqüências da *inexecução*, conforme seja *voluntária* ou *involuntária*. No primeiro caso, a parte inadimplente responde por *perdas e danos*. No segundo, não. É regra pacífica a de que o devedor não responde pelos prejuízos resultantes do caso *fortuito*, ou *força maior*. Justifica-se plenamente o princípio. Desde que não lhe é imputável a causa do inadimplemento, justo não seria obrigá-lo a pagar perdas e danos, pois esse dever é, no fundo, uma *sanção* aplicada a quem se conduz culposamente. Não obstante, permite-se que o devedor se responsabilize *expressamente* pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, como é responsável, se estiver em mora.

Mas a *resolução do contrato* pela extinção da obrigação por força maior, ou caso fortuito, tem conseqüências que não podem ser ignoradas. Se o *contrato é unilateral*, quem suporta o *risco* é o *credor – res perit creditori*. Uma vez que a prestação não pode ser satisfeita, a parte que deveria recebê-la se vê privada do proveito que esperava do contrato. A solução não apresenta, pois, maior dificuldade. Mas, se o *contrato é bilateral*, a *interdependência* das obrigações complica o problema. Determinando a impossibilidade do cumprimento das obrigações contraídas por uma das partes, a força maior exonera uma das partes do dever de executar, mas a contraprestação devida pela outra pode ser satisfeita. Indaga-se, então, se continua obrigado a cumpri-la, ou, no caso de já ter sido cumprida, se tem direito à repetição, isto é, a obter a restituição. A regra dominante é a de que a exoneração de uma parte acarreta a da outra. Extingue-se a pretensão de quem deixou de cumprir, mas fica impossibilitado de exigir a contraprestação, já que a obrigação perde a sua *causa*, rompendo-se, em verdade, o vínculo de conexão entre as obrigações. Se a prestação da outra parte já foi cumprida, a parte liberada é obrigada a restituir o que recebeu, pois, do contrário, haveria *enriquecimento sem causa*. O pagamento seria indébito, pelo que a lei autoriza a *repetição*. Resolvido, pois, o contrato, as partes voltam à situação anterior à sua celebração.

141. Resolução [e revisão] por onerosidade excessiva.²¹ Admitem algumas legislações como *causa de resolução dos contratos comutativos* de execução diferida, continuada ou periódica, a *excessiva onerosidade* que, em virtude de acontecimento extraordinário e imprevisível, sobrevenha, dificultando extremamente o cumprimento de obrigação de um dos contratantes.

Quer se explique a resolução do contrato por se considerar subentendida a cláusula *rebus sic stantibus*, quer pela *teoria da imprevisão*, ou das *bases de negócio*, a verdade é que, no Direito moderno, a alteração radical das condições econômicas, nas quais o contrato foi celebrado, tem sido considerada uma das causas que, com o concurso de outras circunstâncias, podem determinar sua resolução.

[Um dos principais avanços do Código Civil de 2002 em matéria contratual encontra-se nos arts. 478 a 480. Referimo-nos à *excessiva onerosidade superveniente*, causa não somente de *resolução*, mas também de *revisão* dos contratos. Trata-se, como dito no Cap. 2, de aplicação do princípio do equilíbrio econômico do contrato. Ao disciplinar a excessiva onerosidade superveniente, o legislador procurou dar resposta ao problema da *alteração das circunstâncias*, que não havia sido objeto de tratamento específico no Código Civil de 1916. Para tanto, optou pela solução da lei italiana, o que fica nítido ao se comparar os referidos dispositivos àqueles contidos nos arts. 1.467 e 1.468 do Código Civil italiano].

A *onerosidade excessiva* da prestação é apenas obstáculo ao cumprimento da obrigação. Não se trata, portanto, de inexecução por *impossibilidade*, mas de *extrema dificuldade*. Contudo, não se pode dizer que é voluntária a inexecução por motivo de excessiva onerosidade. Mas, precisamente porque não há impossibilidade, a resolução se realiza por motivo diverso.

Para a resolução de contrato é preciso, em primeiro lugar, que seja excessiva a diferença de valor do objeto da prestação entre o momento de sua perfeição e o da execução. A *onerosidade* há de ser *objetivamente* excessiva, isto é, a prestação não deve ser excessivamente onerosa apenas em relação ao devedor, mas a toda e qualquer pessoa que se encontrasse em sua posição.

[A lei acrescenta, em terceiro lugar, que à excessiva onerosidade da prestação seja correlata a “*extrema vantagem*” da outra parte. O requisito tem sido muito criticado, mas é compreensível na medida em que o fundamento da revisão e resolução por onerosidade excessiva é justamente o desequilíbrio entre as prestações, isto é, a perda de reciprocidade entre elas. E este desequilíbrio é sem dúvida mais evidente quando há, de um lado, onerosidade excessiva, e, de outro, vantagem extrema. Contudo, a apuração da extrema vantagem da parte credora da prestação tornada excessivamente onerosa não deve ser realizada com muita rigidez, sob pena de inviabilizar a aplicação da figura em análise].

Não basta, porém, que a prestação se tenha agravado exageradamente. Preciso é [, por derradeiro,] que a onerosidade tenha sido determinada por *acontecimentos extraordinários e imprevisíveis*. Se o contratante concorrer por negligência para que se agrave excessivamente a prestação, o contrato não pode ser resolvido por essa causa. O acontecimento, por sua vez, deve ser anormal. Há [, ainda,] de ser *imprevisível* [o acontecimento]. Tão importante é esse requisito que a solução do problema se encontra na *teoria da imprevisão*.

Necessário que as partes, no momento em que celebram o contrato, não possam prever alteração decorrente do evento extraordinário.²²

Requer-se o concurso de *extraordinariedade* e da *imprevisibilidade*. Não basta que o acontecimento seja extraordinário, porque, se suscetível de previsão, descabe [resolução]. Não basta que seja imprevisível, porque, sendo normal, pouco importa que as partes não o tenham previsto. Enfim, se a *onerosidade excessiva* decorre de acontecimento extraordinário e imprevisível, que dificulte extremamente o cumprimento da obrigação, o devedor, que se sacrificaria com a execução, tem a faculdade de promover [resolução] do contrato.

[Importante notar que fatos *genericamente previsíveis* podem ser imprevisíveis, *quando tomados em sua especificidade e concretude*. Em outras palavras, fatos genericamente previsíveis (como guerras ou mesmo a inflação) podem provocar *efeitos concretos imprevisíveis*. É o que basta para preencher o requisito da imprevisibilidade, como afirma o enunciado nº 175, aprovado na III Jornada de Direito Civil: “*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 conseqüências que ele produz.*”

Verificados, portanto, os quatro requisitos exigidos pela lei (presença de um contrato de execução diferida, continuada ou periódica; excessiva onerosidade da prestação de uma parte; extrema vantagem da outra parte; e acontecimentos supervenientes extraordinários e imprevisíveis), pode o devedor demandar a resolução do contrato.²³ O credor, a seu turno, tem a faculdade de realizar *oferta de modificação eqüitativa* do acordo, evitando a resolução.²⁴ Haverá, nesse caso, revisão ou reajuste do contrato.

Consoante a dicção do art. 480, na hipótese de as obrigações caberem a apenas uma das partes (contrato unilateral), pode o devedor demandar a redução de sua prestação ou a alteração do modo de executá-la, a fim de eliminar a excessiva onerosidade.

Uma leitura mais apressada dos artigos em exame poderia levar a concluir que a ação de revisão contratual somente é admitida em se tratando de contratos unilaterais. Isso porque o art. 478, ao contrário do art. 480, não refere expressamente essa possibilidade. Ao contrário, o art. 479 parece atribuir ao réu (o credor da prestação tornada excessivamente onerosa) a exclusividade da iniciativa de promover a alteração eqüitativa do contrato, restando ao devedor somente a ação de resolução.

Este, contudo, não é o entendimento mais adequado. Inicialmente, o art. 478 do Código Civil deve ser interpretado à luz do *princípio da conservação dos negócios jurídicos*, pelo qual se deve procurar conservar o máximo possível do negócio jurídico realizado, tanto no que diz respeito à sua existência quanto à sua validade e à sua eficácia. Tal princípio é admitido, com certa amplitude, no sistema jurídico brasileiro. Ademais, o art. 317 (que expressamente admite a correção do valor da prestação devida) e os demais dispositivos do Código Civil de 2002 atinentes a contratos específicos (v.g., art. 620, sobre a empreitada; e art. 770, parte final, sobre o seguro), demonstram sem dificuldade que o sistema do Código permite que a parte cuja prestação tornou-se excessivamente onerosa pleiteie a revisão do contrato (para reduzir ou modificar a prestação), quer se trate de contratos sinalagmáticos ou de contratos unilaterais.

A posição foi consagrada no enunciado nº 176, aprovado na III Jornada de Direito Civil: “*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.*”].

Somente nessa consequência interessa aqui examinar a *onerosidade excessiva*. Outra solução pode ser dada, todavia, ao problema. Em vez de *rescisão de contrato*, atribui-se ao juiz o poder de intervir na economia do contrato para reajustar, em bases razoáveis, as prestações recíprocas. Pode-se, ainda, favorecer o devedor com a alternativa de pedir a rescisão ou pleitear o reajustamento.

Sem embargo da precaução expressa na exigência de requisitos para a configuração dessa nova causa dissolutória dos contratos comutativos, é inevitável o arbítrio judicial, dado que não há critério objetivo para definir os casos de onerosidade excessiva.

[A lei determina quatro requisitos para que se proceda à resolução ou revisão do contrato por excessiva onerosidade. Em primeiro lugar, o remédio] cabe unicamente nos contratos de *execução continuada ou periódica – contractus que habent trato sucessivum et dependentiam de futuro* – e os de *execução única, mas diferida*. [Isso porque apenas nestes há *lapso temporal entre a celebração do contrato e sua execução*, o que permite que as circunstâncias existentes no momento da celebração venham a se alterar, causando a excessiva onerosidade da prestação].

Há, enfim, *onerosidade excessiva* quando uma prestação de obrigação contratual se torna, no momento da execução, notavelmente mais gravosa do que era no momento em que surgiu.²⁵

[Outra questão importante diz respeito à possibilidade de aplicar a revisão ou resolução por onerosidade excessiva aos contratos aleatórios. Entendemos que tal possibilidade existe. Em primeiro lugar, deve-se esclarecer que o direito brasileiro, ao contrário do italiano, não traz regra vedando expressamente a aplicação do remédio aos contratos aleatórios.²⁶ Tendo em vista que o legislador de 2002 inspirou-se manifestamente no modelo italiano, deve-se atribuir essa omissão à intenção de não excepcionar os contratos aleatórios da esfera da incidência das regras contidas nos arts. 478 a 480 do Código Civil.

Ademais, a natureza dos contratos aleatórios não impede a excessiva onerosidade de suas prestações, desde que não se trate, como é evidente, de onerosidade que afete os mesmos riscos (em qualidade e quantidade) que o contrato tem por fim atribuir a uma das partes. Em outras palavras, fora de sua *álea* contratual específica, os contratos aleatórios podem perfeitamente sofrer os efeitos de acontecimentos supervenientes, extraordinários e imprevisíveis, que prejudiquem o equilíbrio entre as prestações. Em se tratando de contrato aleatório por vontade das partes, a análise do caso concreto poderá ser bastante complexa, dependendo de interpretação ampla acerca da distribuição de riscos presente no contrato. Exemplo de resolução de um contrato qualificado como aleatório pela doutrina majoritária (o contrato de seguro) encontra-se no art. 769 do Código Civil, que faculta à companhia seguradora resolver o contrato em virtude do agravamento considerável do risco coberto, posterior à sua celebração].

A inexecução por onerosidade excessiva distingue-se [das demais causas de resolução] por aspectos singulares. O pedido de [resolução] há de partir do contratante que está na iminência de se tornar inadimplente pela dificuldade de cumprir a obrigação. Embora a futura inexecução não seja propriamente voluntária, a [resolução] deve ser pronunciada antes que se verifique. Tais particularidades diferenciam-na, nitidamente, das outras causas de resolução dos contratos.²⁷

O fato de se tornar a prestação excessivamente onerosa, nas circunstâncias exigidas, não autoriza o devedor a declarar extinto o contrato. A onerosidade excessiva não dissolve o contrato de pleno direito. Necessária a decretação judicial, ocorrendo, por conseguinte, mediante sentença judicial. Explica-se a exigência. Não pode ficar ao arbítrio do interessado na resolução a extinção de suas obrigações, sob o fundamento de que se tornou extremamente difícil cumpri-las. Se lhe fora concedido esse poder, far-se-ia tábula rasa de princípio da força obrigatória dos contratos. A intervenção judicial é imprescindível. É o juiz quem decide se há onerosidade excessiva. Cabe-lhe verificar, outrossim, a existência do nexo de causalidade entre esta e o acontecimento extraordinário e imprevisível. O pronunciamento judicial constitui, pois, imposição dos próprios requisitos que caracterizam, no caso, a causa da dissolução.

A [resolução] não é, no caso, consequência da inexecução. Há de ser pleiteada antes que a obrigação seja cumprida. Se já foi, não tem cabimento o pedido. Não pode o devedor tornar-se inadimplente e pretender em seguida que o contrato seja resolvido, como no caso de impossibilidade. Se incorre em *mora solvendi*, o credor, não

obstante a agravação da onerosidade, tem direito a requerer a [resolução] do contrato por inexecução culposa ou declará-lo rescindido, se há pacto comissório expresso.

A sentença judicial que resolve um contrato por excessiva onerosidade produz, entre as partes, efeito retroativo.²⁸ Em se tratando de contrato de *execução única e diferida*, extingue-se, voltando as partes à situação anterior, pelo que haverá restituição, tal como nos casos de resolução decorrente das outras causas, mas se o contrato é de *execução continuada* ou *periódica*, as prestações satisfeitas não são atingidas, pois se consideram exauridas.

A onerosidade excessiva é causa de *resolução* que se aproxima muito mais da inexecução involuntária do que da voluntária. Como aquela, não dá lugar a perdas e danos, de modo que não faz jus a qualquer indenização a parte que teria vantagem com a execução do contrato. O outro contratante exonerou-se de suas obrigações como se seu cumprimento se tornara impossível.

142. Resolução, anulação e nulidade relativa. Seja qual for a causa, a *resolução* é *modo de dissolução* dos contratos com traços nítidos e inconfundíveis, embora se assemelhe, no *modo de exercício* e nos *efeitos*, à *anulação*. Um *contrato anulável* deixa de existir no momento em que sua invalidade é decretada por iniciativa do interessado. Ao contrário do *contrato nulo*, que não produz efeitos desde sua formação, o *contrato anulável* é eficaz até o momento em que é anulado, produzindo efeitos, portanto, durante algum tempo. Mas, declarada a sua anulação, extingue-se como se fosse resolvido. Para ser *anulado*, é preciso, como ocorre na *resolução*, que o interessado requeira ao juiz a invalidação. Extingue-se unicamente por efeito de *sentença judicial*. Supõe a anulação, com efeito, a intervenção do juiz. Por isso se diz que é nulidade dependente de rescisão. No *modo de exercício*, por conseguinte, *anulação* e *resolução* se parecem, pois que se realizam mediante *ação judicial*. Assim também nos *efeitos*. A *anulação*, assim como a *resolução*, tem efeito retroativo. Tudo o que foi executado anteriormente desaparece como se o contrato jamais tivesse existido. Sob esse aspecto, também [se assemelha à] *resolução*.

Mas não se confundem. Distinguem-se pela *causa*. A anulação tem as seguintes causas: 1ª) incapacidade relativa de um dos contratantes; 2ª) vício do consentimento. A *resolução* é conseqüência [da inexecução das obrigações contratuais, voluntária ou involuntária, ou da onerosidade excessiva de uma das prestações]. As *causas* determinantes da anulação de um contrato são necessariamente *anteriores* ou *contemporâneas* à sua *formação*. As causas de *resolução*, *supervenientes*. Conseqüentemente, a *anulação* não deve ser incluída entre os *modos de dissolução do contrato*. De fato. Reconhecida judicialmente a causa de invalidade, o contrato é atingido em sua própria substância. A *resolução*, no entanto, pressupõe contrato válido. Desata vínculo validamente formado. Dissolve relação que existiu normalmente. A *anulação* é apenas o reconhecimento de que o negócio é defeituoso, embora sua deficiência não seja tão grave que dispense a iniciativa da parte interessada em sua decretação.

A *resolução* não se confunde, do mesmo modo, com a *nulidade relativa*, espécie de *invalidade* admitida por alguns escritores que se distingue por uma limitação à *legitimatío* para propor a ação anulatória. Não obstante ser *insanável* e *imprescritível*, a nulidade relativa não tira do contrato toda relevância jurídica, pois permanece ele eficaz enquanto os legitimados não promoverem a ação de invalidação, tal como nos contratos anuláveis.

¹ [Vide o Cap. 9].

² [Acerca da resilição e da rescisão, vide o Cap. 16].

³ [Sobre as modalidades e efeitos da inexecução das obrigações, vide Orlando Gomes, *Obrigações*, Caps. 16 a 18].

⁴ Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, p. 735, que esclarece: o direito do credor pode ser satisfeito indiretamente pela dação em pagamento, compensação, confusão e remissão, e o dever de prestar o cumprido, v. g., pela consignação em depósito.

⁵ [V.g., art. 475 do Código Civil].

⁶ [Vide, por exemplo, arts. 234, 235, 238, 248 e 567 do Código Civil].

⁷ [Art. 478 do Código Civil].

⁸ [Art. 475 do Código Civil].

⁹ [Vide arts. 1.028 e segs. e 1.085 e segs. do Código Civil].

¹⁰ [Art. 474 do Código Civil].

¹¹ Ruggiero, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, p. 242.

¹² Colin et Capitant, *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, p. 136.

¹³ [Art. 474 do Código Civil].

¹⁴ Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil*, art. 1.092.

¹⁵ [Art. 474 do Código Civil].

¹⁶ Pierre François, *La Notion de Dette de Valeur*, p. 405; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. XXVI, 3.173.

¹⁷ [Art. 416, parágrafo único, do Código Civil].

¹⁸ [É o que ocorre, por exemplo, nos arts. 234, 235, 238, 248 e 567 do Código Civil].

¹⁹ [Vide, do autor, *Obrigações*, Cap. 20].

²⁰ Messineo, *Dottrina Generale del Contratto*, p. 496.

²¹ [Mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, o autor já havia tratado da resolução do contrato por onerosidade excessiva, figura disciplinada pela primeira vez no referido código. Neste item, consolidamos os comentários do autor e procuramos compatibilizá-los com a disciplina legal vigente].

²² Messineo, *ob. cit.*, p. 503.

²³ [Art. 478 do Código Civil].

²⁴ [Art. 479 do Código Civil].

²⁵ Mirabelli, *ob. cit.*, p. 510.

²⁶ [Vide art. 1.469 do Código Civil italiano].

²⁷ Abgar Soriano, *Cláusula “rebus sic stantibus”*; Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*; Nehemias Gueiros, *A Justiça Comutativa nos Contratos*; Paulo Carneiro Maia, *Da Cláusula “rebus sic stantibus”*.

²⁸ [Art. 478 do Código Civil].

Capítulo 16

RESILIÇÃO E RESCISÃO DOS CONTRATOS

Sumário: 143. Conceito. 144. Distrato. 145. Resilição unilateral. 146. Resilição unilateral dos contratos por tempo indeterminado. 147. *Jus poenitendi*. 148. Revogação, renúncia e resgate. 149. Efeitos da resilição. 150. Rescisão. 151. Cessação.

143. Conceito. Sob o nome de *resilição*, [termo de origem francesa e empregado no Código Civil¹], designa-se o modo de extinção dos contratos por vontade de um ou dos dois contratantes. O vocábulo não é de uso corrente entre nós. Emprega-se, de preferência, *rescisão*, e, com menor frequência, *ruptura*. Todavia, o termo *rescisão* possui, em boa técnica, significado diverso, muito mais restrito, embora se use, às vezes, como sinônimo de *resolução*, e, até, no sentido amplo de *dissolução*. É do maior interesse evitar, porém, equívocos terminológicos, até porque, como adverte De Page, a confusão de palavras acarreta sempre a confusão de coisas. *Resilir*, na linguagem comum, é o mesmo que *rescindir*, significando, também, dissolver ou cortar. Etimologicamente, do latim *resilire*, significa: “voltar atrás”. Resilir um contrato é, tecnicamente, cortar o vínculo por várias causas específicas, do mesmo modo que rescindi-lo é dissolvê-lo, mas por outras causas, assim como ainda o é, resolvê-lo. Para distinguir-se, pois, os diversos modos de dissolução, tanto nas *causas* como nos *efeitos*, convém designar cada qual por um termo de sentido técnico preciso. Seguindo a terminologia francesa, [adotada pelo legislador brasileiro de 2002], reserva-se aqui o vocábulo *resilição* para a dissolução do contrato por simples declaração de vontade de uma ou das duas partes contratantes.

Neste sentido é, propriamente, o acordo de vontades para pôr termo a um contrato, *desfazimento*, de comum acordo, do laço que prendia os contraentes. Sua forma pura é, assim, o *distrato*, mas também sucede pela vontade de um só dos contratantes. Há, portanto, *resilição bilateral e unilateral*.

144. Distrato. A *resilição bilateral* é modalidade de *revogação* que se realiza pelo *contrarius consensus*. As próprias partes do contrato deliberam dissolvê-lo mediante negócio extintivo. O que criaram pela vontade comum pela vontade comum destroem. E assim o vínculo contratual pode, a todo tempo, desatar-se pelo concurso das vontades que o procriaram.

O modo normal de *resilição bilateral* é o *distrato*, 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. Mas também há *resilição convencional* quando no próprio contrato se atribui a *faculdade de resilir* a qualquer dos contratantes. Se eles estipulam que pode ser dissolvido antes da expiração do termo, assim o desejo uma das partes (como se verifica, por exemplo, no contrato de trabalho por tempo determinado em que se reservam o direito de resilir *ante tempus*, mediante aviso prévio), a *resilição*, apesar de se efetuar em virtude da declaração de vontade de um só dos estipulantes é, em verdade, *convencional*, porque resulta de acordo feito no momento da conclusão do contrato. Nessa hipótese, porém, não se pode falar propriamente em *distrato*, embora a *resilição* seja por *mútuo consentimento*.

Todos os contratos podem ser resilidos por *distrato*. Necessário, porém, que os efeitos não estejam exauridos, uma vez que a execução é a via normal da extinção. Contrato extinto não precisa ser dissolvido. Se já produziram alguns efeitos, o acordo para eliminá-los não é *distrato* mas outro contrato que modifica a relação. Geralmente o *distrato* é utilizado nos contratos de execução continuada para desatar o vínculo antes do advento de seu termo extintivo, mas pode ser convencionalizado para pôr termo a contrato por tempo indeterminado. Claro é que se o

contrato cessa por se ter expirado o prazo estipulado, não há que falar em *distrato*, pois, nesse caso, dá-se a extinção normal, por execução.

Nenhuma limitação há à determinação do *conteúdo do distrato*. Há, entretanto, uma exigência quanto à *forma*. O *distrato* deve ser feito pela mesma forma que o *contrato*,² regra que só se aplica, porém, aos contratos de *forma prescrita* em lei. Quando é da sua substância, o *distrato* não pode ser feito senão como o contrato. Se a lei exige a escritura pública para a validade deste, as partes não podem *distratá-lo* por instrumento particular. Nessa hipótese, o *distrato* somente vale se também realizado por escritura pública. Mas se não exige forma determinada, a preferência que as partes manifestam não obriga a observá-la no *distrato*. Contrato por escritura pública não obrigatória pode desfazer-se por escrito particular, nada obstando, do mesmo modo, que seja *distratado* verbalmente contrato celebrado por escrito. Certos fatos podem, por fim, ser interpretados como *distrato*, não sendo necessária, por conseguinte, expressa e direta manifestação de vontade das partes.

O *distrato* não é um instituto unitário. Compreende, no parecer de alguns escritores,³ três figuras: a) um ato de revogação; b) um contrato extintivo; c) um contrato modificativo. Só na última forma não possui eficácia retroativa.

145. Resilição unilateral. Pois que o contrato é negócio jurídico formado por acordo de vontades, não deveria admitir-se a resilição unilateral. Contudo, admite-se.

O *fundamento* da faculdade de resilir varia conforme a modalidade do contrato. Na *resilição unilateral dos contratos por tempo indeterminado*, presume a lei que as partes não quiseram se obrigar perpetuamente, e, portanto, que se reservaram a faculdade de, a todo tempo, resilir o contrato. O *fundamento do poder de resilir* seria, assim, a vontade presumida das partes. Outras vezes, o contrato distingue-se pelo *elemento fiduciário* que encerra, de modo que só subsiste enquanto existe confiança de uma parte na outra. Justo que a lei autorize sua resilição pelo contratante que a perdeu. Por último, os próprios sujeitos reservam-se o direito de arrependimento, assegurando-se a faculdade de resilir o contrato, uma vez se sujeitem ao pagamento de multa prevista especialmente para esse fim. Em todas essas hipóteses, embora a *ratio legis* da autorização para resilir unilateralmente seja diferente, justifica-se o poder que a lei confere aos contratantes.

A *faculdade de resilição unilateral* é suscetível, assim, de ser exercida: a) nos *contratos por tempo indeterminado*; b) nos *contratos de execução continuada, ou periódica*; c) nos *contratos em geral*, cuja execução não tenha começado; d) nos *contratos benéficos*; e) nos *contratos de atividade*.

Em determinados contratos assume feição especial, tomando, conforme o caso, o nome de *revogação*, *renúncia*, ou *resgate*.

A *natureza do poder de resilir* unilateralmente o contrato não sofre contestação: trata-se de um *direito potestativo*.

146. Resilição unilateral dos contratos por tempo indeterminado. Nos *contratos por tempo indeterminado* a resilição unilateral é o meio próprio de dissolvê-los. Se não fosse assegurado o poder de resilir, seria impossível ao contratante libertar-se do vínculo se o outro não concordasse.

O *poder de resilir* é exercido mediante *declaração de vontade* da parte a quem o contrato não mais interessa. Costuma-se designá-la pelo nome de *denúncia*, mas, entre nós, seu uso não [era] corrente [até o advento do novo texto do Código Civil de 2002⁴]. Para valer, a [denúncia] deve ser notificada à outra parte,⁵ produzindo efeitos a partir do momento em que chega a seu conhecimento. É, portanto, *declaração receptícia de vontade*. Em certos contratos é conhecida por denominação especial. Assim, no *contrato de trabalho*, a *declaração* de vontade do empregador, que lhe põe termo, chama-se *despedida* ou *dispensa*.

Via de regra, a *denúncia* deve ser acompanhada de aviso expedido com certa antecedência, a que se dá o nome de *aviso prévio* ou *pré-aviso*. O fim da exigência é prevenir as conseqüências da ruptura brusca do contrato, mas o *aviso prévio* não é requisito necessário à validade da *resilição*, que será eficaz ainda que não tenha sido dado. [O aviso prévio deve ser compatível com a natureza e o montante dos investimentos que a outra parte houver realizado a fim de executar o contrato, levando-se em conta o tipo contratual em questão⁶. Embora válida, a *denúncia* desacompanhada de *aviso prévio* sujeita o denunciante ao pagamento de *indenização* dos prejuízos que a outra parte sofre, no caso, *evidentemente*, de ser obrigatório o pré-aviso. No contrato de trabalho, por exemplo, a obrigação de indenizar é estabelecida na lei sob a presunção de que a falta do aviso prévio causa sempre dano, que se liquida mediante critério objetivo. Em outros, a notificação prévia é indispensável.

Em princípio, a *denúncia* não precisa ser justificada. Meio lícito de pôr termo ao contrato por tempo indeterminado, sabem as partes que, em qualquer momento, pode ser desfeito mediante simples declaração unilateral de vontade, mas em certos contratos exige-se que obedeça à *justa causa*. Não obstante, a inexistência de causa justa não impede a rescisão do contrato, mas a parte que o resiliu injustamente fica obrigada a pagar perdas e danos.

A *resilição unilateral dos contratos por tempo indeterminado* produz efeitos para o futuro. Dá-se *ex nunc*. Não opera retroativamente como a resolução, nem precisa de pronunciamento judicial para ser eficaz. Produz seu efeito liberatório por força da própria declaração de vontade da parte[isto é, a denúncia notificada à outra parte].

147. Jus poenitendi. Podem as partes estipular que o contrato será resiliado se qualquer delas se arrepender de o haver concluído. Asseguram-se convencionalmente o *poder* de resili-lo mediante declaração unilateral de vontade. A autorização não provém da lei, mas, no caso, do próprio contrato. São, realmente, os próprios contratantes que estipulam o *jus poenitendi*.

Normalmente, o exercício da faculdade de arrependimento tem sua contrapartida no pagamento de *multa penitencial*. Trata-se de compensação pecuniária atribuída à parte que se viu privada da vantagem do contrato porque a outra se arrependeu de o ter celebrado.

Estipulada a *multa penitencial*, a parte que faz jus a seu recebimento não pode opor-se à rescisão do contrato, visto que o arrependimento da outra parte é faculdade contratualmente assegurada. Pagando a multa, libera-se do vínculo. Não é outra sua função.

A *multa penitencial* não se confunde com a *cláusula penal*, que pressupõe a inexecução do contrato ou o inadimplemento de obrigações contratuais, correspondendo ao ressarcimento dos danos respectivamente provenientes. A *multa penitencial* nada tem a ver com a execução do contrato. É devida como compensação do exercício da faculdade de arrependimento. Garante o poder de resili-lo, de sorte que o contratante arrependido mais não tem a fazer do que pagar a multa, desvinculando-se por seu mero arbítrio.

148. Revogação, renúncia e resgate. Certos contratos podem ser resiliados mediante retratação de uma das partes autorizada pela lei, tendo em vista as particularidades da relação comercial que se formou. A essa forma especial de *resilição* dá-se o nome de *revogação*, apesar de imprópria.

Distingue-se da *denúncia*, porque esta põe fim, diretamente, à relação obrigacional, enquanto aquela extingue o contrato e, só como consequência mediata, a relação, fazendo cessar, *ex tunc* ou *ex nunc*, os efeitos do negócio.

O ato de revogação requer cumprimento pelo próprio sujeito que praticou o ato que se revoga e deve destinar-se a impedir que este produza seus efeitos próprios. Contudo, o vocábulo *revogação* é empregado em sentido mais amplo. Tal como a *denúncia*, consiste a revogação numa declaração receptícia de vontade, que opera extrajudicialmente, e, como ela, é *direito potestativo*.

Os contratos estipulados no pressuposto da confiança recíproca entre as partes podem resili-lo-se *ad nutum*, mediante *revogação*. Está neste caso o *mandato*. A lei autoriza o mandante a revogá-lo, pondo-lhe termo, a todo tempo, por simples declaração de vontade, e independentemente de aviso prévio.⁷

Outros contratos comportam esse modo de rescisão sem essa liberdade. A *doação*, por exemplo, pode ser revogada, mas o *poder de revogação* não se exerce livremente, estando condicionado a causas peculiares.⁸ Neste caso, a *revogação* confunde-se com a *resolução*, porque depende de condição resolutiva a ser apreciada pelo juiz.

Posto que seja ato unilateral, a *renúncia* pertence à categoria dos *negócios extintivos*, apresentando-se normalmente como comportamento *abdicativo* destinado a extinguir uma relação jurídica pela auto-eliminação de um dos seus sujeitos, o ativo. No direito das obrigações, a *remissão de dívida* é a figura mais característica da renúncia.⁹ No mandato, tanto o mandante pode desvincular-se do contrato, revogando os poderes do mandatário, como este, com a mesma liberdade de ação, se libera, renunciando-os.¹⁰ Exerce, deste modo, o poder de resili-lo unilateralmente o contrato, pelo que deve notificar sua intenção ao mandante e, em certos casos, aguardar substituto. Da renúncia distinguem-se os negócios omissivos, como o *repúdio*.¹¹

Modo especialíssimo de rescisão unilateral é o *resgate*, aplicável unicamente nos contratos de *enfiteuse*¹² e *constituição de renda*. No primeiro, consiste no pagamento, de uma só vez, de certa quantia ao senhorio, decorrido certo tempo de gozo do direito real. No segundo, o devedor de renda constituída sobre imóvel libera-se da obrigação de pagá-la, entregando, de uma vez, certo capital em dinheiro.

149. Efeitos da rescisão. A *rescisão* não opera retroativamente. Seus efeitos produzem-se *ex nunc*.

Nos *contratos de trato sucessivo*, não se restituem as prestações cumpridas. Até o momento em que a *rescisão* ocorre, assim por mútuo consentimento como por vontade unilateral, os efeitos produzidos permanecem inalterados e jamais serão cassados.

Nos *contratos por tempo determinado* não cabe, em princípio, a *rescisão unilateral*. Mas alguns admitem a *denúncia*, que os extingue *ante tempus*, sujeitando o denunciante a perdas e danos, se não houver justa causa. No entanto, se a causa extintiva é a inexecução, haverá *resolução*.

150. Rescisão. O termo *rescisão* é usado no sentido de *rescisão* e, mesmo, de *resolução*. Deve reservar-se, porém, para o modo específico de dissolução de certos contratos. [O Código Civil de 2002 não emprega o termo “*rescisão*” em sentido técnico ou unívoco. É usado para significar ora *resolução*,¹³ ora *rescisão*¹⁴].

Rescisão é ruptura de contrato em que houve *lesão*. Não é sempre que a *lesão* determina a dissolução do contrato, porquanto pode ser salvo, restabelecendo-se o equilíbrio das prestações com a suplementação do preço.

Quando opera como causa extintiva, aproxima-se da *anulabilidade*. Distin-gue-se da *nulidade* porque a *rescisão* somente pode ser obtida mediante ação judicial *ad hoc*, enquanto a nulidade é decretável independentemente de provocação. Ademais, a ação de *rescisão* prescreve. Da *anulabilidade* se aproxima mais, porque há de ser pleiteada em ação proposta pelo interessado, mas se vem entendendo, ultimamente, que a *lesão* não consiste apenas na desproporção ou desequilíbrio entre as prestações de um contrato comutativo, nem é *vício de consentimento*. Exige-se, para sua caracterização, um *elemento subjetivo*. A vantagem obtida desproporcionalmente, por uma das partes, há de ser fruto da exploração da inexperiência ou necessidade do outro no momento da celebração do contrato. Configura-se pela conjunção desse elemento subjetivo ao clássico elemento objetivo. [O Código Civil de 2002 trata da *lesão* como causa de anulabilidade do contrato¹⁵].

A sentença rescisória do contrato retroage à data de sua celebração. Desse modo, a parte que recebeu fica obrigada a restituir. Se o contrato não foi executado, o prejudicado exime-se do dever de cumpri-lo. Em relação a terceiros, a regra dominante é a de que a *rescisão* não deve prejudicá-los.

Outra hipótese de *rescisão* é a do contrato estipulado em *estado de perigo*, muito semelhante à *anulação* pelo vício da *coação*. Não se confundem, todavia, porque a *rescisão* requer, para ser decretada, o concurso de dois elementos: *a*) a ciência, por uma das partes, do estado de necessidade em que se encontra a outra; *b*) a iniquidade das condições nas quais as obrigações são contraídas.¹⁶ [O estado de perigo foi disciplinado no Código Civil de 2002 como modalidade de defeito do negócio jurídico que o torna anulável¹⁷].

151. Cessação. Entre as causas de extinção dos contratos, a *morte* de um dos contratantes ocupa lugar à parte. Sua inclusão nos outros modos de dissolução não tem realmente cabimento. Não é possível afirmar-se que *resolve* o contrato. Sem dúvida, impossibilita sua execução, ou faz cessá-la definitivamente, mas, a rigor, não pode ser considerada *inexecução involuntária*, porque seus efeitos não se igualam aos do caso fortuito. Não se justifica, também, enquadrá-la entre as causas de *rescisão*, como procede a doutrina francesa, pois a *rescisão* se caracteriza por ser conseqüência de manifestação da vontade de um ou dos dois contratantes.

Em princípio, a morte de uma das partes não constitui causa de dissolução do contrato. A regra *mors omnia solvit* não tem aplicação no direito contratual, senão excepcionalmente nos *contratos “intuitu personae”*, quando morre a parte cujas qualidades personalíssimas foram determinantes de sua realização. Nos demais casos, as obrigações do contrato transmitem-se aos herdeiros do finado. Mas os efeitos da morte sobre o contrato não se reduzem à extinção do contrato, ou à substituição da parte por seus sucessores. Podem estes *resilir* o contrato, em certos casos, pedir a restituição da coisa, em outros, e até exercer direitos especiais contra a outra parte.

A extinção do contrato pela morte de uma das partes dá-se *ex nunc*. Não tem, pois, efeito retroativo. Nos contratos de execução continuada ou periódica, as prestações cumpridas subsistem.

A morte de uma das partes de contrato *intuitu personae* equipara-se à *incapacidade superveniente*. O contrato extingue-se quando se verifica a impossibilidade de execução porque o devedor se tenha tornado incapaz e sua obrigação não possa ser cumprida por outrem. Nesta hipótese, entendem alguns que o contrato se extingue mediante *resolução* promovida pela outra parte. Se o contrato é impessoal, o representante do incapaz – *curador* – deve executá-lo em nome do interdito.

-
- ¹ [Art. 473 do Código Civil].
- ² [Art. 472 do Código Civil].
- ³ Mirabelli, *Dei Contratti in Generale*, p. 218.
- ⁴ [Art. 473 do Código Civil].
- ⁵ [Art. 473 do Código Civil].
- ⁶ [Art. 473, parágrafo único, do Código Civil].
- ⁷ [Art. 682, inciso I, do Código Civil].
- ⁸ [Arts. 555 e segs. do Código Civil].
- ⁹ [Arts. 385 e segs. do Código Civil].
- ¹⁰ [Art. 682, inciso I, do Código Civil].
- ¹¹ O repúdio é a recusa de assumir determinada posição jurídica oferecida ao sujeito, como na *omissio adquirendi*, na rejeição da proposta contratual, na declaração do devedor de não querer se beneficiar, com a remissão. Santoro Passarelli, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 181.
- ¹² [Abolidos por força do art. 2.038 do Código Civil].
- ¹³ [V.g., arts. 455 e 810 do Código Civil].
- ¹⁴ [V.g., art. 607 do Código Civil].
- ¹⁵ [Art. 171, inciso II, do Código Civil]. Cf. do autor, nesta Editora, *Introdução ao direito civil*, atualizado por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito, Rio de Janeiro, 2007, item 258-A.
- ¹⁶ Messineo, ob. cit., p. 454. Como exemplo de contrato concluído em estado de perigo, esse autor dá o que é celebrado pelo cirurgião, em casos de operação urgente, com o paciente, exigindo deste honorários excessivos.
- ¹⁷ [Arts. 156 e 171, inciso II].

Capítulo 17

INVALIDADE E INEFICÁCIA DOS CONTRATOS

Sumário: 152. Invalidade e ineficácia. 153. Inexistência, nulidade e anulabilidade. 154. Distinção entre contratos nulos e anuláveis. 155. Legitimação. 156. Convalescença. 157. Conversão do contrato nulo. 158. Ineficácia em sentido restrito.

152. Invalidade e ineficácia. A validade dos contratos requer a observância das regras legais relativas a seus *pressupostos e requisitos*.¹ Se as partes transgridem--nas, o negócio jurídico é privado dos *efeitos* que deveria suscitar.

A *invalidade* implica, pois, [normalmente], *ineficácia*. Mas não se confundem. Se é certo que o *contrato inválido* é *ineficaz*, a recíproca não é verdadeira. O contrato pode ser *válido* e *ineficaz*, ou *inválido* e *eficaz*. Daí o interesse de distinguir *invalidade* de *ineficácia*.

O contrato é *inválido* quando falta ou é defeituoso um de seus pressupostos ou requisitos, como o celebrado pessoalmente pelo absolutamente incapaz ou aquele no qual o consentimento foi manifestado por *erro*. No primeiro caso, falta um *pressuposto*; no segundo, um dos *requisitos* está viciado. É uma deficiência intrínseca do contrato que impede a produção dos seus normais efeitos.

O contrato é *ineficaz, stricto sensu*, quando, embora válido, não produz, temporária ou definitivamente, total ou parcialmente, seus efeitos, em razão da existência de obstáculo extrínseco que impede a modificação da relação jurídica a que tende.² Assim, o que contém cláusula subordinando sua execução à condição suspensiva. Seus efeitos somente se produzem se a condição se verificar, e, no caso afirmativo, a partir de seu implemento.

O termo *ineficácia, lato sensu*, compreende a *ineficácia* e a *invalidade* propriamente dita, visto como, nas duas situações, o contrato não produz [todos os efeitos que potencialmente estava apto a gerar].

Haveria a categoria geral da *ineficácia* porque a consequência comum a toda forma de anomalia do ato juridicamente relevante é a *privação, total* ou *parcial, permanente* ou *transitória, inicial* ou *sucessiva* de *efeitos*, e duas subcategorias, a *invalidade*, abrangente da *nulidade* e *anulabilidade*, e a *ineficácia em sentido restrito*.³

Acrescente-se a *inexistência*.

153. Inexistência, nulidade e anulabilidade. É *inexistente* o contrato a que faltam os elementos configurativos, de tal modo que se lhe não pode atribuir relevância jurídica. Carece do mínimo para ser um ato negocial.

Tende a doutrina a aceitar a *inexistência* como uma noção necessária, embora à margem da categoria geral da *ineficácia*, para servir como limite da categoria do negócio nulo.⁴ Ademais, certas consequências, ligadas à invalidade, não se admitem nos *inexistentes*, tais como a *conversão* e a *confirmação*.

Nulidade é a *sanção* por meio da qual a lei priva de eficácia o contrato que se celebra contra preceito perfeito – *leges perfectae* – e, notadamente, os que disciplinam os *pressupostos e requisitos* do negócio jurídico. O ordenamento jurídico recusa proteção ao contrato cujos elementos não correspondem aos que a lei exige para valer.

A *pena de nulidade* é cominada explicitamente, ou subentendida. Na primeira hipótese, diz-se que a nulidade é *textual*; na outra, *virtual* ou *implícita*. [De acordo com o art. 166, inciso VII, do Código Civil, o ato cuja prática a lei proíbe *sem cominar sanção* é considerado *nulo*].

Pode a *nulidade* ser *total* ou *parcial*, conforme atinja todo o contrato ou apenas uma ou algumas de suas cláusulas. Se *total*, a invalidade do contrato é completa. Se *parcial*, depende de sua extensão; contaminando as outras cláusulas, acarreta a nulidade total; mas se a cláusula nula pode ser isolada, a invalidade ocorrerá quanto a

essa disposição, valendo, portanto, as outras.⁵ A *nulidade é imediata, absoluta, insanável e perpétua*.⁶ Opera de pleno direito. Pode ser argüida por qualquer interessado. O contrato não pode ser confirmado, nem convalesce pelo decurso de tempo, mas a imprescritibilidade da ação não impede a inutilização da sentença de nulidade se o bem já foi adquirido por usucapião ou se está prescrita a *ação de repetição*.

A *anulabilidade* também priva o contrato de seus efeitos, se requerer a invalidação a pessoa a favor de quem a lei a determinou. O *contrato anulável* produz efeitos até ser anulado.⁷ Podem ser anulados os contratos celebrados pelos relativamente incapazes e pelas partes cujo consentimento tenha se dado por erro, dolo, coação [, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores⁸].

A *anulabilidade é diferida, relativa, sanável e provisória*, isto é, o contrato subsiste até o momento em que o juiz o anula; apenas pode ser pleiteada pela pessoa a quem a lei protege; admite *confirmação* e se purifica com o decurso do tempo.⁹

154. Distinção entre contratos nulos e anuláveis. A *nulidade* é sanção que se comina a quem viola preceito de ordem pública ou simplesmente coativo, mas, neste último caso, quando tutela interesse de ordem geral. A *anulabilidade*, contra quem transgredir norma ditada no propósito de proteger o outro contratante, seja porque não tem completa aptidão para celebrar o contrato, seja porque não manifestou livremente o consentimento. A contrariedade às normas pode consistir: a) na inobservância das exigências legais para o exercício da autonomia privada; b) na falta dos requisitos para que a ação da pessoa seja um ato jurídico; c) na discrepância com os princípios que informam o sistema legal.¹⁰

A distinção é menos de substância do que de grau; daí sua dificuldade. Reconhecem todos que não há critério prático plenamente satisfatório que indique traços capazes de permitir o reconhecimento imediato de uma ou de outra forma de invalidade, declarando o contrato nulo ou *anulável*, mas, quando a *nulidade* não é *textual*, a distinção, freqüentes vezes, torna-se difícil porque o critério de *imperatividade* da norma não é absoluto. Há *leis coativas* cuja transgressão pelas partes contratantes não acarreta a nulidade da disposição contratual, mas, tão-somente, sua *anulabilidade*. O que importa verificar é a importância social do preceito infringido e, em última análise, a *ratio legis*. Em princípio, produzem a nulidade do contrato, além da infração de normas imperativas, a falta de um dos requisitos para a validade dos negócios jurídicos em geral, a causa ilícita e a impossibilidade de determinação do objeto.¹¹

Do ponto de vista prático, interessa distinguir a *nulidade da anulabilidade* em suas conseqüências.

O *contrato anulável*, ao contrário do *contrato nulo*, subsiste enquanto não decretada sua invalidade por sentença judicial proferida na ação proposta pela parte a quem a lei protege. O *contrato nulo* não produz qualquer efeito; é, segundo feliz expressão, um natimorto. Para a nulidade ser reconhecida, não é preciso provocação. Ao juiz cabe pronunciá-la de ofício.

Dois pontos, no entanto, reclamam maior atenção para esclarecer a diversidade de *conseqüências*. O primeiro concerne à *legitimação*, o segundo à *convalescença* do contrato.

155. Legitimação. Costuma-se dizer que toda *nulidade* pode ser argüida por qualquer interessado, mas se impõe uma distinção que, entre nós, não tem sido feita com clareza porque as expressões *nulidade absoluta* e *nulidade relativa* se empregam, respectivamente, como sinônimas de *nulidade* e *anulabilidade*. Não é esse, todavia, seu significado técnico. Há *nulidades* que, de fato, podem ser argüidas por *qualquer interessado*, outras, não. No primeiro caso, a *nulidade é absoluta*;¹² no segundo, *relativa*. A *circunstância* de não poder ser argüida por todo interessado não converte *contrato nulo* em *contrato anulável*, se, no caso, se reúnam todos os requisitos da nulidade propriamente dita. Assim, por exemplo, o contrato, no qual o consentimento foi obtido mediante *vis absoluta*, não deixa de ser *nulo*, porque a nulidade não pode ser invocada pelo coator.¹³ Trata-se apenas de uma *limitação legal à legitimação* para promover a invalidação do contrato, subsistindo os outros caracteres da *nulidade*, tais como a *insanabilidade* e a *imprescritibilidade*.

Pode o direito à declaração de nulidade ter como *titulares* todos ou somente alguns *interessados*. Nesta última hipótese, na qual apenas algumas pessoas estão legitimadas a agir, abre-se o ensejo a que não seja invalidado o contrato nulo, isto é, pronunciada sua nulidade, se os titulares se desinteressarem de que seja declarada. Em conseqüência chega-se a admitir a possibilidade da *convalescença* de um *contrato nulo*, além de sua eficácia, que é aceita, em alguns casos, por adeptos de novas teorias a respeito da nulidade dos negócios jurídicos.¹⁴ Acham alguns

escritores, entretanto, que a figura da *nulidade* relativa é inaceitável porque um contrato não pode ser nulo em relação a certos sujeitos e válido em relação a outros.

Legitimada a propor a *ação de anulação* é tão-só a pessoa a quem a lei dispensa especial proteção. Assim, a parte que consentiu por erro, dolo, coação [, estado de perigo ou lesão], e somente ela [; e, no caso de fraude, os credores da parte]. Numa fórmula mais compreensiva, pode-se dizer, com Galvão Teles, que “o direito à anulação pertence aos titulares dos interesses em consideração dos quais se decretou a anulabilidade”.

156. Convalescença. A *nulidade* é *incurável*, mas os contratos anuláveis podem ser purificados. Sana-se o vício originário e, em consequência, *convalesce*.

A *convalescência* dá-se por três modos:

- a) a *confirmação*;
- b) a *convalidação*;
- c) a *prescrição*.

Confirmação, também chamada *ratificação*, é a *declaração negocial* de renúncia à faculdade de pedir a anulação do contrato. Realiza-se por *manifestação de vontade* e por via de *negócio jurídico unilateral*. A declaração confirmatória é *receptícia*. Pela *confirmação* ou *ratificação*, os *efeitos* precários do contrato tornam--se definitivos, dando-se, portanto, a *convalescência*. Mas o *negócio confirmatório* torna-se ineficaz se prejudica o direito de terceiro.¹⁵ À *declaração confirmatória* equipara-se o cumprimento voluntário da obrigação anulável.¹⁶

Convalidação é o modo de *convalescência* do contrato pela superveniência de requisitoapurável depois de sua formação. O *negócio* não se *convalida* se falta um pressuposto ou se o requisito deve existir no momento de sua perfeição. Assim, o contrato celebrado por menor absolutamente incapaz não se *convalida* ao atingir ele a maioridade. *Convalidação* é possível unicamente nos *negócios complexos* de execução diferida nos quais se torna possível o posterior suprimento de omissão de requisito inatendido no momento de sua formação.

Convalesce finalmente o *contrato anulável* pela *prescrição*. Se a parte legitimada a propor a *ação de anulação* não age no lapso de tempo estabelecido na lei para a defesa do seu interesse, tranca-se a possibilidade de anular o contrato por via de *ação*, o que, no entanto, poderá obter-se por via de exceção. Extinto o direito à anulação, o contrato *convalesce*, tornando-se definitivos seus efeitos.

A *ação anulatória* tem duplo caráter; é *declaratória* e *restitutória*.

157. Conversão do contrato nulo. Um *contrato nulo* pode produzir os efeitos de um contrato diverso. A esse fenômeno chama-se *conversão* [e foi disciplinado no Direito brasileiro, pela primeira vez, no art. 170 do Código Civil de 2002]. O exemplo clássico de *conversão* é a transformação de um contrato de compra e venda, nulo por defeito de forma, num contrato de promessa de venda. Os efeitos deste contrato são diferentes, mas se admite a substituição em determinadas circunstâncias.

Para haver *conversão* é preciso: a) que o contrato nulo contenha os requisitos substanciais e formais de outro; b) que as partes queressem o outro contrato, se tivessem tido conhecimento da nulidade.

Entre os casos de *conversão* citam-se a *declaração cambiária*, que vale como promessa de pagamento ou reconhecimento da dívida, e a *novação* de uma obrigação, que pode valer como remissão dos efeitos da mora.

Da *conversão própria* ou *substancial*, distingue-se a *conversão imprópria* ou *formal*, que se dá quando as partes, podendo escolher entre formas diversas de celebração do contrato, optam pela mais rigorosa, cumprida, no entanto, defeituosamente,¹⁷ como a venda de bem imóvel cujo valor a permite por instrumento particular, preferindo as partes, não obstante, realizá-la por escritura pública. Se esta é assinada pelos contratantes, mas apresenta algum vício que a invalida, o contrato é válido como se feito por escrito particular. É que, nessa hipótese, os *efeitos* não são diversos, mas os mesmos que quiseram as partes, o que justifica a validade do contrato sob outra *forma*. Mas precisamente porque os *efeitos* são os mesmos, não há *conversão propriamente dita*, visto que não há transformação de um contrato nulo em um contrato válido de *outra espécie*.

Não se confunde também com a *conversão* o *contrato com vontade alternativa*. Neste, os contratantes, prevendo a hipótese de sua nulidade, admitem, de logo, que seja válido como outra espécie contratual, se a previsão cumprir-se, pelo que estipulam, desde a formação, o *contrato sucedâneo*.

Não há *conversão*, por fim, quando as partes atribuem a um contrato *nomen juris* diverso do que verdadeiramente lhe corresponde. Evidentemente, aplicam--se-lhe as regras relativas ao tipo a que se ajusta. Nenhuma transformação se verifica nesse caso. Muito menos, *conversão*.

A *conversão própria* é admitida se concorrem determinados elementos. Subordina-se a conversão à existência da intenção comum das partes de dar vida a contrato diverso, no caso de nulidade daquele que estipularam. É a teoria da *vontade hipotética*, que, resumidamente, pode ser formulada nos seguintes termos: o juiz deve admitir a *conversão* toda vez que verifique que os contratantes teriam querido celebrar o outro contrato, se tivessem conhecimento de que seria nulo o que realizaram. [Para tanto, de acordo com o art. 170 do Código Civil, deve o juiz atentar para o *fim a que as partes visavam* (o *fim do contrato*), e não perscrutar a vontade interna dos contratantes. O requisito da vontade hipotética foi, desse modo, *objetivado* pelo legislador]. Necessário, ainda, que, no contrato nulo, tenham sido observados os requisitos de substância e de forma do contrato em que poderá ser convertido.

Quando a transformação é determinada pela lei, não há *conversão propriamente* dita, como a disposição testamentária a favor dos pobres, que a lei transfere para instituições de caridade.

158. Ineficácia em sentido restrito. O contrato válido improdutivo de efeitos é o que encontra obstáculo extrínseco que o paralisa, impedindo que realize sua função.

A *ineficácia* pode ser *transitória* ou *permanente*. É *transitória* se o obstáculo apenas suspende o começo de execução do contrato, tal como se dá quando se subordina a sua eficácia a uma *condição suspensiva*. *Permanente*, se há fato impeditivo da eficácia, como no caso do procurador que age com excesso de poder. A *ineficácia permanente* pode, não obstante, cessar, se o obstáculo for removido, como, no exemplo dado, se forem *ratificados os atos excessivos do representante*.

Distingue-se, também, a *ineficácia absoluta* da *relativa*, ocorrendo esta quando o contrato produz efeitos entre as partes, mas é ineficaz em relação a certos *terceiros*. O exemplo clássico é o do *contrato simulado* [da cessão de crédito não notificada ao devedor¹⁸]. A *ineficácia relativa* é, antes, *inoponibilidade*. O contrato não é oponível a terceiros, em relação aos quais, como de regra, não produz nem pode produzir efeitos, seja porque não se observaram ônus extrínsecos, seja porque as circunstâncias não o permitem.

A *ineficácia* pode atingir todo o conteúdo do contrato, ou parte deste. No primeiro caso, diz-se *total*; no segundo, *parcial*.

Pretende-se que a *ineficácia* seja *originária* ou *superveniente*. Verificar-se-ia a *ineficácia superveniente* quando o obstáculo exterior surgisse depois de estar o contrato a produzir seus efeitos normais, que desapareceriam por ter alcance retroativo o fato impeditivo,¹⁹ mas os casos de extinção retroativa dos efeitos de um contrato não cabem no conceito de *ineficácia "stricto sensu"*. A *revogação*, a *rescisão* e a *caducidade* são modalidades de extinção dos contratos que não podem ser enquadradas na categoria da *ineficácia*, ainda que qualificada como *superveniente*.

Ocorre ineficácia, também, quando há necessidade da prática de atos ulteriores para que o contrato produza efeitos, e não se realizem.

Ao lado da *ineficácia*, a doutrina introduziu a noção de impugnabilidade. Aplica-se às *hipóteses* em que, num contrato válido e eficaz, se apresenta ou sobrevém um vício em relação ao qual a lei autoriza uma das partes a agir para a eliminação dos efeitos.²⁰

¹ [Os pressupostos e requisitos do contrato encontram-se analisados no Cap. 3].

² Mirabelli, Dei Contratti in Generale, p. 372.

³ Mirabelli, ob. cit., p. 371.

⁴ Cariota Ferrara, Santoro Passarelli, Scognamiglio, Mirabelli.

⁵ [Art. 184 do Código Civil].

⁶ [Arts. 168 e 169 do Código Civil].

⁷ [Art. 177 do Código Civil].

⁸ [Art. 171 do Código Civil].

⁹ [Arts. 172, 173, 174 e 177 do Código Civil].

¹⁰ Mirabelli, ob. cit., p. 374.

¹¹ Casos de nulidade do contrato por ser ilícita a causa são, dentre outros, os seguintes: 1) os contratos usurários; 2) o contrato do proxeneta; 3) os contratos concernentes às casas de meretrício.

¹² [Art. 168 do Código Civil].

¹³ Cf. Galvão Teles, *Dos Contratos em Geral*, p. 296.

¹⁴ Japiot, Piedelièvre, cons. Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, Cap. 37.

¹⁵ [Art. 172, parte final, do Código Civil].

¹⁶ [Art. 174 do Código Civil].

¹⁷ Cf. Messineo, *ob. cit.*, p. 443.

¹⁸ [Art. 290 do Código Civil].

¹⁹ Galvão Teles, *Dos Contratos em Geral*, p. 303.

²⁰ Cariota Ferrara, *Negozió Giuridico*, p. 368.

Capítulo 18

INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS

Sumário: 159. Conceito e função. 160. Interpretação da lei e interpretação do contrato. 161. Tipos de interpretação. 162. Interpretação subjetiva. 163. Interpretação objetiva. 164. Usos interpretativos.

159. Conceito e função. Consistindo, como consiste, em duas distintas declarações de vontade que se integram, o contrato requer, sempre, *interpretação*, mormente quando [as declarações] são obscuras, ambíguas ou duvidosas. Interpretar um contrato é, afinal, esclarecer o sentido dessas declarações e determinar o significado do *acordo* ou consenso.¹

Constituindo-se as *declarações*, como se constituem, de palavras com as quais as *partes* comunicam, uma à outra, o que querem, algumas vezes sem exprimir com exatidão a vontade, deve o intérprete iniciar sua tarefa pela averiguação do sentido destas. Dado esse passo, há de partir em busca da *vontade real* dos contraentes, sem esquecer as circunstâncias em que se formularam e outros fatos, como o comportamento anterior ou ulterior das partes, que possam servir à plena reconstrução da idéia (*intento*) nascida na mente humana como representação interna.²

Nessa pesquisa, incumbe-lhe realizar a *análise jurídica* do contrato a fim de enquadrá-lo, pelo seu conteúdo, numa das categorias contratuais definidas na lei, levando em conta apenas os elementos essenciais (*essentialia negotii*) e não dando importância ao nome (*nomen juris*) que as partes lhe atribuíram.³ O enquadramento é necessário para a determinação dos efeitos específicos próprios de cada tipo de contrato, muito embora numerosos contratos não se ajustem aos esquemas traçados na lei (*contratos atípicos*) e até mesmo os que se enquadram na esquematização legal não deixam, as mais das vezes, de incorporar cláusulas que o particularizam. Em consequência, a determinação dos verdadeiros *efeitos* do contrato depende, grandemente, da *interpretação* da vontade das partes. Embora se tenha a *qualificação* do contrato como a fase preliminar da sua interpretação, o problema não é de interpretação do contrato, mas de interpretação da lei que o qualifica, sendo uma questão de direito, e não de fato, saber, por exemplo, se um contrato é preliminar ou definitivo.⁴

A *função tradicional* do intérprete é perquirir e aclarar a vontade dos contraentes, manifestada no contrato mediante *declaração* destinada a provocar efeitos jurídicos.

Para os preceptivistas a vontade a ser interpretada no contrato é a que nele se encontra objetivada, a *vontade normativa* ou objetiva, não a vontade subjetiva. Sem admiti-la como fonte normativa, já explicava Bonfante que a vontade, uma vez separada do declarante, assume caráter objetivo e tamanha força, que a pessoa menos indicada para aferir o seu valor é quem a emitiu.⁵ São os comandos jurídicos integrantes do conteúdo do contrato que exprimem a *vontade objetiva*, assim manifesta, e constituem, portanto, o objeto da interpretação.

Função da interpretação do contrato é a determinação dos efeitos jurídicos que este visa a plasmar e a produzir.⁶ Diz-se que, se o objeto da vontade contratual (negocial) são os efeitos do contrato, deve-se admitir, por dedução lógica, que o fim último da interpretação é a determinação de tais efeitos. Afinal, o que importa é definir a *vontade contratual* objetivamente expressa nas cláusulas, mesmo que não corresponda exatamente à intenção do declarante. É, de resto, o comportamento obrigatório dos contratantes que demanda do intérprete clara definição e, se é juiz, a escolha do preceito aplicável em caso de controvérsia (lide).

O intérprete não pode se afastar da regra que manda interpretar as declarações de vontade, atendendo-se mais à sua intenção do que ao sentido literal da linguagem, a fim de determinar com precisão a efetiva vontade das partes.

Nos ordenamentos jurídicos que converteram tal princípio em artigo de lei, como o nosso,⁷ e ⁸ tem-se entendido que não se pode prescindir a investigação da vontade interna de cada parte, mas a verdade é que o fim da disposição legal é obrigar o intérprete a verificar o *espírito do contrato*, isto é, o seu significado genuíno. Interpretação correta da regra hermenêutica estatuída no Código Civil para interpretação dos negócios jurídicos em geral não pode admitir que alusão à intenção da declaração de vontade seja, no contrato, a de cada declarante, pois a vontade singular de cada parte é sempre irrelevante para o fim de interpretação do *acordo*.⁹ É que pode haver divergência entre os intentos e, não obstante, conclusão do contrato, como na hipótese de ser a declaração transmitida inexatamente. [Foi justamente para evitar esse equívoco que o art. 112 do Código Civil de 2002, ao reproduzir o art. 85 do Código Civil de 1916, esclareceu que a intenção a ser procurada pelo intérprete deve estar *consubstanciada na declaração contratual*, isto é, deve ter sido declarada, exteriorizada, transmitida aos destinatários da declaração. A vontade meramente interna não tem relevância jurídica para fins de interpretação contratual].

Tal como sucede, embora em outros termos, na interpretação da lei, admite-se *interpretação restritiva e extensiva* do contrato. Entende-se que as expressões usadas no contrato, por mais gerais que sejam, devem ser tomadas no sentido que esteja em estrita relação com os fins para os quais as partes se propuseram contratar. Interpretam-se, por conseguinte, restritivamente. Quando a fórmula adotada pelos contraentes diz menos do que aquilo que quiseram dizer, interpreta-se o contrato extensivamente, não se presumindo excluídos os pontos não previstos, aos quais ele possa ser estendido. Pode-se, em suma, demonstrar que o verdadeiro sentido do contrato é mais amplo do que o aparente,¹⁰ incluindo no significado mais amplo da fórmula adotada pelas partes todas as outras hipóteses que nela possam ser razoavelmente compreendidas.¹¹ Já Pothier esclarecera as dimensões dessa operação hermenêutica com o exemplo de um contrato antenupcial em que se pactuasse o regime de comunhão de bens no qual entrassem as coisas móveis havidas por sucessão; isso não exclui, diz ele, que também se comuniquem os outros bens que, por direito comum, entram na comunhão.

Por maior que seja, finalmente, o poder atribuído ao intérprete na medida em que se acentua a inclinação para dessubjetivar a vontade, não se consente que imponha às partes um contrato diverso do que realizaram, ainda que preferível do ponto de vista do interesse público.¹² Não é lícito ao juiz invocá-lo para o ajustamento por meio de interpretação; cabe-lhe unicamente decretar a nulidade do contrato se o contraria, ou dizer que as cláusulas infringentes estão substituídas pelas disposições legais que prevêm a substituição automática.

As *lacunas* da regulação contratual exigem a sua *interpretação complementar*, tal como sucede com a lei, com a diferença de que o *contrato* estabelece regras que somente valem para as partes e para situações concretas. Na interpretação complementar de um contrato, é relevante, também, averiguar o modo por que os contratantes intentaram harmonizar os interesses recíprocos, levando-se em conta a sua estrutura integral e as circunstâncias pressupostas pelas partes, no dizer de Larenz. A tarefa do intérprete consiste em verificar o que os contraentes teriam estatuído se houvessem pretendido regular a questão que não foi expressamente prevista, isto é, sua *vontade hipotética*.¹³ [Acrescenta Larenz ser a vontade hipotética um *critério normativo*, baseada no que *ambas as partes* (e não cada uma delas) teriam querido *honestamente*, como *justo equilíbrio de interesses*. A vontade hipotética não se confunde, pois, com a pesquisa meramente subjetiva da vontade das partes. Nesse sentido, diz-se que a interpretação complementar é regida por parâmetros *objetivos*, tais como a boa-fé e os usos¹⁴].

Em muitas e freqüentes relações contratuais, interessa, mais do que a interpretação da *declaração*, a da *regra*.

160. Interpretação da lei e interpretação do contrato. Distingue-se tradicionalmente a *interpretação da lei da interpretação do contrato*.

A interpretação da lei seria a interpretação da vontade do legislador, significando-se com essa expressão a vontade objetiva e constante que se exprime no texto, não a vontade subjetiva das pessoas físicas que o elaboram ou do órgão que a aprovou. Já a interpretação do contrato é conceituada, na hermenêutica tradicional, como processo de esclarecimento da vontade subjetiva dos contratantes e, na doutrina mais recente, como investigação da vontade objetivada no conteúdo do vínculo contratual.

Na interpretação da lei, a missão do intérprete consiste em lhe determinar o sentido e alcance, enquanto na interpretação do contrato lhe cumpre descobrir a vontade concreta das partes. Nesta, o que se interpreta é um comportamento humano. O intérprete de um contrato tem de indagar da verdadeira *intenção* dos contratantes e deve esclarecer o *sentido* da declaração.¹⁵ Sua tarefa é, pois, diferente da missão do intérprete da lei.

Tende-se, não obstante, para construir uma *teoria unitária* da interpretação. A idéia não é nova, já havendo epígonos da escola da *jurisprudência dos interesses* que sustentavam dever a interpretação do contrato ser feita

conforme o método de avaliação dos interesses, observado por eles na interpretação da lei. É, no entanto, entre os que incluem o contrato entre as *fontes normativas* que a construção unitária encontra os mais conseqüentes defensores. Segundo a *teoria preceptiva* do contrato, a interpretação jurídica visa sempre e somente a fixar o teor e a importância dos comandos jurídicos, legais ou negociais, devendo-se abandonar o princípio de que a interpretação é averiguação de uma vontade interna ou psicológica.¹⁶ Desse modo, a determinação do sentido da manifestação ou declaração numa cláusula contratual ou num artigo de lei deve obedecer aos mesmos princípios e critérios.

Para os tradicionalistas, a relação jurídica nascida de um contrato deve ser interpretada em obediência a regras e métodos distintos dos que se observam na interpretação da lei, designadamente os que presidem a chamada *interpretação subjetiva*.

161. Tipos de interpretação. Na interpretação dos contratos, distingue-se a interpretação *subjetiva* da *objetiva*.

A *interpretação subjetiva* tem por fim a verificação da *vontade real* dos contratantes,¹⁷ enquanto a *interpretação objetiva* visa a esclarecer o sentido das declarações que continuem dúbias ou ambíguas por não ter sido possível precisar a efetiva intenção das partes.^{18 e 19} A interpretação objetiva é subsidiária, pois suas regras só se invocam se falharem as que comandam a interpretação subjetiva.

A distinção não tem fundamento para os *preceptivistas*, por isso que não admitem a investigação da intenção das partes e acham que as normas de interpretação destinam-se à determinação do significado normativo do contrato.

Tanto a *interpretação subjetiva* como a *objetiva* têm regras prescritas nos códigos mais recentes.²⁰

São disposições legais de *interpretação subjetiva* nesses códigos: *a)* na interpretação de um contrato deve-se indagar qual foi a *intenção comum* das partes; *b)* o intérprete não deve limitar-se ao sentido literal da linguagem, mas averiguar o espírito do contrato; *c)* tal como a lei, o contrato deve ser interpretado *sistematicamente*, interpretando-se suas cláusulas umas por meio das outras e atribuindo-se a cada qual o sentido que emerge da totalidade; *d)* as cláusulas de um contrato de adesão ou predeterminadas por um dos contraentes em fórmula impressa interpretam-se, na dúvida, em favor do outro (*interpretatio contra stipulatorem*).

São regras de *interpretação objetiva*: *a)* o contrato deve ser interpretado segundo boa-fé;^{21 e 22} *b)* a interpretação deve conduzir à conservação do contrato, de modo que produza efeitos, como também devem produzi-los suas cláusulas; *c)* no caso de permanecer obscuro depois de observadas as regras hermenêuticas estabelecidas, deve o contrato gratuito ser interpretado no sentido menos gravoso para a parte com posição de devedor, enquanto no contrato oneroso a interpretação deve conduzir ao maior equilíbrio das prestações *extrema ratio*.²³

Nas legislações que acolheram estes cânones, [como o Código Civil de 2002], tais disposições são verdadeiras e próprias regras jurídicas. Ao interpretar um contrato, a fim de dirimir um litígio, o juiz tem de observá-las como a qualquer outro preceito legal. Onde não foram introduzidas na legislação, devem ser adotadas pelo intérprete como normas *lógicas* que lhe facilitam a tarefa ao lado do emprego dos *métodos* literal, lógico, sistemático, extensivo, restritivo e das práticas gerais interpretativas.

162. Interpretação subjetiva. A interpretação subjetiva é dominada pelo *princípio de investigação da vontade real* (*voluntas spectanda*).

Tal investigação precede a qualquer outra. O intérprete tem de indagar, antes de mais nada, qual foi a *intenção comum* das partes, e não a vontade singular de cada declarante, atendendo ainda ao comportamento coetâneo e posterior à sua celebração.

Não é tranqüilo o conceito de *intenção comum*. Entendem alguns autores²⁴ que se forma no ponto de encontro das duas vontades orientadas para o mesmo objeto, isto é, quando as duas declarações se encaixam, superpondo-se à divergência dos motivos e interesses de cada qual das partes. Outros vislumbram-no na concorde determinação causal do contrato, vale dizer, no comum *intento prático* das partes. Terceiros sustentam ser a intenção comum um conceito que diz respeito às vontades objetivas no acordo.

A intenção das partes passa a ser comum com a integração das vontades, mas não se sabe o que verdadeiramente se deve entender como tal nem como conduzir a investigação para descobri-la.

A indicação da *causa* do contrato como o *meio interpretativo* próprio para definir a *intenção comum* dos contraentes peca por escassez. Conhecer o fim que as partes têm na mira ao celebrar um contrato é um dado relevante para a averiguação da chamada vontade contratual, mas insuficiente, inclusive para encontrar o verdadeiro sentido das *cláusulas* especiais introduzidas pelas partes no texto do contrato, que tenham necessidade de ser

interpretadas. De resto, as estipulações concretas variam de contrato a contrato e o intento prático de cada tipo contratual é invariável, pouco adiantando conhecer este para descortinar a vontade contratual se aquelas o modificam.

Tendo-se em conta o tipo de contrato, conceituam certos escritores a *intenção comum* como o sentido de cada declaração que o declaratório tinha o dever de entender usando o grau de diligência que dele se deve esperar, como, por exemplo, na aceitação pura e simples de uma proposta ou oferta ou quando o contrato seja precedido de tratativas (*negociações preliminares*), no resultado das combinações dos significados de propostas e contrapropostas entendidas segundo o princípio do *dever de reconhecer* ou de entender.²⁵

A *vontade comum* no contrato é, para a doutrina objetivista, um conceito vazio, se elaborado em termos subjetivos. É que não pode ser a que emerge de uma indagação de caráter psicológico, porquanto tal investigação pode conduzir apenas à descoberta da vontade de cada parte.²⁶

Como quer que seja, a *interpretação subjetiva* é necessária, pois o objeto da interpretação do contrato é sempre a *vontade*, e a meta a ser alcançada pelo intérprete é a exata determinação dos *efeitos* jurídicos que as partes quiseram provocar.

163. Interpretação objetiva. Para cumprir sua tarefa, deve o intérprete examinar o contrato precipuamente do ponto de vista da *vontade das partes*, como visto. O legislador o ajuda, à medida que dita *preceitos interpretativos*. Juntamente com as normas destinadas a orientá-lo no sentido de buscar a verdadeira intenção dos contratantes, ditam-se regras para a solução de dúvidas que perdurem após a pesquisa feita para a descoberta da *vontade real* do contrato em exame. Passa-se, nesses casos, da *interpretação subjetiva* para a *objetiva* sem deixar de reconhecer que as regras desta podem ser aplicadas concomitantemente para ajudar a investigação da intenção das partes.

Três princípios dominam a interpretação *objetiva*:

- 1) princípio da boa-fé;
- 2) princípio da conservação do contrato;
- 3) princípio da *extrema ratio* (menor peso e equilíbrio das prestações).

Os três reclamam sumária elucidação.

O *princípio da boa-fé* [explicitado no art. 113 do Código Civil,] foi consagrado pela primeira vez no art. 157 do Código Civil alemão neste termos: “Os contratos devem ser interpretados tal como o exijam a confiança e a lealdade recíprocas em correlação com os usos do comércio.” Tomou, entretanto, significação especial nas legislações que o receberam como norma subsidiária da interpretação comum dos contratantes. Trata-se de uma regra que contribui para precisar o que se deve entender como o *consenso*, assim considerado o encontro e a combinação de duas vontades para a produção de efeitos jurídicos vinculativos. O processo interpretativo empregado para reconstruir e determinar o comum intento prático das partes de um contrato é guiado pelo critério da boa-fé, devendo assim se entender por *intenção comum* o que, como declaratórios, podiam os contratantes entender da declaração recebida ou deduzir do comportamento de outro declarante.²⁷ Consagra-se, por outras palavras, a concepção objetivista da interpretação explicitada no Código Civil português (art. 236) e explicada pela necessidade de proteger a legítima expectativa de cada um dos contraentes e de não perturbar a segurança do tráfico.²⁸ Devem-se investigar os possíveis sentidos da declaração e acolher o que o destinatário podia e devia atribuir-lhe com fundamento nas regras comuns da linguagem e no particular modo de se comunicar e se entender com a outra parte.²⁹ Torna-se claro, nesse entendimento, que o princípio da boa-fé na interpretação dos contratos é uma aplicação particular do princípio mais amplo da confiança e auto-responsabilidade segundo o qual deve reconhecer a validade de uma declaração negocial quem a emitiu por forma que o destinatário não possa, com diligência ordinária, emprestar-lhe outro sentido, pouco importando o que o declarante quis realmente atribuir.³⁰ O que em suma importa é o *significado objetivo* que o aceitante de proposta de contrato “podia e devia” entender razoavelmente segundo a regra da *boa-fé*.

Sob invocação da óbvia razão de que a interpretação é obra do intérprete, há quem sustente³¹ que a regra segundo a qual o contrato deve ser interpretado de boa-fé constitui norma de comportamento dirigida a quem deve interpretar, só tendo valor quando várias soluções se apresentam como igualmente possíveis, hipótese em que deve adotar aquela que mais se harmonize à lei moral e torne o regulamento contratual mais justo e equitativo. Nesse modo de entender, o princípio da boa-fé na interpretação careceria de maior significação em desacordo com a

opinião dominante que lhe atribui grande importância, mesmo quando seja considerado um processo interpretativo subsidiário, como na legislação italiana. [Enquanto critério objetivo a guiar a interpretação complementar, toda vez que houver na declaração contratual lacunas, ambigüidades ou contradições, a boa-fé tem a função de substituir o ponto de vista relevante para a interpretação, posicionando no contexto do contrato um *modelo de pessoa normal*, razoável, a fim de averiguar o sentido que essa pessoa atribuiria à declaração negocial caso houvesse percebido a deficiência desta].

Segundo o *princípio da conservação* do contrato, quando uma cláusula contratual admite dois sentidos deve ser entendida, conforme já ensinara Pothier, naquele com o qual possa produzir qualquer efeito. Enuncia-se hoje como princípio que inspira a *interpretação integrativa*, não se restringindo à dúvida sobre cláusulas, mas também à que paira sobre todo o contrato. Funda-se na razão principal de que não se deve supor que as partes tenham celebrado um contrato inutilmente e sem seriedade. O contrato deve ser interpretado, como qualquer de suas cláusulas, no sentido de que possa ter qualquer efeito, devendo prevalecer a interpretação que lhe dê o significado mais útil.

A *extrema ratio* é, por último, uma regra que se inspira na necessidade de atribuir ao contrato um significado, por mais obscuro que seja. Quando a sua obscuridade permanecer, a despeito da aplicação de todos os princípios e regras de interpretação, recorre o intérprete ao critério extremo que o orienta no sentido de entendê-lo menos gravoso para o devedor, se gratuito,³² e no sentido que realize equitativo equilíbrio entre os interesses das partes, se a título oneroso. A obscuridade não deve ir ao ponto de privar o contrato de qualquer sentido. Neste caso, seria nulo.

É de reconhecer, em conclusão, que todas as regras da *interpretação objetiva* não são normas interpretativas do contrato propriamente dito, pois que visam não a esclarecer o sentido da vontade contratual, mas a introduzir um significado hipotético à base de esquemas hipotéticos diante de vontade obscura ou ambígua.³³ São normas jurídicas ligadas, antes, à estrutura do contrato, à sua função e à retidão das técnicas de contratação que hoje se empregam em certos setores econômicos, como, *v.g.*, a do contrato em massa.

164. Usos interpretativos. Práticas usuais e palavras usadas habitualmente no mesmo sentido ajudam o intérprete na realização de sua tarefa. Formam-se, desse modo, *usos sociais*, que devem ser levadas em conta na interpretação dos contratos, conforme prescrevem algumas legislações, como o Código Civil alemão [e também o brasileiro³⁴]. Têm, em síntese, *função hermenêutica*, dizendo-se, por isso, que são *interpretativos*.

Resultam da repetição constante do modo de agir na execução de determinado contrato, como, *v.g.*, o uso de se dilatar por trinta dias o pagamento considerado à vista do preço de certas mercadorias.

Atribui-se a mesma função ao emprego de termos que designam correntemente atos ou objetos, sempre com a mesma significação, uma vez que toda declaração de vontade deve produzir os efeitos jurídicos correspondentes ao significado usual das palavras pelas quais se exprime.

Os *usos interpretativos* não devem ser confundidos com as *normas consuetudinárias*. Estas são autênticas normas jurídicas, gerais e obrigatórias, enquanto aqueles representam práticas úteis à interpretação das declarações de vontade. Não têm o valor de uma norma de direito objetivo, valendo, antes, como *parte constitutiva da declaração de vontade*.³⁵

Duas funções distintas se atribuem aos *usos interpretativos*, uma estritamente hermenêutica e outra nitidamente supletória; ao *uso supletivo* recorre-se para integrar lacuna do contrato, podendo ser excluído por vontade expressa das partes, enquanto ao uso interpretativo *stricto sensu* deve o intérprete reportar-se para investigar se há efeitos jurídicos não declarados mas correspondentes ao que é usual em tais contratos,³⁶ aplicando-os, segundo alguns, mesmo quando é desconhecido dos interessados.

O *uso* pode instaurar-se no curso de uma relação contratual, como se verifica quando as duas partes observam, durante muito tempo, conduta uniforme a que se atribui habitualmente determinada significação,³⁷ e não possa ser considerada nova cláusula tacitamente admitida pelas partes.

A doutrina continua dominada por incertezas e dúvidas a respeito da significação dos *usos interpretativos* e da qualificação do tipo de interpretação a que devem ser conduzidos. Vacila-se na distinção entre tais usos e os *usos normativos*, e, até mesmo, na diferença com os *usos contratuais*, afirmando-se que se posicionam em plano bem diverso, para, afinal, reduzi-los a simples modos de ver e de se exprimir, dos quais se extrai não uma regra de conduta, mas um critério para atribuir a um ato o significado mais correto e adequado.³⁸

- ¹ A. von Thur, *Tratados de las Obligaciones*, I, p. 193.
- ² Mosco, *Principi sulla Interpretazione dei Negozi Giuridici*, p. 11. Larenz atribui à declaração negocial *dupla função*, de um lado, é, como *ato determinante*, uma realização da vontade do declarante dirigida à produção de um efeito jurídico, do outro, é, pelo propósito notificatório, um *ato* de comunicação interpessoal. In *Derecho Civil, parte general*, p. 451.
- ³ A. von Thur, ob. cit., p.197.
- ⁴ Ferri, *Lezioni sul Contratto*, p. 155.
- ⁵ *Apud* Grasseti, *L'interpretazione del Negozio Giuridico*, p. 109.
- ⁶ Ferri, ob. cit., p. 137; Redenti, *Dei Contratti nella Pratica Commerciale*, p. 64; Mosco, ob. cit., p. 31. Danz, *A Interpretação dos Negócios Jurídicos*, p. 77.
- ⁷ Art. 85 do Código Civil.
- ⁸ [Art. 112 do Código Civil].
- ⁹ Grasseti, ob. cit., p. 111.
- ¹⁰ Messineo, *Dottrina del Contratto*, p. 356.
- ¹¹ Mosco, ob. cit., p. 113.
- ¹² Trimarchi, *Istituzioni di Diritto Privato*, p. 157.
- ¹³ Larenz, ob. cit., p. 748. Com dois exemplos, aclara o que chama interpretação complementar. O primeiro é o do contrato entre dois empresários para transferência do fundo de comércio, relações negociais, patentes em troca de determinada participação, por certo prazo, nos lucros do negócio. Antes de expirar o prazo, o vendedor montou empresa concorrente, alegando, quando o comprador se opôs, que no contrato não havia cláusula que proibisse a concorrência. O tribunal admitiu, por via de *interpretação complementar*, a proibição de concorrência durante o prazo do pagamento do preço. O segundo exemplo é o de dois médicos que permutaram os consultórios nos quais trabalhavam em diferentes cidades. Um deles abriu novo consultório, passando algum tempo, nas circunvizinhanças do antigo, mas, a requerimento do outro, teve de fechá-lo, não obstante ser o contrato omissivo quanto à questão.
- ¹⁴ [Art. 113 do Código Civil].
- ¹⁵ Diez Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, p. 247.
- ¹⁶ Ferri, ob. cit., p. 138.
- ¹⁷ [Art. 112 do Código Civil].
- ¹⁸ Osti, *Novissimo Digesto Italiano*, verbete “Contrato”.
- ¹⁹ [Arts. 113 e 114 do Código Civil].
- ²⁰ [Código Civil francês, arts. 1.156 a 1.164;] Código Civil italiano, arts. 1.362 a 1.371; Código Civil português, arts. 236 a 239.
- ²¹ É tida por norma de interpretação subjetiva em algumas monografias, esclarecendo um autor que sua aplicação tem por fim auxiliar a busca da intenção comum das partes. Cons. a propósito Mosco, ob. cit., pp. 67/72.
- ²² [Art. 113 do Código Civil].
- ²³ [Art. 114 do Código Civil].
- ²⁴ Messineo, *Dottrina del Contratto*, pp. 350 e segs., dentre outros.
- ²⁵ Mosco, ob. cit., p. 93.
- ²⁶ Ferri, ob. cit., p. 146.
- ²⁷ Mosco, *Principi sulla Interpretazione dei Negozi Giuridici*, p. 70.
- ²⁸ Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. 1º.
- ²⁹ Rescigno, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, p. 309.
- ³⁰ Mosco, ob. cit., p. 52; Mirabelli, *Dei Contratti in Generale*, p. 205.
- ³¹ Ferri, ob. cit., p. 149.
- ³² [Art. 114 do Código Civil].
- ³³ Mosco, ob. cit., p. 35.
- ³⁴ [Art. 113 do Código Civil de 2002].
- ³⁵ Danz, *A Interpretação dos Negócios Jurídicos*, trad. de Fernando Miranda, p. 149.
- ³⁶ Diez Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, p. 257.
- ³⁷ Danz, ob. cit., p. 155.
- ³⁸ Mirabelli, *Dei Contratti in Generale*, p. 213.

PARTE II

CONTRATOS EM ESPÉCIE

Capítulo 19

DOAÇÃO

Sumário: 165. Generalidades. 166. Natureza. 167. Elementos característicos. 168. Pressupostos e requisitos. 169. Espécies. 170. Conteúdo. 171. Invalidade. 172. Revogação.

165. Generalidades. No Direito moderno, a doação é *contrato*. Foi abandonada a orientação, proveniente das *Institutas*, de colocá-la entre os modos de adquirir a propriedade. É, no entanto, negócio jurídico de natureza especial. Conquanto requeira, para se formar, a intervenção de duas partes, sua natureza contratual não é sempre admitida, pois, segundo a lição de Savigny, em algumas situações, o consentimento do donatário não se verifica. Todavia, como são casos excepcionais, de menor importância, não prejudicam a tese, hoje vitoriosa, da *contratualidade*. [O Código Civil dispensa a aceitação do donatário quando este for absolutamente incapaz e se tratar de doação pura.¹ A desnecessidade de aceitação, nessa hipótese específica, refletiu no próprio conceito do contrato de doação. De fato, o art. 538 do Código Civil não reproduziu a parte final do art. 1.165 do Código de 1916 (“*que os aceita*”). Embora a supressão possa dar margem à dúvida, é certo que o contrato de doação permanece simplesmente consensual, exigindo a aceitação do donatário (exceção feita ao caso previsto no art. 543) e independentemente da transmissão do bem doado para se aperfeiçoar.]

Doação é, pois, contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir gratuitamente um bem de sua propriedade para patrimônio da outra, que se enriquece na medida em que aquela empobrece.

O sujeito que comete a liberalidade denomina-se *doador*; o outro, *donatário*.

A *doação* é contrato *unilateral*, *simplesmente consensual* e *gratuito*. Unilateral, porque somente o *doador* contrai obrigações. *Simplesmente consensual*, porque não requer, para seu aperfeiçoamento, a entrega da coisa doada ao *donatário*. Desde que o acordo se realiza, o contrato está perfeito e acabado. É da aceitação do donatário que nasce para o doador a obrigação de entregar o bem. *Gratuito*, por excelência, porque o donatário enriquece seu patrimônio sem contrapartida.

A doação com *encargo* não é contrato bilateral, pois que entre as obrigações não há *sinálagma*.

Todos os bens e direitos alienáveis podem ser objeto de doação. Capazes para fazê-la todas as pessoas no gozo do poder de dispor.

166. Natureza. O problema da natureza jurídica da doação perdeu interesse com a predominância absoluta da opinião de que é um *contrato*. Foi, no entanto, vivamente debatido por ter sido considerado *ato unilateral* no Código Civil francês. Atribui-se o equívoco à influência de Napoleão, que, intervindo nos debates, impusera seu ponto de vista baseado na falsa suposição de que a criação de obrigação unilateral é incompatível com a idéia de contrato, mas, em verdade, o legislador francês conformou-se à orientação do Direito romano, através das *Institutas* de Justiniano, que incluíam a doação entre os meios de aquisição da propriedade. O Código francês regulou-a, em consequência, ao lado dos testamentos, reunindo os atos de liberalidade *inter vivos* e *mortis causa*, dos quais resultam a transmissão da propriedade, a que são idôneos.

A natureza contratual da doação é atualmente inquestionável. Os códigos incluem-na entre os contratos, ainda que reconheçam se deva submeter a algumas regras aplicáveis ao testamento. Não resta dúvida de que, para sua formulação, é indispensável o acordo de duas vontades, somente se configurando, com efeitos, se o donatário a aceita, expressa ou tacitamente.

É de se admitir, entretanto, que, em certos casos, a doação não tem natureza contratual, realizando-se em virtude de uma só declaração de vontade, quando se caracteriza, portanto, como *negócio unilateral*.

Ensina Savigny que, quando resulta de uma tradição, de uma promessa, ou de uma liberação, o caráter contratual da doação está fora de dúvida, mas que, em outros, falta, quando não é preciso que o donatário tenha conhecimento do fato que o enriquece nem há necessidade de que preste seu consentimento.² Em seguida, relaciona os atos jurídicos que contêm verdadeira doação, independentemente do consentimento do donatário: *a)* a liberação de um devedor resultante de prescrição que o credor deixa correr voluntariamente; *b)* os gastos feitos por conta de outra pessoa, sem intenção de os reclamar; *c)* a liberação de um devedor em consequência de pagamento, novação ou fiança, quando a exoneração se verifica com o propósito de presentear o devedor.³ Resulta esse entendimento, entretanto, de se confundir a doação com outros atos de liberalidade.

Na doação é indispensável o consentimento do beneficiado, e, como se trata de *contrato benéfico*, somente não se forma se houver explícita repulsa do donatário. [A única exceção a essa regra encontra-se no art. 543 do Código Civil, que dispensa a aceitação do donatário absolutamente incapaz, quando a doação for pura].

Definida a *natureza da doação*, cumpre verificar se o contrato produz *efeitos reais* ou *somente obrigacionais*. Se a *doação* é um contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita, poder-se-ia colher a falsa impressão de que, pelo contrato, se transfere a propriedade dos bens doados, mas na realidade não produz esse efeito. A propriedade do bem doado somente se transmite pela *tradição*, se *móvel*, ou pela *transcrição*, se *imóvel*. O contrato é apenas o *título*, a causa da transferência, não bastando, por isso só, para operá-la. Nesse sentido é que se diz ser a doação contrato translativo do domínio. São obrigacionais os efeitos que produz. O doador obriga-se a transferir do seu patrimônio bens para o do donatário, mas este não adquire a propriedade senão com a tradição, ou a transcrição. Entre nós o domínio das coisas não se adquire *solo consensu*, regra válida tanto para a compra e venda e a permuta como para a *doação*.

167. Elementos característicos. A doação é negócio jurídico que precisa reunir as seguintes condições:⁴

- 1ª) que se verifique entre vivos;
- 2ª) que uma das partes se enriqueça na medida em que a outra empobrece;
- 3ª) que esta queira enriquecer a outra a suas expensas.

Os dois últimos requisitos são, respectivamente, os elementos *objetivo* e *subjetivo* da doação.

O primeiro é necessário para distingui-la do *testamento*. A liberalidade *mortis causa* tem natureza unilateral e obedece a prescrições especiais, devendo constar de *disposição testamentária*, pois nosso direito não admite a *doação "mortis causa"*, embora produza efeitos, se revestir a forma de *legado*, ou se se fizer *propter nuptias*.

Para haver *doação* mister se faz, primeiramente, a diminuição em um patrimônio e aumento correspondente em outro. O *donatário* há de enriquecer na medida em que o *doador* empobrece. Enriquecimento pode consistir em qualquer atribuição patrimonial: aquisição pelo donatário de propriedade ou direito real limitado, cessão de créditos ou de quaisquer vantagens. O empobrecimento do doador constitui o elemento de caracterização que permite distinguir a doação de outros negócios jurídicos, como, *v.g.*, renúncia.

Completa-se com o elemento subjetivo: o *animus donandi*. Indispensável à caracterização da doação é, com efeito, a intenção de praticar um *ato de liberalidade*. O doador deve ter a vontade de enriquecer o donatário, a expensas próprias. Se lhe falta esse propósito, o contrato não será de doação. É o *animus donandi* que o caracteriza. Não basta a gratuidade. Traço decisivo da doação é a *liberalidade*, a vontade desinteressada de fazer benefício a alguém, empobrecendo-se ao proporcionar à outra parte uma aquisição *lucrativa causa*. A intenção liberal concretiza-se, em suma, no intuito de enriquecer o beneficiário.

Há casos em que o enriquecimento ocorre sem doação, porque falta o *animus donandi*, o que pode suceder de dois modos: *a)* sem que as partes tenham notícia da alienação ou do enriquecimento; *b)* tendo conhecimento, mas visando a um fim que exclui a intenção de enriquecer.⁵ Verifica-se sem conhecimento das partes em matéria de usucapião e prescrição, e com conhecimento, em várias hipóteses, dentre as quais o pagamento indébito, e, conscientemente, como na transação em que os transatores renunciam a alguns direitos, mas, evidentemente, sem a intenção de se gratificarem mutuamente.

168. Pressupostos e requisitos. A *capacidade* no contrato de doação varia conforme a posição da *parte*. Porque contrato translativo do domínio, o *doador* há de ter o *poder* de disposição para assumir a obrigação de alienar o bem doado. Porque contrato benéfico, o *donatário* não precisa ter capacidade de fato para aceitar a doação, embora se suponha necessário o consentimento do seu representante legal.

Nem sempre, porém, tem a pessoa *legitimação* para doar. Não podem fazer doação:

- a) os tutores e curadores a seus pupilos ou curatelados;
- b) o cônjuge adúltero a seu cúmplice.

Podem aceitar doação os incapazes. Até o *nascituro* recebe a esse título, mas a aceitação deve ser declarada por aquele a quem incumbe curar de seus interesses. [Podem aceitar a doação pelo nascituro não somente os pais, mas também os demais representantes legais⁶]. Os incapazes aceitam por intermédio de seus representantes nos casos que se torna necessário o consentimento expresso do donatário. Quando pode ser tácito, ou quando decorre do silêncio no prazo fixado pelo doador para aceitação, o contrato forma-se independentemente da intervenção do representante legal.

Tutores e curadores não podem doar os bens que administram. Não lhes é permitido aceitar doações dos seus tutelados ou curatelados que, porventura, fossem autorizados a fazê-las.

A concubina de homem casado está proibida de receber doação do concubinário, mas a rigor a proibição afeta o doador, cujo ato é passível de ser anulado por provocação do cônjuge ou dos herdeiros necessários.

Objeto de doação podem ser as coisas que estão no comércio – móveis e imóveis, bens corpóreos e incorpóreos, presentes e futuros, direitos reais e pessoais, vantagens de qualquer espécie.

O bem a ser doado deve pertencer ao doador no momento em que o doa, nula sendo, desse modo, a doação de coisas alheias e a *doação de coisa futura*.

A doação de coisa alheia é nula por falta de objeto. Quando se admitisse, a exemplo da compra e venda, a validade do contrato a pretexto de que o doador se estaria obrigando somente, em tal hipótese, a tentar adquirir a coisa para cumprir, em seguida, a obrigação contraída, a *natureza* da doação, como negócio jurídico gratuito, não aceitasse o símile. Novo contrato de doação teria de ser celebrado seguidamente à aquisição da coisa alheia pelo doador. Afinal, a doação de coisa alheia é *doação de coisa futura* e esta é proibida, desde que como tal se considerem as que ainda não ingressaram no patrimônio do doador. Outra não foi a razão porque o Código Civil, ao definir a doação, considerou-a o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, *transfere* do seu patrimônio, para o de outra, bens ou vantagens. Com tais expressões, proíbe a lei a doação de coisa futura, pois ninguém pode transferir do seu patrimônio o que neste não está, nenhuma razão tendo quem as interpreta como adesão do legislador ao sistema de transmissão da propriedade por efeito exclusivo do contrato. Não obstante, sustentam alguns autores que é válida como *doação condicional*. Enquanto outros vêem nesse contrato uma *promessa de doação*. Nenhuma dessas teses é aceitável.

A simples *posse* não pode ser *objeto* de doação porque as vantagens próprias dessa entidade não lhe atribuem autonomia no patrimônio do doador, não existindo *de per se*.

Não é permitida, igualmente, a *doação inoficiosa*. Por tal se entende aquela em que o doador, no momento da liberalidade, excede a legítima dos herdeiros. Não se lhe concede que doe, além do que poderia dispor em testamento, mas a ineficácia não atinge todo o contrato, senão apenas na parte excedente. Faz-se, portanto, a *redução*. Há, na inoficiosidade, uma relação entre a doação, a legítima e mais a metade, disponível.

Não valem: a) a doação de todos os bens, sem reserva da parte ou renda suficiente para a subsistência do doador; b) a doação da parte excedente do que poderia dispor o doador em testamento, no momento em que doa.

A doação pode ser feita: a) verbalmente; b) por instrumento particular; c) por escritura pública. A primeira forma só se admite nas doações de coisas móveis de pequeno valor.

Nas doações de bem imóvel de certo valor, prescreve a lei *forma especial*, sendo da essência do contrato, neste caso, a *escritura pública*, não valendo se realizada por outra forma. As outras doações podem ser levadas a termo por *instrumento particular*. Podem ser feitas *verbalmente*, se versarem sobre bens móveis de pequeno valor, em se lhe seguindo *incontinenti* a tradição. A estas últimas chamam-se *doações manuais*.

169. Espécies. A doação pode ser:

- a) *pura*;
- b) *condicional*;

- c) *modal*;
- d) *remuneratória*;
- e) *mista*;
- f) *com cláusulas de reversão*.

Doação pura é a que se faz por espírito de liberalidade, sem subordinação a qualquer acontecimento futuro e incerto, ao cumprimento de encargo ou em consideração do mérito ou reconhecimento de serviços por este prestados pelo favorecimento. É a mais simples espécie de doação, a mais comum, a que responde genuinamente ao espírito do ato. Na doação pura, não há limitações ao direito do donatário, nem motivo especial que a determine. É a liberalidade plena.

Doação condicional é a que depende, para ser eficaz, de acontecimento futuro e incerto.

Não se permite condição que deixe ao doador o arbítrio de renovar ou neutralizar a doação. Defeso não é, entretanto, subordinar sua eficácia ao casamento do donatário, mas se considera ilícita a condição que a sujeite ao matrimônio com determinada pessoa.⁷

A doação condicional não se confunde com a *doação modal*. Nesta, o doador impõe ao donatário encargos ou obrigações. Naquela, o donatário só adquire ou perde o direito quando se verificar a condição. O *modo* é coercitivo; não assim a condição. O donatário *sub modo* pode ser compelido a cumprir o encargo imposto pelo doador, mas o inadimplemento da obrigação não é causa de *resolução* do contrato, a menos que a tenham expressamente estipulado. [Se não houver prazo para o cumprimento do encargo, o donatário poderá ser notificado judicialmente para que o cumpra em prazo razoável.⁸ Configurado o inadimplemento do encargo, a doação poderá ser revogada.] O *modo*, por outro lado, não suspende a aquisição do direito do donatário, como a doação *condicional*. Finalmente, se o encargo for impossível ou ilícito, a cláusula que o instituir tem-se como não escrita, não se invalidando, portanto, a doação.

Doação remuneratória, em sentido próprio, é a que se faz para recompensar serviços prestados ao doador, que não podem ser cobrados. Em acepção mais ampla, abrange, porém, a que se faz em consideração dos méritos do donatário, ou como reconhecimento a atos, gestos e atitudes suas. A *doação remuneratória* não deixa de ser liberalidade, visto como não há obrigação de pagar os serviços, o doador pratica o ato sob impulso generoso, com a intenção de gratificar. Distingue-se, entretanto, em certos efeitos, da *doação própria*, não podendo ser revogada por ingratidão, e se feita a filho, não importando adiantamento de legítima. A definição de sua natureza é um dos tormentosos problemas que a doutrina enfrenta.⁹

Dentre as *doações condicionais*, salienta-se a que encerra *cláusula de reversão*, na qual se estipula que o bem doado voltará ao patrimônio do doador se o donatário falecer antes dele. A cláusula de reversão configura *condição resolutiva*, subordinando a eficácia da *doação* a um evento futuro que se verificará, ou não, antes do outro. Se o donatário morrer antes do doador, o bem reverte ao patrimônio deste; se o doador falecer antes do donatário, consolida-se neste. Embora a morte do donatário seja acontecimento certo, a *doação a retorno é condicional* porque pode ocorrer antes ou depois do falecimento do doador. Por outro lado, a causa da extinção do direito do donatário é prevista no contrato. Diz-se, por isso, que quem recebe por doação com cláusula de reversão tem sobre o bem doado *propriedade resolúvel*, por isso que, no próprio título de sua constituição, se encontra o princípio que a tem de extinguir, realizada a condição resolutiva. Aplicam-se, assim, ao direito do donatário, as regras informativas dessa modalidade de domínio. [O art. 547, parágrafo único, do Código Civil, vedou cláusula de reversão em favor de terceiro. Dessa forma a cláusula, antes admitida, passou a ser ilícita. Outra hipótese de doação condicional é a doação a entidade futura, disciplinada pela primeira vez no art. 554 do Código Civil. Trata-se de doação sob *condição suspensiva*, cuja eficácia está subordinada à constituição da entidade dentro do prazo de dois anos.] A *doação mista*. O *negotium mixtum cum donatione* é, realmente, de caracterização difícil. Doação não é, segundo o entendimento predominante, porque tem causa contraditoriamente gratuita e onerosa. Assim, a venda de coisa a preço vil teria essa dupla causa. Venda na aparência, doação na realidade, apresenta-se sob modo que não corresponde a seu fim. Quem vende quer, de fato, doar. Mas não se pode dizer que há doação porque o preço, embora irrisório, existe para caracterizar o negócio como *venda*. Pretende-se seu desdobraimento, admitindo-se que, em parte, seja *doação*, e, em parte, *venda*, pelo que não teria a natureza do contrato misto. Outros, considerando não ser possível abstrair ou desconhecer a existência, no *negotium mixtum cum donatione*, do *animus donandi*, qualificam-no como *doação*. A verdade é que se lhe não podem aplicar exclusivamente as regras que disciplinam esse contrato. Rigorosamente, pois, *negotium mixtum cum donatione* não é modalidade de doação.

Além das espécies analisadas, existem outras sem o mesmo interesse prático, como a *doação conjuntiva*, que se faz, em comum, a mais de uma pessoa. Enten-de-se que é distribuída por igual entre os diversos donatários, a menos que o contrato tenha previsto divisão desigual, ou se possa deduzir do seu contexto ser essa a vontade do doador. Na *doação conjuntiva*, admite-se o *direito de crescer*, tal como se de uma *conjunção mista* se tratasse. Verifica-se, necessariamente, se os donatários forem marido e mulher. Neste caso, a doação subsistirá, na totalidade, para o cônjuge sobrevivente.

Também se assinalaram particularidades na *doação em forma de subvenção periódica*. Distingue-se pela circunstância de que seu objeto não se entrega, de uma vez ao donatário, mas em prestações sucessivas. Obriga-se o doador, em suma, a dar uma *pensão* ao donatário. A regra é que, por morte do doador, se extingue, mas nada impede se disponha de outro modo, passando a obrigação aos herdeiros. [A doação em forma de subvenção periódica não pode ultrapassar a vida do donatário.¹⁰]

A doação com reserva de usufruto para o próprio doador, ou terceiro, também se admite.

Na *doação indireta*, o intento liberal do doador toma corpo em forma jurídica distinta do *contrato de doação*, mesmo quando é um ato não negocial. Nesta doação, o beneficiado aproveita, por via reflexa, certa vantagem.

170. Conteúdo. O doador não pode desfazer, a seu arbítrio, após a conclusão do contrato, o ato de liberalidade. Conquanto seja levado a doar por impulso generoso, propondo-se a dar sem nada receber, contrai indeclinável obrigação no momento em que o contrato se torna perfeito e acabado, ficando adstrito a entregar o bem doado.

É essa a obrigação fundamental que se origina do contrato de doação: a efetiva entrega da coisa ao donatário com o ânimo de lhe transferir a propriedade.

Por se tratar de contrato benéfico, o doador não está sujeito à *evicção*, [exceto na doação para casamento com certa e determinada pessoa, quando não haja cláusula isentando-o da responsabilidade pela evicção.] Não é obrigado também a pagar juros moratórios se retarda a entrega do bem doado, nem responde pelos *vícios redibitórios* da coisa.

À obrigação do doador corresponde o direito do donatário de exigir a entrega do bem. Trata-se de pretensão pessoal, pois, entre nós, o contrato de doação não produz efeitos reais.

A *doação modal*, origina, para o donatário, a obrigação de cumprir encargo, mas inexistente o vínculo de interdependência entre essa obrigação e a do doador. Se o encargo não for cumprido, nem por isso se resolverá o contrato, salvo se o direito de pedir a resolução for estipulado no contrato.

171. Invalidade. Nos seguintes casos é *inválida a doação*: a) incapacidade do doador; b) ilegitimidade do donatário; c) inexistência de aceitação; d) inobservância da forma prescrita; e) inidoneidade do objeto.

A doação pode ser *anulada* por vício do consentimento. O *erro* torna anulável a doação somente se recair no seu motivo determinante.

Também é anulável a doação que tenha causa ilícita, como a do cônjuge adúltero ao cúmplice.

Nulas são:

- a) a doação de todos os bens, sem reserva de parte ou renda suficiente para a subsistência do doador;
- b) a doação quanto à parte que excede a de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

Anulável é ainda a doação em *fraude a credores*. Promove-se a anulação, nesse caso, mediante a *ação pauliana*. Verifica-se o caráter fraudulento da doação quando o doador, ao fazê-la, já era insolvente ou, por ela, for reduzido à insolvência. A ação pauliana pode ser intentada contra o doador, o donatário ou terceiros adquirentes de má-fé.

172. Revogação. A doação pura é revogável por *ingratidão do donatário*.

A expressão não tem, em Direito, o significado da linguagem comum. Seu sentido é mais restrito. A lei enumera, taxativamente, os fatos que configuram *ingratidão*. A doação se revoga por *ingratidão* [dentre outras hipóteses,] se o donatário atentou contra a vida do doador, cometeu contra ele [homicídio doloso ou] ofensa física, o injuriou gravemente, ou o caluniou, e, podendo ministrar-lhes, recusou ao doador os alimentos de que ele necessitava. [O Código Civil de 2002 estendeu consideravelmente as hipóteses de revogação da doação por

ingratidão. Nesse sentido, tornou exemplificativo o rol do art. 557 (atentado contra a vida, homicídio doloso, ofensa física, injúria grave, calúnia e recusa em prestar alimentos); incluiu nele o homicídio doloso e autorizou a revogação quando o ofendido, nos casos ali previstos, não seja o doador, mas sim o seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. Dada a redação do art. 558, não parece possível aplicá-lo a hipóteses não previstas no art. 557.]

Nos atos delituosos não é necessária, para o exercício da faculdade de revogação criminal, seja a tentativa de morte, a lesão corporal, a injúria, ou a calúnia.

A *revogação* não se efetiva por simples manifestação de vontade do doador. Necessário que se proponha a ação judicial, pleiteando-a. Deve a ação ser ajuizada dentro de um ano, contado de quando lhe chegue ao conhecimento o fato que a autorize [e a autoria do donatário]. O direito de propô-la é personalíssimo. Não se transmite aos herdeiros, por se fundar em interesse de que deve ser juiz exclusivo o próprio doador. Mas, se este a iniciar e falecer, os herdeiros podem prosseguir até final. [Conforme o art. 561 do Código Civil, na hipótese de ingratidão fundada no homicídio doloso do doador, a respectiva ação caberá aos herdeiros do doador, salvo se este houver perdoado o donatário (hipótese rara, de perdão concedido no intervalo entre o ato criminoso e a morte do doador).] A morte do donatário no curso da *ação de revogação* não impede que continue a ação contra seus sucessores, a menos que o óbito tenha ocorrido antes da contestação da lide.

O direito de revogar doação por ingratidão é *irrenunciável*. Nula será a cláusula pela qual o doador se obrigue a não exercê-lo, o que não significa que o doador tenha a obrigação de propor a revocatória se o donatário praticar qualquer dos atos que lhe podem servir de fundamento. O *perdão* não é, nem poderia ser, defeso. Importa, sem dúvida, renúncia, mas o que se proíbe é que o doador renuncie antecipadamente.

A possibilidade de vir a ser revogada qualquer doação pura por ingratidão não atribui o caráter de *resolúvel* à propriedade do bem doado, pois não se extingue esta para o donatário, em virtude de, no título de sua constituição, estar prevista a causa extintiva. Opera-se a extinção por força de sentença judicial que reconhece a existência da ingratidão. A revogação não prejudica os direitos adquiridos por *terceiros*, não podendo o doador reivindicar o bem doado se o donatário o alienara validamente.

O donatário não é obrigado a restituir os frutos percebidos, mas, proposta a ação revocatária, não terá mais o direito de percebê-los desde a contestação da lide, se vencido for. Condenado, será obrigado a restituí-los.

Se ao donatário não for possível restituir em espécie a coisa doada, fica sujeita a indenizá-la pelo meio-termo do seu valor.

Não se revogam por *ingratidão*: *a)* as doações remuneratórias; *b)* as doações modais [cujo encargo já tenha sido cumprido]; *c)* as que se fizeram em cumprimento de obrigação natural; *d)* as feitas para determinado casamento. Na locução *obrigação natural* para esse efeito compreende-se o dever moral. Exclui-se também a revogação, se o doador houver perdoado o donatário.

É inadmissível a modificação do contrato de doação que já foi executado com o registro do imóvel doado, necessário à produção do efeito translativo. Se terceiro adquiriu direito real sobre a coisa, este subsiste, seja de gozo ou de garantia. Desse modo, a revogação de doação, ou sua resolução, não afeta a situação jurídico-real do bem doado. Cessa tão-somente a relação contratual de *doação*, mas não a transferência da propriedade.¹¹

[A doação modal, também dita onerosa, pode ser revogada na hipótese de descumprimento do encargo.¹²]

¹ [Art. 543 do Código Civil].

² *Sistemas del Derecho Romano Actual*, 2ª ed., p. 100.

³ Ob. cit., p. 101.

⁴ Savigny, ob. cit.

⁵ Savigny, ob. cit., p. 57.

⁶ [Art. 542 do Código Civil].

⁷ Con. Eduardo Espinola, *Dos Contratos Nominados*, p. 171, nota 2.

⁸ [Art. 562 do Código Civil].

⁹ Cons. A. Torrente, *Le Donazione*, pp. 261 e segs.; Federico de Castro Y Bravo, *El negocio jurídico*, p. 266.

¹⁰ [Art. 545 do Código Civil].

¹¹ Larenz, *Derecho Civil, Parte General*, trad. de Izquierdo e Macías-Picavea, p. 754.

¹² [Art. 555 do Código Civil].

Capítulo 20

COMPRA E VENDA

Sumário: 173. Generalidades. 174. Caracterização. 175. Distinções. 176. Eficácia do contrato. 177. Capacidade e legitimação. 178. Elementos essenciais. 179. A coisa. 180. O preço. 181. Vendas aleatórias. 182. Obrigações do vendedor e do comprador. 183. Riscos. 184. Modalidades especiais de venda. 185. Contrato de fornecimento e contratos de bolsa.

173. Generalidades. Por seu substrato econômico a *compra e venda* é um dos contratos mais freqüentes e de maior importância social como instrumento da circulação dos bens.

Compra e venda é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir a propriedade de uma coisa à outra, recebendo, em contraprestação, determinada soma de dinheiro ou valor fiduciário equivalente.

Seu fim específico é a *alienação* de um *bem*. As pessoas que o celebram têm a intenção, respectivamente, de transferir e adquirir a *propriedade*.¹ Em alguns sistemas jurídicos, o contrato de *compra e venda* produz, por si só, efeito translativo. Em outros, porém, não é meio hábil para transmitir a propriedade, limitando-se a gerar a obrigação de transferi-la. Naqueles, tem *efeitos reais*; nestes, puramente *obrigacionais*, servindo apenas como *título* de aquisição da propriedade, que se realiza mediante um dos *modos* previstos na lei, mas independentemente do outro *negócio jurídico*. Outros, no entanto, exigem a realização de novo ato para que a propriedade se transmita, abstraindo a *causa translativa*, de modo que a *compra e venda* se reduz à obrigação de prestar uma coisa, assumida por um dos contratantes, e à obrigação de contraprestar dinheiro, contraída pelo outro.²

O Direito pátrio atribui ao contrato de *compra e venda* efeitos exclusivamente *obrigacionais*.

Por simplificação, costuma-se designar o contrato por um dos termos da expressão: *compra* ou *venda*. Contudo, somente a expressão completa dá perfeita idéia do seu conteúdo. Uma das partes *vende*; a outra *compra*. A parte que se obriga a entregar a coisa com a intenção de aliená-la chama-se *vendedor*. *Comprador*, a que se obriga a pagar o preço para habilitar-se à aquisição da propriedade da coisa. O sinalagma é perfeito.

A *compra e venda* pode ter por objeto *coisas* ou *direitos*. Neste último caso denomina-se *cessão*. Bem é de ver que o seu objeto não é propriamente a coisa ou o direito, mas sim a *prestação*. Alude-se, porém, ao objeto desta, por elipse.

O conteúdo é a transmissão da propriedade contra o pagamento do preço.

174. Caracterização. A *compra e venda* é contrato *bilateral, simplesmente consensual, oneroso, comutativo, ou aleatório, de execução instantânea, ou diferida*.

Sua *bilateralidade* não comporta dúvida. Do acordo de vontades nascem *obrigações recíprocas*: para o *vendedor*, fundamentalmente, obrigação de entregar a coisa com o ânimo de transferir-lhe a propriedade; para o *comprador*, a de pagar o preço. A *dependência recíproca* dessas obrigações, e de outras estipuladas em complementação, configura o *sinalagma* característico dos contratos bilaterais perfeitos.

Em nosso sistema jurídico, a *compra e venda* é contrato *simplesmente consensual*. Basta o acordo de vontades sobre a coisa e o preço para se tornar perfeita e acabada. Não é necessária, por outras palavras, a entrega da coisa para sua perfeição. Do contrato deriva apenas a obrigação de entregá-la. Forma-se, portanto, *solo consensu*.

A *compra e venda* pertence, por definição, à categoria dos *contratos onerosos*. Vendedor e comprador têm em mira obter uma vantagem patrimonial. Ao sacrifício da perda da coisa corresponde o proveito do recebimento do

preço. Ao sacrifício do pagamento do preço corresponde o proveito do recebimento da coisa. Cada sacrifício é compensado, embora subjetivamente.

De regra, há equivalência entre o sacrifício e o proveito. Mas como a equivalência é subjetiva, não basta para caracterizar a *comutatividade* do contrato. Necessário ainda que *haja certeza* quanto às prestações. Se à prestação do *vendedor* corresponde a do *comprador*, sem que qualquer das duas possa falhar, o contrato será comutativo, pouco importando que não se equivalham objetivamente. No entanto, se o preço for irrisório, não haverá venda, mas, sim, *negotium mixtum cum donatione*.

A *compra e venda* é *aleatória* quando uma das prestações pode falhar, havendo, para cada uma das partes, a *chance* de ganho ou perda. Apresenta-se sob duas modalidades já conhecidas no Direito romano: a *emptio spei* e a *emptio rei speratae*. Pelo interesse que seu conhecimento desperta, tais figuras serão examinadas à parte.

O contrato de *compra e venda* é daqueles cuja execução pode ocorrer de uma só vez, sendo indiferente que o cumprimento das obrigações se verifique imediatamente após sua perfeição ou depois de algum tempo. Em qualquer das hipóteses, a *execução é única*, podendo-se afirmar, conseqüentemente, que é *contrato instantâneo*, seja de *execução imediata*, ou de *execução diferida*. Nada impede, contudo, que os contratantes renunciem à execução única, dividindo a prestação no tempo. O parcelamento voluntário da prestação não o converte, porém, em contrato de *duração* ou de *execução continuada*.

Se a venda tiver por objeto bem *imóvel* de certo valor, deverá ser realizada mediante *escritura pública*. Nessa hipótese, o contrato é *solene*, pois a *forma* integra a substância. Afora esse caso, não se requer forma especial para a perfeição do contrato de compra e venda.

175. Distinções. Embora a *compra e venda* tenha estrutura inconfundível, interessa distingui-lo de outros contratos com os quais pode ser confundido em determinadas circunstâncias, como: a *locação*, a *empreitada*, a *doação com encargo* e a *dação em pagamento*.

A locação pode confundir-se com a *venda* em duas hipóteses: *a)* quando a transferência do domínio é diferida para data afastada depois que o preço tenha sido pago por anuidade; *b)* quando a transferência do domínio recai numa coisa que é fruto ou produto de outra coisa.³ Na primeira, conquanto a aparência seja de locação, trata-se, em verdade, de *venda*, pois naquela não há intenção de transferir a propriedade da coisa. O Direito francês conhece a figura da *locação--venda*, entre nós, regulada sob a forma de *venda com reserva de domínio*.⁴ Na segunda, a distinção é mais difícil, sobretudo quando o contrato concede o direito de perceber frutos, somente se podendo fazer a qualificação jurídica em cada caso concreto. Entende-se, porém, que, se assegura o direito de extrair *produtos*, é de *venda* ou *inominado*, embora a utilização da coisa tenha sido concedida mediante locação, como no caso de se alugar uma pedreira.

Na *empreitada* em que o empreiteiro fornece os materiais, muitos vêem uma *venda*, por se verificar transferência de domínio. Em verdade, porém, não se justifica essa opinião, adotada no campo do Direito Tributário sem fundamentação dogmática. Alguns distinguem: se o preço dos materiais é superior ao valor do trabalho, o contrato será de *venda*; se inferior, de *empreitada*.⁵ Venda será se o proprietário de um terreno se obriga a transferir sua propriedade depois de nele haver construído, como se verifica comumente na incorporação de edifícios de apartamentos.

Equivalem à venda as doações modais cujo encargo é excessivamente oneroso. O contrato será, contudo, de *doação* se o encargo for estabelecido em proveito de terceiros.⁶

A *dação em pagamento* rege-se pelas regras da *compra e venda*, mas não se confunde porque supõe necessariamente obrigação preexistente, enquanto a venda se basta a si própria.⁷

A *troca* ou *permuta* é o contrato que mais se aproxima da *compra e venda*, dela se distinguindo porque a contraprestação não é em dinheiro,⁸ mas em outro bem.

176. Eficácia do contrato. Por divergirem as legislações quanto aos efeitos atribuídos à compra e venda, perdura o interesse doutrinário a respeito do problema de saber se o contrato opera a transferência do domínio ou gera apenas a obrigação de transmiti-lo.⁹

A questão é puramente de técnica jurídica, mas se reveste de importância prática.

Para resolvê-la, deve partir-se da distinção entre *titulus acquirendi* e *modus acquisitionis*, proveniente do Direito romano, no qual o *contractus* estabelecia apenas um *vinculum juris* entre as partes, não tendo força para constituir *direito real*. As convenções para alienação de bens originavam, tão-só, a obrigação de transferir o

domínio. Para que a propriedade da coisa se transmitisse ao comprador, o *Direito romano* exigia um ato ou solenidade que se chamava *modo de adquirir*.

Sob a influência do Direito romano, persistiu a distinção entre *titulus acquirendi* e *modo de aquisição*. Contrato de compra e venda era *título* hábil à aquisição do domínio, que só se cumpria, entretanto, através de um dos *modos* admitidos em lei.

Necessário conceituá-lo. *Modo de adquirir* é o fato ao qual a lei atribui o efeito de constituir um direito real ou operar sua transmissão. *Titulus acquirendi*, a causa jurídica ou razão de ser da aquisição ou transmissão do direito. *Titulus* e *modus* são, assim, coisas distintas e inconfundíveis. Pode-se, pois, dizer, com Bufnoir, que o ato pelo qual se opera a transmissão da propriedade de uma coisa não é o fato em virtude do qual a transmissão se realiza. O primeiro não é senão a execução do segundo.

Interessa conhecer, em seguida, a técnica dos romanos na construção jurídica da compra e venda. É contrato relativo ao *direito de propriedade*, mas, como esse direito se exerce *erga omnes*, entendia-se não ser bastante o consentimento das partes para adquiri-lo. Daí a necessidade de subordinar a transmissão do domínio ao cumprimento de solenidades próprias, que foram: a *mancipatio*, a *cessão judicial – in jure cessio* – e a *traditio*, que acabou absorvendo os outros. Tais eram os modos de adquirir a propriedade. Segundo alguns, os dois primeiros – *mancipatio* e *in jure cessio* – não eram atos de execução do contrato de compra e venda, mas, sim, atos autônomos e independentes. Outros sustentaram que, em Direito romano, o vendedor não se obrigava de modo direto a transferir a propriedade da coisa, mas, tão-somente, a proporcionar ao comprador a posse *ad tradendum* e não *ad dandum*.¹⁰ Não cabe aqui a discussão desses pontos de vista. Interessa apenas acentuar a distinção entre título aquisitivo e modo de aquisição, para mostrar que o Direito romano atribui ao contrato de compra e venda efeitos puramente obrigacionais.

No século XVII, Hugo de Grotius sustentou que nenhuma razão havia para negar ao consentimento o efeito de transmitir a propriedade, admitindo que a compra e venda podia ter efeito real. Concepção que correspondia à tradição do *Direito francês*.

Na França, tornara-se usual, nos contratos de compra e venda, a introdução de cláusula denominada *dessaisine – saisine*, que permitia a transmissão da propriedade por *tradição ficta*, dispensando, portanto, a entrega real e efetiva da coisa. O Código Civil presumiu a existência dessa cláusula em todo contrato de compra e venda, admitindo, por subentendimento, o que Portalis chamou a *tradição civil*. E, assim, embora houvesse definido a compra e venda como o contrato que cria a obrigação de entregar a coisa, admitiu, no art. 711, que a propriedade se transfere também por *efeitos das obrigações*, isto é, que se transmite por simples contrato.

Reduzida a seus termos mais simples, a concepção francesa admite a desnecessidade de *modo de adquirir*, ou, vista de outro ângulo, aceita o contrato como um dos modos de *aquisição* do domínio.

A superioridade da construção romana é proclamada. Inúmeras dificuldades surgem na aplicação do princípio de que a propriedade se adquire *solo consensu*,¹¹ principalmente, como reconhecem seus próprios adeptos, na venda de coisa fungível, na venda de coisa futura, nas vendas sucessivas e na venda com reserva de domínio.

O Direito pátrio seguiu a orientação romana ao atribuir à *compra e venda* apenas *efeitos obrigacionais*. Esta a opinião predominante. Contudo, não é inteiramente pacífica. [O art. 134 do Código Civil de 1916 referia-se] a contratos constitutivos ou translativos de direitos reais, dando a impressão de que estes [podiam] ser constituídos ou transmitidos por efeito exclusivo de um contrato. [A fim de evitar equívocos, no art. 108 do Código Civil de 2002 a expressão “*contratos constitutivos ou translativos de direitos reais*” foi aprimorada e substituída por “*negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais*”. Ademais, devido à regra contida no art. 1.275, parágrafo único, do Código Civil], sustentam alguns escritores que a perda do domínio de uma coisa pela *alienação* verifica-se em consequência do título transmissivo, embora os efeitos se subordinem à transcrição deste no registro do lugar do imóvel. Em reforço da tese de que, entre nós, o contrato pode ter efeito real, invocam-se disposições concernentes à *doação*.¹² Prevalece, no entretanto, a opinião de que o Direito nacional não atribui ao contrato de compra e venda *efeitos reais*, como se depreende, sem esforço, das disposições concernentes ao registro da propriedade imóvel.¹³

177. Capacidade e legitimação. A compra e venda destina-se à transferência do domínio de uma coisa, conquanto se limite a originar a obrigação de transferir. Mas como sua execução pressupõe o *poder de disposição* do vendedor, necessário é, em tese, que seja capaz de alienar. Quanto ao comprador, basta a capacidade de obrigar-se. Assim, os

absolutamente incapazes não podem celebrar contrato de compra e venda mas, na prática, a proibição não é estritamente observada; a cada momento, menores impúberes realizam validamente compras de pequeno valor.

Ao lado da *capacidade*, é preciso considerar a *legitimação*.¹⁴ Há pessoas que não podem comprar ou vender de outras. Dizia-se que eram afetadas por uma *incapacidade especial*, hoje diz-se que não têm *legitimação* para contratar determinado vínculo.

São *partes ilegítimas* para figurar num contrato de compra e venda como vendedores: a) o ascendente; b) o falido; c) o condômino de coisa indivisível; d) marido sem outorga uxória, na venda de imóveis, e a mulher sem autorização do marido [, exceto no regime da separação absoluta de bens¹⁵ e no da participação final nos aqüestos, com relação aos bens particulares, quando o pacto antenupcial convencionar a livre disposição destes¹⁶]. Assim, o *ascendente* não pode vender ao *descendente*, salvo se os outros descendentes [e o cônjuge do alienante] expressamente consentirem [, sob pena de anulabilidade]. E o *condômino* não pode vender a estranho sua parte se outro consorte a quiser tanto por tanto.

Do mesmo modo que há pessoas proibidas de vender, outras não podem comprar, ainda que em hasta pública. Falta-lhes, igualmente, a necessária legitimação. Os tutores, curadores, testamentários e administradores não podem comprar os bens confiados à sua guarda e administração; estão no mesmo caso os juizes, os auxiliares da Justiça, os empregados públicos [e os leiloeiros e seus prepostos], em relação a determinados bens. [São *nulas* as vendas realizadas às pessoas arroladas¹⁷].

[Por fim, os cônjuges carecem de legitimação para comprar ou vender bens incluídos na comunhão conjugal]¹⁸.

[Os mandatários ou, por qualquer título, representantes não podem, sob pena de anulabilidade, exceto se a lei ou o representado o permitirem, celebrar contrato consigo mesmo ou em conflito de interesses com o representado.¹⁹ Desse modo, é anulável a compra e venda em que uma das pessoas é, além de parte, representante da outra parte. Contudo, nada impede que o representado aliene diretamente ao representante bem cuja administração ou guarda tenha sido confiada a este último, o que é comprovado pela supressão, no Código Civil de 2002, da regra contida no art. 1.133, inciso II, do Código Civil de 1916, que vedava semelhante negócio. O que se proíbe, portanto, não é a venda direta do representado ao representante, mas a venda em que o representante efetivamente exerce seus poderes de representação, acumulando os papéis de comprador e representante do vendedor].

178. Elementos essenciais. *Três são os elementos essenciais da compra e venda: res, pretium et consensus.* Quer-se significar com isso que está perfeito e acabado quando se verifica, quanto à *coisa* e ao *preço*, o consentimento. Os dois primeiros constituem o objeto do contrato.

A *compra e venda* se forma obviamente pelo *consentimento* das partes, mas ao enfatizar o *consensus* como um dos elementos essenciais do contrato, quer-se acentuar a sua natureza *simplesmente consensual*, para deixar claro que a entrega da coisa vendida não é necessária à sua perfeição. Basta, com efeito, o simples consentimento, do qual surge, para o vendedor, a obrigação de entregar a coisa e, para o comprador, a de pagar o preço. As declarações de vontade não precisam ser simultâneas.

Realizado o *acordo*, o contrato está formado. Impossível, desde então, o arrependimento. O que se segue é a execução pelo cumprimento das obrigações que origina.

Na compra e venda, o consentimento das partes não reclama exame de particularidades. Quando o objeto da venda é um bem imóvel de valor superior a certa importância declarada na lei, a *escritura pública* é forma *ad substantiam*. Afora essa hipótese, pode dar-se verbalmente ou por instrumento particular, expressa ou tacitamente. O contrato não pode ser aproveitado como promessa de venda quando é formal ou solene, nem vale se falta a assinatura de uma das partes.

179. A coisa. Em princípio todas as *coisas* no comércio podem ser objeto de venda, *os bens corpóreos e incorpóreos*, as *coisas presentes e futuras*, as *próprias e alheias*.

A venda de *bens incorpóreos*, compreendidos os direitos, denomina-se *cessão*. Não tem a finalidade de transferência do domínio propriamente dito, porque este só se exerce sobre *coisas*. Na cessão de herança, por exemplo, o cessionário se torna titular das relações jurídicas da sucessão. Mas, nem por isso, a cessão deixa de ser genuína compra e venda, mas do *nomen acedatarum*. O vendedor só está obrigado a garantir sua qualidade de herdeiro. Na cessão de herança, o herdeiro não vende os bens que encherão seu quinhão. Transfere-se todo o patrimônio ativo e passivo tal como se encontrava no momento da abertura da sucessão. Pode ser objeto de venda qualquer *universalidade*, como, v.g., um estabelecimento comercial.²⁰ Tendo-se em vista a função econômica da

compra e venda, poderia parecer, à primeira vista, que só é possível a venda de coisas existentes ao tempo de formação do contrato. Admite-se, no entanto, plausivelmente, a venda de *coisas futuras*.²¹ Se o contrato não transfere a propriedade do bem, mas apenas gera a obrigação de transferi-la, nada impede a venda de coisa que ainda não existe, como, por exemplo, os frutos de colheita esperada. Desde que o cumprimento da obrigação do vendedor não seja exigível imediatamente após a formação do contrato não há razão para negar validade à venda de coisas futuras. É, porém, ilícita a venda de herança de pessoa viva.

A venda de coisa futura tem índole jurídica discutida, afirmando-se que é *venda condicional*, venda sob *condicio juris*, simples *promessa*, *contrato em formação*, aparência de venda, ou *compra e venda* meramente *obrigacional*. A discussão não interessa, porém, nos ordenamentos jurídicos, como o nosso, que não atribuem eficácia real à venda.

A venda de coisa futura pode ser aleatória²² sob duas formas, *emptio spei* e *emptio rei speratae*. [Já a venda de coisa futura, quando comutativa, será resolvida na hipótese de a coisa vir a não existir²³].

Parece absurda a *venda de coisa alheia*, pois, intuitivamente, a coisa vendida deve pertencer ao vendedor. Uma vez, porém, que, pelo contrato, o vendedor se obriga, tão-só, a transferir a propriedade da coisa, nada obsta que efetue a venda de bem que ainda lhe não pertence; se consegue adquiri-lo para fazer a entrega prometida, cumprirá especificamente a obrigação; caso contrário, a venda resolve-se em perdas e danos. A venda de coisa alheia não é nula, nem anulável, mas simplesmente ineficaz. Se um condômino vende a coisa comum é, entretanto, anulável.

Não se confunde a *venda de coisa alheia* com a entrega de coisa de outrem por força do contrato de compra e venda. A entrega, sob a forma de *tradição*, importa transferência de domínio. Nesse caso, o vendedor responde pela *evicção*. No entanto, a tradição de coisa alheia se revalida com o domínio superveniente do alienante. A venda de coisa futura e de coisa alheia são exceções à regra da existência e da disponibilidade do objeto no momento da celebração do contrato.

Há coisas que, em absoluto, não podem ser vendidas: as que estão fora do comércio. A incomerciabilidade é absoluta ou relativa, podendo derivar da própria natureza da coisa, como o *ar*, a *luz* e a *água fluente*, ou de sua *destinação ao uso público*, como as praças, as praias, as estradas e as igrejas.

Os frutos pendentes podem ser separadamente vendidos como coisas futuras. A venda tem caráter mobiliário,²⁴ mas não pode ser oposta ao terceiro adquirente do imóvel. Tais frutos são penhoráveis.

180. O preço. O *preço* é a *quantia* que o comprador se obriga a pagar ao vendedor. Elemento essencial do contrato, *sine pretio nula venditio*, dizia Ulpiano.

Deve consistir em *dinheiro*. Se é outra coisa, o contrato define-se como *permuta* ou *troca*. Não se exige, contudo, que seja exclusivamente em dinheiro, bastando que constitua a parcela principal. Para se saber se é *venda* ou *troca*, aplica-se o princípio *major pars ad se minorem trahit*; venda, se a parte em dinheiro é superior; troca, se é o valor do imóvel.

O preço pode ser pago de uma só vez, ou parceladamente (*venda à prestação*).

O *preço* deve ser *sério*; *verum*, como diziam os romanos. Necessário que o vendedor tenha a intenção de exigí-lo e consista em soma que possa ser considerada contrapartida da coisa. Inadmissíveis, portanto, o *preço simulado*, o *preço irrisório*, o *preço vil*. Se *fictício* não vale a venda.²⁵ A equivalência das prestações não precisa ser objetiva. Exigindo-se apenas que o preço não seja tão insignificante que signifique liberalidade do vendedor ou seu propósito de não o exigir. Algumas legislações permitem a rescisão da venda por *lesão* quando há certa desproporção entre o valor da coisa e o preço estipulado. [Essa é a orientação do Código Civil de 2002, que trata da *lesão* como causa de anulabilidade do negócio jurídico²⁶]. A maioria não exige que o preço seja *justo*, considerando-o tal, mesmo “se é superior ou inferior ao valor real do bem vendido”. Se o vendedor não o recebe ou o restitui ao comprador, o contrato é *simulado*. A simulação pode ser *absoluta* ou *relativa*.

Além de verdadeiro, deve o preço ser certo – *certum*. Há de constar no contrato, mas não é preciso que seja *determinado*. Basta que possa ser determinado, como no caso de ser deixado à taxa do mercado, [no de ser fixado mediante índices ou parâmetros, ou no de ser habitualmente pago.

A determinação do *preço* pode resultar: a) da livre estipulação das partes; b) do arbitramento de terceiro (*arbitrador*);²⁷ c) da cotação da mercadoria em determinado dia e lugar;²⁸ d) da aplicação de índices ou parâmetros objetivos²⁹].

O primeiro modo de fixação do preço é o mais comum. Em regra, há plena liberdade de estipulação, mas, na venda de certas mercadorias, o preço é tabelado pela autoridade pública.

Permite a lei que a fixação do preço seja deixada a arbítrio de *terceiro*, mas desde que os contratantes logo designem ou prometam designar o árbitro. Se este não aceitar a incumbência, o contrato ficará sem efeito, salvo se prevista a substituição. Do mesmo modo, se o terceiro, por qualquer motivo, não pode fixar preço, como, por exemplo, se falece antes de determiná-lo. A decisão do árbitro é irrevogável. Os contratantes não podem recusá-la, exceto se houver erro ou dolo, ou se o terceiro ultrapassou os limites de sua incumbência. Entende-se, porém, que, se as partes conferiram ao *arbitrator* um *arbitrium boni viri*, o arbitramento pode ser impugnado se for evidentemente contrário à equidade (*manifesta iniquitas*).

É possível, também, deixar a fixação do preço à taxa do mercado ou da bolsa, em certo e determinado dia e lugar [, bem como à aplicação de índices ou parâmetros objetivos].

Em nenhuma circunstância pode ficar ao arbítrio de um dos contratantes. Violada esta proibição, o contrato será nulo, mas se entende lícita a cláusula pela qual o industrial impõe ao comerciante o preço de seus produtos com o fim de evitar o seu aviltamento.

O preço deve ser fixado em moeda corrente do país.

Não desfigura a compra e venda a estipulação de ser paga em título da dívida pública, como as Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, ou em títulos de crédito, como a nota promissória *pro soluto*. Admite-se que o comprador de um bem imóvel, não podendo pagar integralmente o preço no ato de assinar a escritura, entregue ao vendedor determinada quantia, representativa de certa parcela da soma convencionada, e emita em seu favor uma ou mais promissórias para completar, por esse modo, o pagamento, vinculando-as à sua obrigação. A quitação indica que os títulos foram entregues *pro soluto* mas se foram emitidos para reforço do pagamento são *pro solvendo*.

A substituição de dinheiro por outra coisa, consentida pelo vendedor depois de concluído o contrato, não o converte em *troca* ou *permuta*, porque tal estipulação diz respeito à execução da compra e venda. Haverá, então, *dação em pagamento*.

Nas vendas mercantis por exportação, usam-se cláusulas: *CIF* e *FOB*. Venda *CIF* há quando no preço estão compreendidos o custo, o seguro e o frete. Na venda *FOB*, ficam a cargo do comprador, livre a bordo.

[O art. 488 do Código Civil de 2002 supre lacuna do Código de 1916 e prevê a hipótese de as partes não determinarem o preço nem fixarem critérios para determiná-lo. O Código Comercial de 1850, revogado por força do novo Código Civil, regulava a questão, no âmbito da venda mercantil, no art. 193, que parece ter inspirado o art. 488 do Código Civil. De acordo com a regra neste contida, não havendo preço determinado nem critérios para determiná-lo, se não houver tabelamento oficial “entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor”. Trata-se de norma que busca integrar ao contrato o elemento faltante (preço), com o escopo de conservá-lo (princípio da conservação dos negócios jurídicos). Se houver variação entre o preço corrente à data de celebração do contrato e à data de entrega da mercadoria, aplica-se o parágrafo único do art. 488, pelo qual “na falta de acordo, por ter havido diversidade de preço, prevalecerá o termo médio”. Embora o dispositivo transmita a falsa idéia de que há necessidade de acordo posterior à venda para deliberar sobre o preço corrente, o objetivo do preceito é estabelecer que, na hipótese de o preço corrente nas vendas habituais do vendedor variar, prevalecerá a média dos valores verificados. Se a venda não for habitualmente realizada pelo vendedor, parece razoável buscar determinar o preço de mercado da coisa vendida, solução que encontra apoio no parágrafo único do art. 488].

181. Vendas aleatórias. A compra e venda pode ser contrato aleatório, se diz respeito:

- a) a coisas futuras, cujo risco de não virem a existir seja assumido pelo comprador;³⁰
- b) a coisas futuras, cujo risco de virem a existir em qualquer quantidade seja assumido pelo comprador;³¹
- c) a coisas existentes, mas expostas a riscos, assumidos pelo comprador.³² Na primeira hipótese, configura-se a *emptio spei*, isto é, a venda de uma esperança. Na segunda, a *emptio rei speratae*, isto é, a venda de coisa esperada. Exemplos típicos da *emptio spei*: *captus piscium* ou *avium* (produtos da pesca ou da caça), *jacatus missillum* (lançamento de moedas nas fontes públicas).

Necessário distingui-las, tendo-se em vista a diversidade dos seus efeitos. Na *emptio spei*, as coisas futuras, que são compradas, podem vir a não ter existência. O exemplo clássico é o da compra ao pescador do lanço da rede. Mesmo que nenhum peixe seja colhido, o contrato é válido, pois o que se comprou foi uma esperança. Na *emptio rei*

speratae as *coisas futuras*, que são compradas, devem vir a existir, sob pena de se desfazer o contrato. O risco diz respeito apenas à *quantidade*. Pode ser maior ou menor. Nessa possibilidade, reside a *álea*.

Contudo, não é fácil, na prática, dizer, em cada caso concreto, se há venda de esperança ou de coisa esperada. Na interpretação do contrato, para qualificá-lo, deve-se atender à intenção das partes. Quando não esteja clara, a identificação pode ser feita pelo *modo* por que tenha sido concluída a venda. Se vendida, por preço global, massa de coisas futuras, como uma colheita, ter-se-á *emptio spei*.³³ Caso contrário, *emptio rei speratae*. Não é essa, todavia, a opinião dominante. Prevalece o seguinte critério: há venda de esperança, se a existência das coisas futuras depende do acaso; há venda de coisa esperada, se a existência das coisas futuras está na ordem natural. Uma colheita, por exemplo, será objeto de *emptio rei speratae*, porque é de se esperar normalmente que haja frutificação. No fundo, trata-se de uma *questio voluntatis*, devendo-se, na dúvida, preferir a *emptio rei speratae*, por ser mais favorável ao comprador.

São diversos os efeitos da *emptio spei* e da *emptio rei speratae*.

Tanto numa como na outra, o *vendedor* deve empregar todos os esforços para que a esperança, total ou parcial, se converta em realidade, entregando ao comprador o que veio a existir, no primeiro caso, e a quantidade obtida, no segundo.

Na *emptio spei*, se não tiver havido culpa do vendedor, terá ele direito a todo o *preço*, ainda que das coisas pretendidas pelo comprador não venha a existir absolutamente nada. É que, no caso, a venda é *aleatória* quanto à *existência* das coisas futuras.³⁴

Na *emptio rei speratae*, se nada vier a existir, o vendedor é obrigado a restituir o preço recebido. É que, no caso, a venda é *aleatória exclusivamente* quanto à *quantidade* das coisas futuras. Válido será o contrato, no entanto, quando a coisa venha a existir em qualquer quantidade; o vendedor terá direito a todo o preço.³⁵

É igualmente *aleatória* a venda de *coisas existentes*, expostas a risco, cuja consumação ignore o vendedor. Se o comprador o assume, fica obrigado a pagar o preço, mesmo se as coisas já não existissem, no todo ou em parte, no momento da perfeição do contrato.³⁶

182. Obrigações do vendedor e do comprador. Nasce do contrato de compra e venda obrigações recíprocas para as partes.

As principais *obrigações do vendedor* são:

- a) entregar a coisa, transferindo ao comprador a sua propriedade;
- b) garantir-lhe a efetividade do direito sobre a coisa.

Por definição, o contrato de compra e venda apenas obriga o vendedor a transferir o domínio de certa coisa. Para que a transferência ocorra é necessária a *tradição*, isto é, a entrega da coisa com ânimo de lhe transmitir a propriedade, imitando-o na sua *posse* para que venha a ter a real e efetiva *disponibilidade* da mesma.

A entrega da coisa vendida é, desse modo, a *execução* do contrato por parte do vendedor. O vendedor deve entregar a coisa com suas *acessiones* e com tudo o que estiver destinado permanentemente ao seu uso (*pertencas*).³⁷

Se bem que as obrigações das partes devam ser, simultaneamente, cumpridas, na prática, a do vendedor costuma preceder a do comprador, tendo-se em vista que o fim do contrato é, precipuamente, a transferência do domínio da coisa vendida. Não obstante, se não se trata de venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregá-la antes de receber o preço.

Quando, onde e a *quem* deve ser feita a entrega da coisa? O vendedor deve fazê-lo imediatamente após a conclusão do contrato,³⁸ nada impedindo que o faça algum tempo depois, sendo usual a cláusula que estabelece prazo para a entrega. Quanto ao *lugar* em que a obrigação deve ser cumprida, é de regra indicada no contrato. Se não há determinação contratual, entende-se que o vendedor deve realizar a entrega no lugar em que a coisa se acha ao tempo da venda,³⁹ e, se tem de ser expedida, cumpre-lhe entregá-la ao transportador.⁴⁰ Por fim, a entrega há de se fazer ao próprio comprador ou ao seu representante.

A entrega pode ser efetiva ou simbólica. É comum no comércio a entrega documental, consistente na remessa de documentos necessários a que o comprador obtenha gozo ou a disponibilidade da mercadoria,⁴¹ bem como a entrega das chaves de um apartamento.

A obrigação de entregar a coisa compreende os títulos de domínio.

Salvo estipulação em contrário, as despesas com a tradição ficam a cargo do *vendedor*. Na venda do *domínio útil*, incumbe-lhe o pagamento do laudêmio.

O vendedor deve cumprir ainda a *obrigação de garantia*. Consiste no dever de assegurar ao comprador a propriedade da coisa com as qualidades prometidas. É obrigado, por outras palavras, a *prestar a evicção*. Responde também pelos *vícios redibitórios* da coisa.

Como a *obrigação de garantia* não é peculiar ao *contrato de compra e venda*, já foi examinada na parte geral do direito contratual. Acrescente-se, porém, que o vendedor deve garantir as qualidades essenciais, ou prometidas, da coisa, seu bom funcionamento, bem como não prestar coisa diversa (*aliud pro alio*).

A principal obrigação do *comprador* é pagar o *preço*.

O pagamento efetua-se comumente após o recebimento da coisa. Nada obsta, porém, que preceda à sua entrega. Neste caso, se não for entregue, tem ele direito à restituição do que pagou.

Salvo cláusula em contrário, na venda de imóveis as despesas da escritura ficam a cargo do *comprador*, compreendido o imposto de transmissão.⁴² O *comprador* tem a obrigação de *receber a coisa* comprada. Se não a recebe, incorre não só em *mora accipiendi* mas também em *mora solvendi*,⁴³ cumprindo-lhe pagar as despesas com a sua conservação.

O preço deve ser pago no tempo e lugar estipulado. De regra, no momento e no lugar da entrega da coisa. A obrigação é *portable*.

183. Riscos. Quando o vendedor se vê impossibilitado de cumprir sua obrigação devido à *força maior*, procura-se saber se o comprador é obrigado, não obstante, a pagar o preço. Verificando-se essa ocorrência, surge a questão dos *riscos*, que consiste em determinar a parte que deve suportar as conseqüências do caso fortuito.

A regra geral é expressa concisamente na fórmula *res perit debitori*, isto é, a coisa perece para o devedor. Aplicada à *compra e venda*, os riscos correm por conta do vendedor quanto à coisa e por conta do comprador quanto ao preço. Contudo, a questão não se resolve em termos tão simples. Nos sistemas jurídicos que atribuem *efeito real* a esse contrato, admitindo que a propriedade de coisa certa se transfere *solo consensu*, isto é, independentemente da tradição, a regra *res perit debitori* é substituída pela regra *res perit domino*, pela qual deve suportar o risco não o vendedor, mas o *comprador*. Nas legislações que atribuem *efeitos puramente obrigacionais* prescreve-se que o vendedor é quem deve suportar as conseqüências da força maior até o momento da *tradição*.⁴⁴ A coisa perece, do mesmo modo, para o dono, mas no caso o dono é o vendedor, porque o domínio só se transfere para o comprador com a *tradição*. No entanto, certos códigos, como o suíço, embora não atribuam ao contrato de compra e venda efeito translativo da propriedade, põem os riscos a cargo do comprador. O Direito brasileiro acompanhou a orientação do Direito romano, ao estatuir que até o momento da *tradição* os riscos da coisa correm por conta do *vendedor*. Desse modo, se perecer em conseqüência de *caso fortuito*, antes de realizada a tradição, o vendedor perde o direito de exigir o pagamento do preço. Se já o recebeu terá de restituí-lo. Mas se perecer depois que houver sido posta à disposição do comprador, ou no caso de estar este em mora de a receber, os riscos devem ser por ele suportados.⁴⁵ Do mesmo modo, quando o comprador ordena a expedição da coisa para lugar diverso, desde o momento da entrega ao transportador.⁴⁶ A entrega equivale à tradição.

Vigoram, em resumo, as seguintes regras:

- a) até o momento da tradição, os riscos correm por conta do *vendedor*;
- b) depois da tradição, por conta do *comprador*;
- c) quando posta à disposição do *comprador*, por sua conta;
- d) por conta do *comprador*, se estiver em mora de receber a coisa;
- e) igualmente, se expedida para lugar diverso por ordem do comprador, a partir do momento da entrega a quem haja de transportá-la.

Quando os riscos devem ser suportados pelo *comprador*, fica ele obrigado a pagar o *preço* sem receber a *coisa*.

As disposições legais não são imperativas. As partes podem adotar outra regra. Em suma, a lei que define riscos é *supletiva*.⁴⁷

Entre nós, os *riscos do preço correm* por conta do *comprador*. Há evidente impropriedade de linguagem no enunciado da regra, porquanto a prestação do comprador consiste em coisa genérica – *genus illimitatum* – que, obviamente, não se extingue. Não é possível falar-se em *risco*.⁴⁸

184. Modalidades especiais de venda. A venda, assim de *imóveis* como de *móveis*, pode particularizar-se em modalidades sujeitas a regras próprias.

Dentre as *vendas* imobiliárias, a mais importante distinção faz-se entre *venda ad corpus* e *venda ad mensuram*. Interessa distinguir, também, a venda de coisa exclusiva da venda de fração do condômino.

Na venda de coisa móvel tem feição especial a que se realiza à *vista de amostras*, [protótipos ou modelos⁴⁹] e, no Direito Comercial, a *venda contra documento*.⁵⁰ Há vendas puras e *condicionais*, a prazo, a *prestações* e tantas outras.

A venda *ad corpus* é a que se faz sem determinação da área do imóvel, ou estipulação do preço por medida de extensão. O bem é vendido como corpo certo, individualizado por suas características e confrontações, e, também, por sua denominação, quando rural. Note-se que a referência a *dimensões* não descaracteriza a venda *ad corpus*, se não tem a função de condicionar o preço.

Na venda *ad mensuram* a determinação da área do imóvel constitui elemento determinante da fixação do preço, explícita ou implicitamente. A área é expressamente condição do preço quando este se estipula por medida de extensão, como, por exemplo, quando alguém compra um terreno à razão de tantos reais por metro quadrado. A correlação entre as dimensões do imóvel e o preço de sua venda existe implicitamente quando a área é determinada, embora o preço não esteja calculado por medida, como, por exemplo, se o vendedor declara que o imóvel possui determinado número de tarefas e se pode inferir que as partes deram importância à expressão *quantidade*.⁵¹ Não é suficiente, desse modo, a referência às dimensões do terreno.

De interesse prático saber se a venda foi *ad corpus* ou *ad mensuram*. Se *ad corpus*, o comprador não tem pretensão alguma quando as dimensões do imóvel forem inferiores às que presumiu, mas, se *ad mensuram*, importa fundamentalmente a exatidão da quantidade declarada na escritura. Não correspondendo a área às dimensões indicadas, o comprador pode exigir do vendedor que a complete. Quando, porém, não seja possível fazê-lo, como, por exemplo, se o vendedor não possui área contínua, a lei assegura ao comprador direito alternativo a promover a resolução do contrato ou pedir abatimento proporcional do preço.⁵² A pretensão do complemento de área se exerce pela ação *ex empto*, que não se confunde com a redibitória, nem com a *quanti minoris*. Se a área do imóvel tiver dimensões maiores do que as declaradas, [ignorando o vendedor a medida exata da área vendida, deve o comprador completar o valor correspondente ao preço ou devolver o excesso, cabendo-lhe a escolha⁵³].

A venda que o condômino de coisa indivisível faz da sua parte ideal apresenta particularidades quanto à eficácia. Se a estranho, sem que os outros condôminos sejam afrontados para que exerçam o direito de preferência, ficará sem efeito, se um destes, depositando o preço, houver para si a parte vendida. Assiste-lhe, nesse caso, o direito de reivindicar a coisa se o objeto do condomínio foi coisa divisível. Se o quinhão de cada condômino passa a lhes pertencer exclusivamente, por efeito de partilha ou divisão, não ocorre venda, pois não há transferência contra o pagamento de preço, ainda quando haja *torna*. A divisão de coisa comum não é atributiva de propriedade.

Nas vendas mobiliárias, uma das mais interessantes modalidades é a que se realiza à *vista de amostras*, protótipos ou modelos. Deve haver rigorosa conformidade da coisa à amostra[, protótipo ou modelo]. Entende-se que o vendedor assegura ter a coisa vendida as qualidades [a elas correspondentes⁵⁴]. Consequentemente, se não as tiver, o comprador pode enjeitar a coisa, resolvendo a venda.

A venda pode ser *condicional*. Sendo *suspensiva* a *condição*, a propriedade da coisa só se transmite ao comprador, ao se verificar. Sendo *resolutiva*, o vendedor readquire a propriedade da coisa e fica obrigado a restituir o preço ao comprador, [por ocasião do implemento da condição].

Outras modalidades especiais de venda resultam de *pactos adjetos* ao contrato, analisados mais adiante.

185. Contrato de fornecimento e contratos de bolsa. Além das modalidades especiais da *compra e venda*, outros contratos se regem pelas regras da *compra e venda*, ainda que não por todas, tais como: a) a *troca* ou *permuta*; b) o *contrato estimatório*; c) o *contrato pelo qual a entrada de um sócio para a sociedade é representada por bens*; d) a *cessão de um fundo de comércio*.⁵⁵

A *dação em pagamento*, um dos modos de extinção das obrigações, também se regula pelas disposições concernentes à *compra e venda*⁵⁶, uma vez determinado o preço da coisa que o devedor se obriga a entregar em substituição ao dinheiro.

Tornou-se usual o *contrato de fornecimento*, considerado na doutrina moderna⁵⁷ modalidade de compra e venda.

Por via desse contrato, uma das partes obriga-se a prestações periódicas ou contínuas de coisas contra pagamento de correspondente preço.

Caracteriza-se pela *repetição* ou *continuidade* das prestações do fornecedor. Fornecimento não há, tecnicamente, se em vez de coisas se prestam periodicamente serviços. O objeto da prestação tanto pode ser coisa material como energia natural. A prestação consiste na transferência da propriedade das coisas fornecidas ou no seu uso e gozo. A *periodicidade* implica o fornecimento em intervalos normalmente regulares. No fornecimento de energia elétrica as prestações se satisfazem de modo contínuo. Não obstante tais particularidades o fornecimento é contrato unitário.

Origina o contrato obrigações interdependentes para ambas as partes, sendo, portanto, sinalagmático. É de sua essência a onerosidade. O preço deve ser pago também periodicamente, observada a regra do *postnumeratio*. Distribui-se o pagamento proporcionalmente a cada prestação cumprida. Os termos se estipulam no interesse de ambas as partes, não podendo pretender o fornecedor a antecipação do fornecimento nem a outra parte que cumpra a prestação antes do prazo.

Admite-se a estipulação da *cláusula de exclusividade* tanto em favor do fornecedor como do outro contratante.

O contrato de fornecimento pode ser por tempo indeterminado ou determinado. Na primeira hipótese, nenhuma das partes pode resili-lo sem aviso prévio.⁵⁸

Resolve-se com o inadimplemento das prestações que incumbem aos contratantes se for de tal sorte que enfraqueça a confiança na exatidão dos futuros cumprimentos.

As operações realizadas na Bolsa de Valores revestem basicamente a forma jurídica da compra e venda e têm as seguintes características: a) são levadas a efeito pelos corretores; b) recaem nos valores mobiliários considerados como coisas fungíveis; c) escapam ao princípio da autonomia privada, pois que a vontade do vendedor não desempenha mais papel algum a partir do momento em que dá a ordem de venda.⁵⁹ Não há razão para considerá-los contratos de jogos, apesar de darem lugar à especulação de quem compra ou vende a descoberto. O corretor responde pela execução do contrato e por isso alguns consideram-no comissário.

São contratos de bolsa o contrato a termo, o contrato diferencial, o contrato a prêmio e o reporte, dentre outros.

¹ Van Wetter, *Les Obligations en Droit Romain*.

² Cf. Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, vol. I, t. I, p. 27.

³ Planiol, Ripert e Hamel, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, t.10, nº 3.

⁴ Ainda nos casos em que não há reserva de domínio, se o dono da coisa cede seu uso por algum tempo, mediante prestações periódicas, com a obrigação de transferi-la se todos os pagamentos forem efetuados, o contrato será de venda.

⁵ Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, vol. 3, p. 59.

⁶ Hamel, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, de Planiol e Ripert, t.10, p. 8.

⁷ Planiol, Ripert e Hamel, ob. cit., nº 7.

⁸ V. Cap. 23.

⁹ [Para exposição mais detalhada do tema, vide Orlando Gomes, “Venda real e venda obrigacional”, in *Novos temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, pp. 110 a 164.]

¹⁰ Van Wetter, ob. cit., t. 2, p. 340; entre nós, Darci Bessone, *Promessa de Venda*.

¹¹ V. Jean Dabin, *Questions de Droit Civil*. Na doutrina italiana: Ruggiero, Barassi e Ferri; na doutrina belga, De Page.

¹² Cons. sobre os efeitos reais da compra e venda, Darci Bessone, *Promessa de Venda*.

¹³ Orlando Gomes, *Direito Privado. Novos aspectos*.

¹⁴ Vide Cap. 3, nº 28.

¹⁵ [Art. 1.647 do Código Civil].

¹⁶ [Art. 1.656 do Código Civil].

¹⁷ [Art. 497 do Código Civil].

¹⁸ [Art. 499 do Código Civil].

¹⁹ [Arts. 117 e 119 do Código Civil].

²⁰ [Art. 1.143 do Código Civil].

²¹ [Art. 483 do Código Civil].

- ²² *Vide infra* nº 180. Entendem alguns que a *emptio spei* não é uma venda de coisa futura, mas sim de coisa presente: a *álea*, enquanto outros consideram-na um contrato atípico, que tem afinidade com a locação de serviços. V. Degni, *La Compra-Venta*, trad. de Bonet Ramon, p. 123.
- ²³ [Art. 483 do Código Civil].
- ²⁴ Degni, ob. cit., p. 125. Esclarece Degni que, realmente, os frutos pendentes não podem ser objeto de poder jurídico distinto do que tem o proprietário do bem principal, mas a sua compra se faz para ser eficaz quando separada, e assim autônoma. Devem ser, portanto, considerados em sua futura condição de coisas móveis. Não é necessária escritura pública.
- ²⁵ O preço vil ou irrisório não corresponde a qualquer realidade: não é sério e, freqüentemente, é aparente, existindo somente *ad ostentationem* – Henri de Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, vol. IV, p. 74
- ²⁶ [Art. 157 do Código Civil].
- ²⁷ [Art. 485 do Código Civil].
- ²⁸ [Art. 486 do Código Civil].
- ²⁹ [Art. 487 do Código Civil].
- ³⁰ [Art. 458 do Código Civil].
- ³¹ [Art. 459 do Código Civil].
- ³² [Art. 460 do Código Civil].
- ³³ Van Wetter, ob. cit., p. 347.
- ³⁴ [Art. 458 do Código Civil].
- ³⁵ [Art. 459 do Código Civil].
- ³⁶ [Art. 460 do Código Civil].
- ³⁷ As pertencas podem ser de coisas móveis em coisas móveis e de coisas móveis em coisas imóveis. Exemplo das primeiras: a moldura do quadro; exemplos das segundas: os animais empregados na exploração rural, os *instrumenta fundi*. Degni, ob. cit., p. 285.
- ³⁸ [Art. 331 do Código Civil].
- ³⁹ [Art. 493 do Código Civil].
- ⁴⁰ [Art. 494 do Código Civil].
- ⁴¹ [Arts. 529 e segs. do Código Civil].
- ⁴² [Art. 490 do Código Civil].
- ⁴³ Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, t. 2, vol. II, p. 29.
- ⁴⁴ [Art. 492 do Código Civil].
- ⁴⁵ [Art. 492, §§ 1º e 2º, do Código Civil].
- ⁴⁶ [Art. 494 do Código Civil].
- ⁴⁷ Diz muito bem Giorgi: “Não obstante as disposições da lei, as partes, salvo proibição especial, são livres de regular com pacto explícito a prestação dos riscos de modo conveniente aos seus interesses” (*Obbligazioni*, vol. 4º, p. 269).
- ⁴⁸ Eduardo Espinola, *Sistema do Direito Civil Brasileiro*, vol. 2º, t. I, p. 388, nota 94.
- ⁴⁹ [Art. 484 do Código Civil].
- ⁵⁰ [Acerca da venda sobre documentos, *vide* o Cap. 22].
- ⁵¹ Pedro Lessa, *Dissertações e Polêmicas*, p. 282; Eduardo Espinola, *Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro*, p. 94; *Questões Jurídicas e Pareceres*; Serpa Lopes, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, p. 250; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, p. 131; Agostinho Alvim, *Da Compra e Venda e da Troca*, nº 67.
- ⁵² [Art. 500 do Código Civil].
- ⁵³ [Art. 500, § 2º, do Código Civil].
- ⁵⁴ [Art. 484 do Código Civil].
- ⁵⁵ Cf. Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, t. II, vol. 2, p. 107, nota 5.
- ⁵⁶ [Art. 357 do Código Civil].
- ⁵⁷ Russo, *in Comm. Cod. Civile di D’Amelio*; Fiorentino, *Il Nuovo Codice Civile Comm.*, p. 66; Eduardo Espinola, ob. cit., pp. 106 e segs.
- ⁵⁸ [Art. 473 do Código Civil].
- ⁵⁹ L. Retail, *Les Titres de Sociétés et leur Évaluation*, p. 48.

Capítulo 20-A

[CONTRATO ESTIMATÓRIO⁶⁰]

.....

O *contrato estimatório*, também conhecido como *venda em consignação*, é o negócio jurídico pelo qual uma das partes consigna à outra determinadas coisas móveis para que as venda pelo preço estimado, com a condição de devolver as que não vender no prazo estipulado, como no caso do livreiro que recebe cem exemplares de uma obra e pode devolver oitenta que não conseguiu colocar no mercado.⁶¹

Sua natureza é controvertida. Consideram-no, alguns, modalidade de compra e venda, outros, de *comissão*.⁶²

Embora o consignatário venda, em seu próprio nome, as coisas entregues pelo consignante, age, para alguns, como se fora *comissário*. Outros, porém, vêem, na entrega das coisas, o cumprimento de obrigação oriunda de contrato de compra e venda, nada importando que possam ser devolvidas as que não vender. Trata-se de venda sob a condição de que o comprador revenda em certo prazo – venda a que se adjetivaria o pacto de se desfazer, se o comprador não conseguir vender as coisas recebidas.

No *contrato estimatório*, a obrigação do consignatário de pagar o preço estimado cumpre-se ao expirar o prazo. Nessa ocasião paga as que vendeu e devolve as outras. Do preço global deduz-se, em suma, a parcela correspondente às coisas restituídas.

Não está obrigado a vender pelo preço estimado pelo consignante, a menos que a obrigação seja expressamente estabelecida no contrato, mas, ordinariamente, não interessa que o consignatário venda por mais, ou menos, senão que lhe pague o preço ajustado.

Ao contrato estimatório aplicam-se, no que couber, as regras da *compra e venda*.

[Os riscos da coisa ficam a cargo do consignatário, cuja obrigação de pagar o preço ajustado permanece ainda que a devolução da coisa tenha se impossibilitado em virtude de fato a ele não imputável.⁶³ Enquanto não for pago o preço estipulado, a coisa consignada não pode ser objeto de penhora ou seqüestro por parte dos credores do consignatário.⁶⁴ Por outro lado, não pode o consignante dispor da coisa antes que essa lhe seja restituída ou antes que lhe seja comunicada a intenção do consignatário de restituí-la⁶⁵].

⁶⁰ [O novo texto do Código Civil de 2002 introduziu-o como uma espécie de contrato. O autor, já desde a 1ª edição deste livro, ano de 1959, assinalava-o como uma espécie assimilada ao contrato de compra e venda. Era a conhecida “venda em consignação”.]

⁶¹ [Art. 534 do Código Civil].

⁶² Cunha Gonçalves, *Da Compra e Venda no Direito Comercial Brasileiro*, p. 42; Eduardo Espinola, *Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro*, p. 59.

⁶³ [Art. 535 do Código Civil].

⁶⁴ [Art. 536 do Código Civil].

⁶⁵ [Art. 537 do Código Civil].

Capítulo 21

PROMESSA E COMPROMISSO DE VENDA

Sumário: 186. Promessa de venda e contrato preliminar. 187. Promessa unilateral e opção. 188. Contrato preliminar de compra e venda. 189. Compromisso de venda. 190. Natureza. 191. Capacidade das partes e forma. 192. Execução. 193. Regime legal. 194. Compromisso de venda de imóveis não loteados. 195. Extinção do compromisso.

186. Promessa de venda e contrato preliminar. A construção dogmática da promessa de venda, tal como se configura no direito positivo do país, demanda investigação sistemática de maior penetração, a fim de se desfazerem equívocos disseminados.

Esse negócio jurídico pertence à categoria dos contratos preliminares. Cos-tuma-se defini-lo como o contrato pelo qual as partes contrairiam a obrigação de estipular contrato definitivo de compra e venda. Consistiria a obrigação característica dos contraentes em consentir na realização de novo contrato. Não visariam, ao celebrá-lo, modificar diretamente sua efetiva situação, mas, apenas, criar a obrigação de um futuro *contrahere*. Com semelhante contextura, seria contrato autônomo, distinguindo-se do contrato definitivo de compra e venda pela peculiaridade do seu *conteúdo* em futura estipulação contratual. Ainda nos sistemas jurídicos que atribuem à venda efeitos unicamente obrigacionais, como o nosso, a independência e distinção dos dois contratos, o preliminar e o definitivo, conservar-se-iam inequivocamente, porquanto não se confundem, as obrigações típicas que originam. Em um, a promessa recíproca de contratar; no outro, a obrigação de transferir a propriedade do bem vendido e, correlatamente, a de pagar o preço. Somente a venda modificaria a situação patrimonial existente, como contrato definitivo resultante de novo consentimento das partes do contrato de promessa, dado como outra expressão da vontade negocial.

187. Promessa unilateral e opção. A promessa de venda pode ser unilateral ou bilateral.

A promessa unilateral de venda produz obrigações somente para uma das partes – *ex uno latere*. Na formação, é negócio jurídico bilateral, nos efeitos, *contrato unilateral*. Tanto pode ser contraída pela parte que pretende vender como pela que quer comprar, tendo caráter vinculante para um ou para o outro contraente, conforme o caso.

A *promessa de compra* é o contrato unilateral pelo qual uma das partes se obriga a comprar, em certo prazo, determinado bem. Uma vez que desse contrato não nasce para a outra parte a obrigação de vender, sua eficácia fica na dependência do exercício do direito de exigir da outra que compre a coisa. Quem se obrigou a comprá-lo estará adstrito ao cumprimento da obrigação. O contrato de *promessa de compra* distingue-se do *pacto de preempção* não somente por ser negócio jurídico autônomo, e não simples cláusula de um contrato de compra e venda, como, também, porque origina *obrigação de compra*, enquanto o pacto adjeto de preferência atribui ao antecedente dono do bem o *direito* de adquiri-lo, em igualdade de condições, caso queira vendê-lo o atual proprietário. O direito de preempção cabe unicamente a quem vendera a coisa e se reserva, com cláusula especial do contrato, a prerrogativa de, na sua venda seguinte, preferir a estranho.

Qualquer pessoa pode contrair, mediante promessa específica, a obrigação de comprar certo bem.

A *promessa de vender* sem correlata promessa de comprar é o contrato unilateral pelo qual uma das partes se obriga a vender determinado bem, em certo prazo. Depende sua eficácia do exercício do direito de comprar, contratualmente assegurado à outra parte. Se quer exercê-lo, o promitente-vendedor tem de cumprir a obrigação contraída. O descumprimento da obrigação de consentir na conclusão do contrato definitivo sujeita o inadimplente

ao pagamento de perdas e danos ou à execução em forma específica, uma vez que, por certo processo técnico admitido em situação parecida, aceita-se essa solução sem se violentar a regra *nemo precise cogi potest ad factum*.

A opção é um negócio jurídico bilateral, mediante o qual estipulam as partes que uma delas permanece vinculada à própria declaração de vontade, enquanto a outra se reserva a faculdade de aceitá-la, ou não. Caracteriza-se por ser proposta irrevogável de contratar decorrente de mútuo consenso. Trata-se de contrato que não se confunde, por isso mesmo, com a *proposta firme* existente na formação dos contratos, como parte do processo da sua conclusão. Não é, entretanto, como parece a alguns escritores, um contrato perfeito, subordinado, na sua eficácia, à condição de que seja aceito pela parte que não contraiu a obrigação, mas, ao contrário, ficou com a faculdade ou prerrogativa. Se o fora, a venda prometida estaria perfeita e acabada, posto que ineficaz no momento em que estivesse concluído o contrato de opção. Procederia, a prevalecer tal construção dogmática, o reparo de que os dois contratos se reduziriam a um só. Isenta de censura não é, do mesmo modo, a teoria pela qual a opção seria um contrato pendente da *conditio juris* da aceitação, que seria absorvido pelo contrato definitivo ao ser concluído. Deixaria, nesse caso, de ser um contrato, confundindo-se, afinal, com a proposta irrevogável, não obstante consubstanciar-se num acordo de vontades com sua causa típica. É fora de dúvida que, havendo opção de compra e, em seguida, venda, realizam as partes, sucessivamente, dois contratos, não se podendo admitir a absorção de um pelo outro, dada a diversidade de causa. Da circunstância de participar, pela criação de vínculo peculiar, da formação de futuro contrato de venda, não se segue senão que a *opção de compra* é negócio precursor de outro negócio distinto. Fixados na função preparatória desse contrato, pretendem alguns escritores paragoná-lo ao contrato preliminar de promessa unilateral de vender. A confusão deve ser repelida, porque, com a opção, uma das partes já está vinculada irrevogavelmente, surgindo a obrigação com a aceitação da outra, que se comprometeu, pela natureza do compromisso, apenas a reproduzir o consentimento como ocorre no compromisso, bilateral e irrevogável, de venda. Na promessa de vender, entendida e tratada como contrato preliminar propriamente dito, a vinculação de quem promete tem como conteúdo a obrigação de dar o consentimento na formação de novo contrato. Ações distintas são reproduzir e dar; quem reproduz já deu. A distinção entre o contrato preliminar de promessa de venda e a opção de compra, nos termos que acabam de ser expostos, importa fundamentalmente para a dedução das conseqüências da inexecução contratual. A inexecução da promessa se resolve em perdas e danos, motivo por que a promessa de venda unilateral como contrato preliminar, no sentido próprio da expressão, pelo qual “concordem as partes estipular sucessivamente um contrato, permanecendo vinculado a tal obrigação apenas uma delas”, configura uma espécie contratual de cuja efetiva consistência e individualidade é lícito duvidar.¹ Já a *opção de compra*, compreendendo, como compreende, vinculação irretroatável, comporta execução sob forma específica, porque não é necessária uma sentença para vincular o proponente, vinculado que se acha pela sua própria declaração de vontade. Permitido é, nessa hipótese, obter sentença constitutiva de igual eficácia do contrato recusado. [O Código Civil de 2002 admite a execução específica do contrato preliminar estipulado sem cláusula de arrependimento, seja ele unilateral ou bilateral,² o que parece tornar menos relevante, do ponto de vista prático, a distinção entre opção de compra e promessa de venda].

188. Contrato preliminar de compra e venda. A *promessa bilateral de venda* produz obrigações para ambas as partes. Realmente, uma se obriga a vender e a outra a comprar.

Sob essa denominação, designam-se duas figuras jurídicas distintas: o contrato preliminar de compra e venda e o compromisso de venda.

O contrato preliminar de compra e venda gera, para ambas as partes, a obrigação de contrair o contrato definitivo. Contém, implicitamente, a *faculdade de arrependimento*, assim entendida, em sentido amplo, a de submeter-se a parte inadimplente às conseqüências normais da inexecução culposa de um contrato. A rigor, a parte que se recuse a concluir o contrato definitivo não está a usar, propriamente falando, de uma faculdade de se arrepender, salvo se estipulou arras penitenciais. A recusa de contratar é inadimplemento da obrigação assumida no pré-contrato, sujeitando o devedor inadimplente a indenizar a outra parte dos danos que lhe causou com a inexecução. No rigor dos princípios, o contrato preliminar próprio de venda não comporta a execução compulsória sob forma específica. Se contém expressamente a cláusula de arrependimento, certificada pela existência de *arras penitenciais*, sujeita-se, quem se arrependeu, às conseqüências previstas na lei. Quem as deu perde-as em proveito da outra parte. Quem as recebeu fica obrigado a restituí-las em dobro. Se não contém expressamente a faculdade de arrependimento, entendem alguns escritores que, no Direito pátrio, é promessa irretroatável, enquanto outros sustentam que somente é irrevogável a promessa que, de modo expreso, contenha a cláusula de irretroatabilidade. A

tendência é para que prevaleça a primeira solução, perdendo a promessa de venda, também nessa hipótese, o cunho de contrato preliminar próprio. Quando, porém, o conserva pela admissão conjunta da faculdade de arrependimento, mas sem a estipulação de arras penitenciais, a parte que usa dessa faculdade não está sujeita a qualquer sanção, nem pode ser compelida a cumprir a obrigação contratual ou submeter-se a seus efeitos.

A promessa de venda como contrato preliminar propriamente dito desapareceu praticamente do comércio jurídico devido à superioridade manifesta do outro negócio jurídico que continua designado pelo mesmo nome, mas é nitidamente distinto, bem como em razão da tendência para a ele assimilar toda promessa que não contenha o pacto de arras penitenciais.

Poder-se-ia denominar esse negócio jurídico distinto pela expressão *compromisso de venda*, a fim de evitar a confusão reinante na doutrina, com repercussão na jurisprudência. Costuma-se chamá-lo promessa irrevogável de venda, valendo a qualificação como nota distintiva, que não conduz à sua verdadeira natureza jurídica.

Trata-se, com efeito, de um contrato que, bem analisado, não encerra promessa recíproca de contratar, mas, apenas, a obrigação de, preenchidas certas condições ou chegada a oportunidade, praticarem o ato necessário à efetivação do intento que uniu suas vontades.

Concluído o compromisso, não pode qualquer das partes arrepender-se. Ele é irretroatável. Levando-o ao registro de imóveis, impede-se que o bem seja alienado a terceiro.

Imite-se na posse do imóvel e se comporta como se fora seu dono. Preenchidas as condições que o habilitam a pedir o título translativo de propriedade, obtém-se, através de sentença, se a outra parte não quiser ou não puder firmá-lo. Admite-se a execução coativa sob forma específica, ocorrendo, nesse caso, a *adjudicação compulsória*.³

189. Compromisso de venda. Deixando de lado a investigação doutrinária da incompatibilidade entre a noção de negócio, ato pelo qual se exerce um poder, e a noção de adimplemento, ato pelo qual se cumpre uma obrigação,⁴ importa verificar se a promessa de venda pode ajustar-se a esse conceito de contrato preliminar, ou se, ao contrário, é um instituto que, em sua essência, repele tal configuração.

Duas particularidades impedem considerá-la, em nosso Direito, espécie do contrato preliminar em sua tradicional conceituação. Primeiramente, a possibilidade, prevista na lei, de se substituir o contrato definitivo por uma sentença constitutiva. Em seguida, a atribuição, ao promitente-comprador, de um *direito real* sobre o bem que se comprometeu a comprar, numa qualificação discutível.

A promessa de venda identificada por essas peculiaridades seria contrato preliminar impróprio, isto é, negócio jurídico diferente do contrato propriamente preliminar, que, verdadeiramente, não consistiria em promessa recíproca de contratar. Para distingui-lo da promessa de venda propriamente dita, poder-se-ia denominá-lo compromisso de venda. Caracteriza-se esse contrato pela subordinação de sua eficácia plena à reprodução do consentimento das partes no título translativo próprio exigido como de sua substância. Contém a promessa de reiterar a declaração de vontade constante do compromisso.⁵ As partes não se obrigam a dar o consentimento, eis que já foi dado, mas unicamente a repeti-lo no instrumento próprio, na escritura pública indispensável. A assinatura desse instrumento é, simplesmente, a reprodução, sob forma pública, do primeiro negócio. Decorrem os efeitos do compromisso, que se apresenta, por conseguinte, como negócio jurídico definitivo, sem ter, obviamente, o cunho preliminar próprio dos autênticos pré-contratos, como o entende o Direito Fiscal.

O perfil desse negócio jurídico de rasgos próprios desenha-se nitidamente na promessa bilateral de venda, irrevogável e quitada. Todos os elementos do contrato de compra e venda constam do compromisso assumido pelas partes, que, entretanto, por uma questão de oportunidade ou de conveniência, não efetuam imediatamente, pela forma prescrita na lei, o chamado contrato definitivo, não tornam de logo efetiva a venda.

Distinguindo lucidamente esse negócio jurídico da promessa de venda que se conclui sob a forma de contrato preliminar próprio, seria admissível a regra de que se o instrumento da promessa encerra todos os elementos da compra e venda constituirá título hábil à transferência do domínio mediante sua transcrição e a do documento de quitação ao promitente-comprador, se este já não constar da promessa escrita. É que, já estando fixado, em caráter vinculante, o conteúdo do contrato de compra e venda e tendo sido observados os pressupostos e requisitos desse negócio, à exceção da forma, a prática do ato solene serviria apenas à reprodução do consentimento, dispensada devendo ser sua exigência, a fim de se simplificar o mecanismo das aquisições de bens imóveis por esse processo largamente difundido no comércio jurídico.

Contudo, o compromisso de venda não passa a ser, nessa dimensão, venda condicional. Os dois contratos não se confundem, até porque a obrigação de reproduzir o consentimento não pode ser classificada como condição, e, se

pudesse, seria meramente potestativa – que é defesa em lei. A conclusão do chamado contrato definitivo poderia ser considerada uma *conditio juris* da promessa de venda, no sentido de requisito necessário a habilitar o promitente-comprador à aquisição do direito real de propriedade. Se a escritura não é assinada ou suprida por uma sentença constitutiva, o promitente-comprador não tem título para levar à transcrição, mas, nem por isso, se pode afirmar a inexistência dos efeitos da promessa, senão simplesmente que deixaram de se cumprir, ou não se cumpriram ainda, porque não se praticou a solenidade de que depende a eficácia específica do compromisso. Conquanto se reduza a promessa de venda à função de produzir a obrigação de reiterar o consentimento, admitindo-se que o empenho negocial principal é assumido com a sua conclusão, ainda assim permanece distinto da compra e venda, porque os dois contratos têm objeto diverso.

É, pois, a promessa de venda – que melhor se diria compromisso de venda para prevenir ambigüidades – o contrato típico pelo qual as partes se obrigam reciprocamente a tornar eficaz a compra e venda de um bem imóvel, mediante a reprodução do consentimento no título hábil.

Oriundo de necessidades que se acentuaram com a difusão dos loteamentos de terrenos, e, em seguida, da construção de edifícios de apartamentos, o contrato de promessa de venda cedo revelou sua utilidade prática pelos interesses que, por seu intermédio, passaram a ser regulados e por sua própria causa típica. Mediante lei especial, recebeu consagração no direito positivo, adquirindo os traços que, inspirados na política legislativa de proteção aos adquirentes de lotes de terrenos, se generalizariam, para uma de suas modalidades – a promessa irrevogável. A diversificação do tratamento legal pede distinção da maior importância.

O *compromisso de venda* pode subordinar a exigibilidade da obrigação de quem se comprometeu a vender ao cumprimento de prestações sucessivas a cargo de quem se comprometeu a comprar, relativas ao pagamento do preço. É a modalidade mais freqüente. Nesse caso, não poderá exigir que a outra parte satisfaça sua prestação antes do cumprimento integral da obrigação que assumiu, nem seu pedido pode ser acolhido pelo juiz para determinação da adjudicação compulsória. Caberia, evidentemente, a *exceptio non adimpleti contractus*.

As circunstâncias de irrevogabilidade do compromisso e de atribuição de direito real ao promitente-comprador não impedem a resolução do contrato por inexecução, ou sua dissolução por mútuo consentimento. Nesses contratos, o pagamento do preço é parcelado, de modo que se a parte obrigada a pagar as prestações deixa de cumprir a obrigação, tem a outra direito a pedir sua resolução, ainda que a mora do devedor só se caracterize após o decurso de certo prazo, contado da interpelação. Resolvido o contrato, cancela-se o direito real, isto é, a anotação preventiva.

A obrigação do promitente-vendedor pode ser exigida incondicionalmente pela outra parte, se pagou de logo o preço, não lhe convindo a imediata assinatura do título translativo. É a chamada *promessa quitada*. Mais do que a outra modalidade, o compromisso, pelo qual o promitente-vendedor embolsa, ao concluí-lo, o preço do imóvel, revela não se tratar de um contrato preliminar, apresentando-se, verdadeira e ostensivamente, como um negócio jurídico igual ao contrato de compra e venda que não tomou sua forma por simples conveniência das partes ou porque necessários se tornem documentos que ainda não possuem. Procedendo desse modo, querem os contratantes fixar imediatamente, com força vinculante, o conteúdo do negócio que se seguirá oportunamente. Praticamente, deixam apenas de assinar a escritura de compra e venda.

O contrato de compromisso de venda, tal como acaba de ser delineado nas suas particularidades, como as novas características que o distinguem do contrato preliminar de promessa de venda, exige tratamento correspondente à sua natureza peculiar. Impõem-se regras condizentes quanto à capacidade das partes, à forma, à execução, à adjudicação compulsória e aos defeitos e vícios que podem invalidá-lo. Tentativa nesse sentido foi feita na lei do *parcelamento do solo urbano* (Lei nº 6.766, de 19.12.79), em cujo art. 27 traça interessante figura, a que impropriamente denomina *pré-contrato*. [Atualmente, algumas dessas regras encontram-se previstas nos arts. 1.417 e 1.418 do Código Civil].

190. Natureza. Em nosso direito positivo, o compromisso de venda ou promessa irrevogável e transcrita de venda apresenta singularidade que concorre para infirmar a tese de que seja contrato preliminar próprio. Tal particularidade é a atribuição de direito real ao compromissário ou promitente-comprador.⁶ A doutrina não delineou ainda com a necessária precisão os contornos desse direito real. Inadmissível assimilá-lo ao direito de propriedade. Para aceitá-lo, preciso seria chegar ao absurdo de que, com o *registro* imobiliário da promessa, se transfere o domínio. Se a transmissão da propriedade ocorresse nesse momento, seria uma superfetação a exigência legal do título translativo, seja a escritura definitiva, seja a sentença de adjudicação. Ademais, a *anotação preventiva* do contrato de promessa

irrevogável não determina a modificação do seu registro. A propriedade do bem continua em nome do promitente-vendedor, embora com o ônus, com que foi limitada. Evidente se torna, assim, que o compromissário não tem o direito real sobre coisa própria. É verdade que o direito do promitente-vendedor ou compromitente se converte praticamente numa “recordação da propriedade”, esterilizando-se por completo, mas que pode voltar à sua plenitude se o contrato for resolvido. Sem dúvida alguma o direito do compromissário é tão extenso que se assemelha ao domínio útil. Tem ele a posse do bem, podendo exercer as faculdades de uso e gozo. Admite-se até que exerce o poder de disposição no uso da prerrogativa de trespassar o contrato, mas nem por isso é dono do imóvel que prometeu comprar. Habilitando terceiro a adquiri-lo, cede apenas seus direitos, na medida em que os tem, sem poder afirmar que a cessão implica transferência de domínio.

Não satisfaz, por outro lado, a qualificação do direito do compromissário como *direito real de garantia*, destinado unicamente a assegurar a prestação prometida no contrato preliminar. Os direitos reais de garantia têm natureza diversa do direito do promitente-comprador, outra estrutura e outra finalidade.

Não procede a sua qualificação como *direito de apropriação*, por isso que estes constituem grupo no âmbito dos *direitos potestativos*. Tendo em vista que assegure ao compromissário a pretensão para adquirir a propriedade do bem, sem que a outra parte possa impedi-la, leva alguns a qualificá-lo como *direito de aquisição*. [O art. 1.417 do Código Civil define-o precisamente como direito real à aquisição do imóvel].

Não é possível, finalmente, assimilá-lo ao usufruto ou a enfiteuse, por notórias as diferenças.

O direito real *sui generis do compromissário* reduz-se, verdadeiramente, à simples limitação do poder de disposição do proprietário que o constitui. Uma vez *registrado*, proibido fica de alienar o bem, e, se o fizer, o compromissário ou promitente-comprador, sendo titular de um direito com seqüela, pode reivindicar a propriedade do imóvel, tanto que execute o contrato de compromisso, exigindo o cumprimento da obrigação contraída pelo promitente-vendedor. Não se trata, pois, de um direito de natureza pessoal, como se afigura a alguns escritores.⁷

Se a promessa irrevogável de venda fosse um contrato preliminar propriamente dito, não poderia o legislador atribuir natureza real ao direito do compromissário, restrito que seria à pretensão de exigir da outra parte a celebração do contrato definitivo, cuja inexecução daria lugar, logicamente, a perdas e danos. Admitindo-se que esse *soi-disant* contrato fosse a causa da atribuição patrimonial, consistindo em atividade negocial, seria incompreensível que, uma vez concluído, não atribuísse direito real ao comprador, como de fato não atribuiu, enquanto o contrato preliminar o outorgaria, sem ter sequer criado ainda a obrigação de transmitir a propriedade. Certo é, assim, que se atribui direito real ao compromissário é porque tem força vinculante, considerando o legislador que a fonte das obrigações dos contraentes não é o contrato definitivo, isto é, o ato de documentação, mas o próprio compromisso de venda.

Do fato de ser direito real extraem-se as seguintes conseqüências: *a)* investido na posse do bem, pode o titular usá-lo sem restrições e fruir suas utilidades; *b)* o direito do promitente-comprador é oponível a terceiros; *c)* pode aliená-lo mediante cessão; *d)* responde pelas obrigações, que gravam o imóvel, de natureza fiscal ou civil; *e)* extingue-se com o cancelamento da averbação.

De negócio jurídico, que tivesse a natureza de *contrato preliminar*, não poderia nascer *direito real*.

No Direito pátrio, a promessa de venda era *pré-contrato* até ser modificada sua estrutura em leis especiais.

Admitida como contrato preliminar, que gerava obrigação de fazer, cujo objeto consiste em declarar a vontade para celebração de outro contrato, regia-se pelas disposições gerais atinentes a esta obrigação. Sendo impossível compelir alguém a concluir um contrato, a obrigação de contratar resolvia-se em perdas e danos. Previra-se a função de documentação do contrato definitivo sem se chegar à conseqüência necessária desse enfoque do fenômeno, porquanto a solução adotada era igual à do inadimplemento das obrigações de fazer. A hipótese é, sem dúvida, do contrato de compra e venda mediante instrumento particular, geralmente simples recibo, no qual se contém a obrigação recíproca de firmarem as partes a indispensável escritura pública. Configura, por certo, o contrato preliminar de promessa de venda, embora a referência à simples solenização do contrato indicasse prefiguração do negócio jurídico distinto que viria a absorvê-lo no processo de aquisição da propriedade dos imóveis mediante atos sucessivos.

191. Capacidade das partes e forma. É de exigir-se a plena capacidade das partes na celebração do contrato, porque a realização de sua finalidade, com a assinatura do título translativo, apresenta-se, em última análise, com sua execução. Firmando o compromisso de vender certo bem, irrevogavelmente, seu proprietário assume, desde logo, a obrigação de aliená-lo. A bem dizer, é nesse momento que exerce o poder de disposição, embora somente

adquirir forma idônea com a prática do ato solene a que se obrigou. Conseqüentemente, se ele é incapaz quando conclui o contrato de compromisso, a invalidade do chamado contrato definitivo tem de ser admitida. Estabelecido que este é simplesmente um ato de execução daquele, a capacidade há de ser aferida, evidentemente, no momento em que as partes concluem o compromisso de venda. Assim, quem se compromete a vender mediante promessa irrevogável de venda deve ter sobre a coisa pleno poder de disposição e ser plenamente capaz. Se é pessoa casada, precisa da outorga do cônjuge, manifestamente indispensável em todo negócio jurídico que implique disposição de bem imóvel. As limitações subjetivas e objetivas existentes para a conclusão de um contrato de compra e venda valem igualmente para a promessa irrevogável de venda, não podendo o ascendente estipulá-la com descendente sem a expressa concordância dos outros [e do cônjuge do alienante⁸], nem se admitindo o compromisso de vender coisas fora do comércio ou inalienáveis.

Posto seja a escritura definitiva um ato devido, tem-se entendido que sua prática exige a capacidade das partes. Não se justifica, no rigor dos princípios, tal exigência, porque a superveniência de incapacidade não constitui escusa para deixar o devedor de cumprir obrigação assumida quando era plenamente capaz. Para evitar, entretanto, eventuais impugnações sobre a validade do título translativo, convém que o assine quem represente o promitente-vendedor e, se for o caso, o cônjuge. Há, porém, recurso legal mais prático, que é a obtenção da adjudicação compulsória, por evidente que a sentença constitutiva pode ser proferida quando sobrevenha a incapacidade da parte comprometida a vender. A forma do contrato de compromisso de venda não acompanha, entre nós, a do contrato de compra e venda em caráter necessário. Para a conclusão deste, exige a lei a escritura pública, se o bem é imóvel e tem valor superior a determinada expressão monetária. Admitido que o compromisso de venda constitui o principal ato do processo de alienação de um bem, por ele iniciado, constituindo começo de disposição, lógico seria exigir a forma solene para sua formação. Razões de ordem prática determinam, no entanto, sua dispensa. A insegurança do escrito particular é contrabalançada pela exigência do registro no ofício de imóveis para a atribuição de direito real ao promitente-comprador. A escritura continua, porém, a ser da substância do ato pelo qual recebe execução a promessa irrevogável de venda, conservando o relevo que seria congruente manter se realmente o compromisso de venda fosse contrato preliminar.

192. Execução. A execução do contrato de promessa irrevogável de venda efe-tiva-se de dois modos: 1º, pela escritura definitiva de compra e venda; 2º, pela sentença de adjudicação compulsória.⁹ Considerando-se esse contrato *novum genus*, a escritura definitiva, forma pela qual se executa, não é instrumento de outro negócio jurídico, conquanto corresponda, no contexto, a um contrato de compra e venda. Configura, realmente, um *ato devido*, expressando adimplemento de obrigação oriunda de contrato no qual o intento negocial das partes foi definido e a atribuição patrimonial determinada. Nessa escritura, a vinculação do contrato de compromisso de venda patenteia-se como seqüência necessária, de tal sorte que – para exemplificar – se entre o momento da conclusão da promessa e o da assinatura do instrumento público definitivo ocorrer o casamento do promitente-vendedor, a outorga do cônjuge não é exigível, nem lhe assiste direito a promover a anulação da venda sob o fundamento de que faltou seu concurso.

A prova mais incisiva de que o chamado contrato definitivo constitui execução do contrato precursor, isto é, de que a escritura de venda é um dos modos pelos quais se consuma o contrato de compromisso de venda ou promessa irrevogável de venda, encontra-se na possibilidade de ser substituída por uma sentença que produz os mesmos efeitos. A execução do contrato de promessa mediante tal sentença só é admissível se não se considera atividade negocial o chamado contrato definitivo e, em conseqüência, não se leva em conta a perduração dos pressupostos e requisitos necessários à realização de qualquer negócio jurídico.¹⁰ Nem seria correto admitir-se que o juiz exercesse, pela parte, uma atividade negocial, que participasse, ainda como substituto, de um negócio jurídico, que, enfim, declarasse o consentimento recusado por alguém, provocando, com a declaração, os efeitos que somente podem ser suscitados pelo exercício da liberdade contida na esfera de autonomia privada de cada sujeito de direito. Ao ordenar a adjudicação compulsória, mais não faz a autoridade judiciária do que determinar a execução sob forma específica de uma obrigação contratual que não foi voluntariamente cumprida. Torna-se evidente, nestas condições, que a conclusão do processo translativo anterior à transcrição é simples seqüência do contrato de compromisso de venda, sua execução específica, tanto assim que a sentença constitutiva não pode exigir do promitente-vendedor outras prestações, restringindo-se a ordenar a adjudicação compulsória. Nem haveria explicação, como adverte um escritor, para o saldo lógico pelo qual a obrigação de entregar a coisa prometida surja e se torne exigível antes de concluído o contrato translativo.

É, de resto, preciso não esquecer que promessa de venda não é contrato translativo de propriedade.

No direito nacional, a execução do compromisso de venda, através de sentença constitutiva, obtém-se mediante processo especial.

A construção dogmática, pela qual o chamado contrato definitivo nada mais é do que a execução do contrato de compromisso de venda, considerado a verdadeira e exclusiva atividade negocial no processo de alienação que inicia, facilita a solução correta de situações nas quais esse processo parece ou se apresenta defeituoso. É possível deduzir a regra de que todo vício que possa prejudicar o denominado contrato definitivo somente adquire relevância se e até onde impedir o exato cumprimento da prestação a que se obrigou o compromissário, ou o comprometente, no contrato em que a assumiu.¹¹ O erro e a coação, nesse contrato, tornam-no anulável, mas se uma das partes o alegar no denominado contrato definitivo, que, entretanto, se concluiu precisamente pelo modo previsto no compromisso de venda, a alegação é destituída de relevância, na prática, visto que o impugnante teria de celebrá-lo novamente. Sendo esse *soi-disant* contrato um ato devido, não se lhe aplicam as regras concernentes à anulabilidade dos negócios jurídicos. Interessando apenas os vícios que infirmam o compromisso, é de sua conclusão que começa a correr o prazo de prescrição para anulá-lo. Indiferente, por fim, que o contrato definitivo se tenha estipulado quando cessada a coação, ou que o erro seja descoberto depois de sua celebração. Em qualquer das hipóteses permanece anulável. Tais regras, de irrecusável aplicação por sua convincente congruência, comprovam o acerto da tese de Montesano, segundo a qual a função do chamado contrato definitivo se reduz à documentação, não tendo ele conteúdo negocial próprio.

Pode-se discordar da tese, onde o direito positivo contenha disposição legal a respeito da execução coativa sob forma específica que obrigue, na promessa de venda, a transcrição do contrato definitivo não concluído, e não a do chamado contrato preliminar. A objeção não procede, entretanto, nos sistemas jurídicos, como o nosso, que determinam se consignem no termo, além de outras especificações, as cláusulas do compromisso. Nem se há de ter como excepcional a situação, ao contrário comum, de conter o compromisso de venda todos os elementos do chamado contrato definitivo, até porque, se não os contiver, torna-se impossível a sentença de adjudicação. A extensão do seu conteúdo não torna supérfluo o outro contrato ainda para os que admitem a configuração do compromisso de venda como contrato preliminar propriamente dito, nem o desfigura, uma vez aceita a concepção de que gera a obrigação de contratar.

193. Regime legal. O tratamento legal da promessa de venda modificou-se fundamentalmente com a publicação do Decreto-Lei nº 58, em 10 de dezembro de 1937. Restrito foi, no entanto, seu campo de aplicação, visto se ter circunscrito ao loteamento e à venda de terrenos para pagamentos em prestações. Pouco depois, a lei dos registros públicos, Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, com a redação dada pelo Decreto nº 5.318, estatuiu, no parágrafo único do art. 244, que, quando houvesse promessa de venda, deveria ser inscrita ou averbada para que pudesse ser transcrita a escritura definitiva. O Decreto nº 3.079 abriu a porta, à extensão do regime do Decreto-Lei nº 58, às escrituras de compromisso de venda de imóveis não loteados cujo preço fosse escalonado em prestações. Por último, a Lei nº 649, de 11 de março de 1949, generalizou as disposições do Decreto-Lei nº 58, dispensando a exigência de pagamento do preço em prestações e configurando como *compromisso de venda* toda promessa sem cláusula de arrependimento. A 19 de dezembro de 1979 entrou em vigor a Lei nº 6.766, denominada de Lei de Parcelamento de Solo Urbano. Importantes inovações introduziu no regime dos loteamentos, notadamente na disciplina dos contratos que lhes dizem respeito, tais como a do *contrato-padrão*, a do *pré-contrato* e até mesmo a dispensa, ainda que excepcional, da escritura de venda. A lei revogou o direito anterior e atribuiu grande importância ao registro do loteamento.

No seu vigésimo sétimo artigo, a lei do parcelamento do solo urbano delineia interessante figura no painel do direito urbanístico, a que denomina pré-contrato, apropriando-se de termo designativo de uma categoria contratual para nomear uma espécie singular.

Depois de ter adotado, para os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, a técnica do contrato-padrão, de conteúdo homogêneo e obrigatório, dispõe:

“Se aquele que se obrigou a concluir contrato de promessa de venda ou de cessão não cumprir a obrigação, o credor poderá notificar o devedor para outorga do contrato ou oferecimento de impugnação, sob pena de proceder-se ao registro do pré-contrato, passando as relações entre as partes a ser regidas pelo contrato-padrão.”

Com esta péssima redação, instituiu-se entre nós o contrato preliminar do compromisso de compra e venda.

A figura jurídica regulada na citada disposição da lei do parcelamento do solo urbano tem realmente os traços de um pré-contrato. É uma prática admitida para a hipótese de ainda não ser possível a conclusão do contrato de compromisso de compra e venda, funcionando assim como se fosse uma reserva de lote. O objeto desse contrato, que “não visa a modificar diretamente a efetiva situação das partes”, é a conclusão do outro contrato a que antecede e é, na hipótese, a promessa de venda. Seu conteúdo, uma obrigação de fazer, um “consentimento a prestar”. Não cumprida esta obrigação, pode a outra parte agir, como prescreve o art. 466-B do Código do Processo Civil, para obter do juiz uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a cuja estipulação se obrigaram, isto é, do contrato de compromisso de venda, com a particularidade de que o contrato pressuposto é o contrato-padrão obrigatório.

Com este mecanismo, o pré-contrato do art. 27 da Lei nº 6.766 (parcelamento do solo urbano) é um contrato preliminar de outro contrato que tem de ser necessariamente definitivo pela razão intuitiva e curial de que o objeto de todo contrato preliminar ou pré-contrato é a conclusão deste. Visto que o contrato cuja conclusão se pretende é o compromisso ou promessa irrevogável de venda, está fora de dúvida que este é um contrato definitivo. Do contrário, ter-se-ia um contrato preliminar de outro contrato preliminar, o que é logicamente inconcebível, porque no pré-contrato as partes se limitam a adiar o efeito principal de outro contrato definitivo, e não a buscar simples reiteração da promessa. A própria lei equipara ao contrato preliminar de compromisso de venda a simples proposta de compra e a reserva de lote, desde que tenham a significação de uma promessa de contratar.

A figura jurídica desse autêntico contrato preliminar ou pré-contrato confirma o entendimento de que o compromisso de compra e venda não é um contrato preliminar, mas, sim, modalidade especial do contrato de compra e venda, ou, como acertadamente escreve Trabucchi,¹² na minha tradução: “um contrato definitivo de imediata eficácia, acompanhado da promessa de reproduzir (não de dar) o consentimento em forma particular.”

Esta conclusão acarreta a importante consequência de se ter que aplicar ao compromisso as disposições da compra e venda, como já se está orientando a jurisprudência.¹³

A figura jurídica delineada no Decreto-Lei nº 58 foi impropriamente denominada *compromisso de compra e venda*. O nome permite, todavia, distingui-la do contrato preliminar de *promessa de venda*.

Quando o contrato de *compromisso de compra e venda* tem como objeto terreno loteado e o pagamento do preço deve ser efetuado em prestações sucessivas e periódicas, seu conteúdo preenche-se obrigatoriamente de cláusulas previstas na lei, relativas ao nome, nacionalidade, estado civil, domicílio das partes, e cadastro fiscal, à denominação e situação do imóvel loteado, número e data da inscrição, à descrição do lote, numeração, confrontações e características, ao prazo, preço e forma de pagamento, aos juros sobre o débito em aberto e sobre as prestações atrasadas, à cláusula penal, à declaração da existência de ônus real sobre o imóvel, à indicação da parte a quem cabe o pagamento dos impostos e taxas, bem como a importância do sinal.

O contrato pode ser concluído por instrumento público ou particular, devendo revestir, necessariamente, a forma escrita.

Se o promitente-vendedor for casado, é indispensável a outorga uxória.

Concluído, por escritura pública ou escrita particular, revestidos das formalidades legais, o respectivo instrumento deve ser registrado mediante averbação à margem do registro do imóvel, no ofício competente.

Observadas estas exigências, o compromisso de compra e venda atribui ao compromissário *direito real*, conferindo-lhe direito à *adjudicação compulsória*. Não o resolvem a morte ou a sentença declaratória de falência de qualquer das partes. Pode, afinal, transferir-se por simples *transpasse*. O registro pode ser cancelado unicamente por decisão judicial, a requerimento das partes ou mediante comprovação de que o contrato foi rescindido.

194. Compromisso de venda de imóveis não loteados. O contrato de compromisso de venda de imóvel não loteado, edificado ou não, dispensa diversos requisitos exigidos para a validade do que se subordina ao regime do Decreto-Lei nº 58. Necessários, porém, os concernentes à individualização das partes e do objeto. Pode, igualmente, celebrar-se por instrumento particular e deve ser inscrito para se tornar oponível a terceiros. Do mesmo modo, não se extingue com o falecimento dos contratantes, nem o resolve a sentença que decreta a falência de qualquer deles.

Exige a lei que não contenha cláusula de arrependimento. Se as partes querem se reservar o *jus poenitendi*, devem tomar a precaução de o estipular expressamente, pois, do contrário, considera-se irrevogável o compromisso.

Se têm o propósito de firmar a chamada promessa irrevogável de venda, não precisam declarar que a estipulam sem direito de arrependimento.

A possibilidade de ser reduzido a escrito particular era repelida por alguns escritores.¹⁴ Prevaleceu no entanto a opinião contrária. A utilidade prática do contrato de compromisso de compra e venda reside precisamente em ser um negócio jurídico que tem sua plena eficácia independentemente de forma solene. Do contrário, seria inútil circuito. A escritura pública é necessária para obter a enunciação da vontade do promitente-vendedor, no chamado contrato definitivo.

A dissolução do contrato de compromisso de compra e venda obedece a regras especiais. Não se rompe unilateralmente sem intervenção judicial. Nenhuma das partes pode considerá-lo rescindido, havendo inexecução da outra. Há de pedir a resolução. Sem sentença resolutória, o contrato não se dissolve, tenha como objeto imóvel loteado ou não.

A causa mais comum de resolução é a mora do compromissário no pagamento das prestações periódicas em que se divide o preço. Depende de interpelação, não se lhe aplicando a regra *dies interpellat pro homine*. Ainda que deles conste cláusula resolutiva expressa, a constituição em mora do promissário comprador depende de prévia interpelação judicial, ou por intermédio do cartório do registro de títulos e documentos, com quinze dias de antecedência (Decreto-Lei nº 745, de 07.08.69).

Tem-se entendido que, no caso de inexecução do contrato pelo compromissário, que interrompe o pagamento das prestações, não perde ele as prestações pagas, devendo apenas ressarcir os danos, prefixados, aliás, em cláusula penal obrigatória. Não fora assim, teria a lei consagrado enriquecimento ilícito. A devolução das prestações recebidas e a efetivação da cláusula penal demandam, evidentemente, intervenção judicial, como, de resto, se faz necessária, previamente, para apuração da culpa na inexecução.

Dissolvido o vínculo, extingue-se, pelo cancelamento, o *direito real*. O compromissário fará jus ao recebimento das prestações que pagou, acrescidas dos juros estipulados, mas, se procedeu de má-fé, fica obrigado a ressarcir os prejuízos causados ao compromitente. Cumpre-lhe *restituir* a posse do bem, e, se não a devolver, assiste ao compromitente direito a reavê-la mediante ação de reintegração de posse.

195. Extinção do compromisso. O compromisso de compra e venda extingue-se pelos seguintes modos: *a)* execução voluntária; *b)* execução coativa, em forma específica; *c)* resolução; *d)* dissolução por mútuo consentimento. Entretanto, como atribui direito real que se constitui pelo registro público, necessário se torna o cancelamento da averbação, ou da inscrição. Quando há adjudicação compulsória, o cancelamento procede-se por mandado judicial, que é indispensável também no caso de resolução. Se houver execução voluntária, o registro da escritura definitiva implica o cancelamento da averbação, ou inscrição, do contrato de compromisso de compra e venda. Ocorrendo dissolução por mútuo consentimento, cancela-se a requerimento das partes.¹⁵

¹ Mirabelli, ob. cit., p. 151. Em face de certos preceitos do Código de Processo Civil (arts. 466-B e 466-A), vem se admitindo, por equívoco, a possibilidade de obter sentença judicial que produza os efeitos da declaração não emitida.

² [Arts. 463 a 466 do Código Civil].

³ [Arts. 1.417 e 1.418 do Código Civil].

⁴ Conf. Mirabelli, *Dei Contratti in Generale*, p. 148.

⁵ Trabucchi, ob. cit., p. 668.

⁶ [Art. 1.417 do Código Civil].

⁷ Wilson Batalha, *Loteamentos e Condomínios*, t. I, p. 364.

⁸ [Art. 496 do Código Civil].

⁹ [Art. 1.418 do Código Civil].

¹⁰ Conf. Mirabelli, ob. cit., p. 148.

¹¹ Mirabelli, ob. cit., p. 151.

¹² *Istituzioni di Diritto Civile*, p. 668.

¹³ V. J. Osorio de Azevedo, "Promessa de Venda", in *Enciclopédia Saraiva*.

¹⁴ Serpa Lopes, *Tratado dos Registros Públicos*, vol. III, p. 210; Waldemar Loureiro, *Registro da Propriedade Imóvel*, p. 184; Wilson Batalha, *Loteamentos e Condomínios*, vol. I, p. 392.

¹⁵ Dentre outras obras, cons. Waldemar Ferreira, *O Loteamento e a Venda de Terrenos em Prestações*; Wilson Batalha, *Loteamentos e Condomínios*; Barbosa Lima Sobrinho, *As Transformações da Compra e Venda*; Darcy Bessone, *Promessa de Compra e Venda de Imóveis*; Assis Moura, *Escritura de Compromisso de Venda e Compra de Imóveis*, São Paulo, 1930; Serpa Lopes, *Tratado dos Registros Públicos*, vol. III; Waldemar Loureiro, *Registro da Propriedade Imóvel*; Machado Guimarães, *Comentários ao Código de Processo Civil*, IV; Orlando Gomes, *Direitos Reais*; Frutuoso Santos, *Promessa de Venda*; Castro y Bravo, *La Promesa de Contrato*; Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*; Messineo, “Contratto Preliminare”, in *Enciclopedia del Diritto*; Montesano, *Contratto Preliminare e Sentenza Costitutiva*; Covielli, “Contratto Preliminare”, in *Enciclopedia Giuridica*; Mirabelli, *Dei Contratti in Generale*; Moschella, “Contratti Preliminari”, in *Nuovo Digesto Italiano*, e Scognamiglio, *Contratti in Generale*.

Capítulo 22

PACTOS ADJETOS À COMPRA E VENDA

Sumário: 196. Cláusulas especiais. 197. Retrovenda. 198. Venda a contento [e venda sujeita à prova]. 199. Preempção. 200. Pacto de melhor comprador. 201. Pacto comissório. 202. Venda com reserva de domínio. 203. Modalidades particulares de venda.

196. Cláusulas especiais. O contrato de *compra e venda* admite a inserção de *cláusulas especiais* que lhe modificam a fisionomia, submetendo-o a regras particulares.

As figuras nascidas da inserção dessas cláusulas denominam-se *pactos adjetos* à compra e venda.

Tais são:

- 1^a) a *retrovenda* – cláusula “*de retrovendendo*” – e o *pacto de resgate*;
- 2^a) a *venda a contento* – “*pactum displicentiae*” [– e sujeita à prova];
- 3^a) a *preempção ou preferência* – “*pactum protimiseos*”;
- 4^a) o *pacto de melhor comprador* – “*addictio in diem*”;
- 5^a) o *pacto comissório*;
- 6^a) a *reserva de domínio* [– “*pactum reservati domini*”];
- 7^a) [a venda sobre documentos].

Posto que, de regra, se apresentem como cláusulas do contrato, nada impede sejam objeto de instrumento separado. A contextualidade não é necessária.

197. Retrovenda. 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. Já o *pactum de retroemendo* é um compromisso assumido pelo vendedor de recomprar a coisa vendida, cabendo ao comprador a mesma pretensão para a conclusão do contrato definitivo de recompra. Constituem, os dois, autênticos contratos preliminares unilaterais.

[Da retrovenda propriamente dita distingue-se o resgate.] Pelo *pacto de resgate*, o vendedor se reserva o direito de, mediante ato unilateral, com eficácia *erga omnes*, reaver o bem vendido. A esse pacto nosso Direito chama impropriamente *retrovenda*. O resgate vale, se inscrito, contra terceiros. Vendido o imóvel, o adquirente pode ser privado do seu direito de propriedade, se o vendedor quiser usar a faculdade de o reaver.

A obrigação do vendedor de reembolsar o comprador das despesas efetuadas com a compra e aquisição do bem torna excessivamente oneroso o exercício do direito de recobrá-lo, se admitido ser devido o imposto de transmissão da propriedade.

A natureza jurídica do pacto de resgate é problema de solução controvertida. Qualificam-no alguns escritores como *direito contratual de resolução*; como um *pactum de contrahendo*; como uma *oferta de retrovenda*, predominando a idéia de que a reserva de retrato é uma venda sob condição suspensiva. Essas explicações levam em conta a natureza especial da retrovenda no Direito alemão;¹ no Direito pátrio é uma *venda sob condição resolutive potestativa*, cujo exercício não depende exclusivamente da vontade do vendedor, mas, também, de que restitua o preço e reembolse as despesas.

O adquirente tem propriedade *resolúvel*² que se extingue no momento em que o vendedor exerce o direito de reaver o bem vendido, mediante *declaração unilateral de vontade*, não sujeita à forma especial.

Recebida a declaração, o *comprador* é obrigado a devolver o imóvel. Assis-te-lhe, porém, o direito de ser reembolsado no preço das despesas que efetuou com a compra e aquisição, e dos gastos [realizados com autorização escrita do vendedor ou referentes a benfeitorias necessárias.³ Recusando-se o comprador a receber as quantias, o vendedor as depositará judicialmente, a fim de exercer o direito de resgate⁴].

A *faculdade de resgate* pode competir a várias pessoas, apresentando-se, em consequência, o problema da sua *divisibilidade*. Alguns códigos permitem que um dos titulares o exerça, mas atribuem ao comprador o ônus de intimar os outros, para nele acordarem. Outros dispõem que somente pode ser exercido por todos; mas, renunciando um dos titulares ou extinguindo-se o direito para quaisquer deles, transfere aos outros. Para as legislações que autorizam o exercício singular do direito de resgate, a aquiescência dos demais, sob intimação do comprador, é indispensável, sob pena de caducar o direito de todos. [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.⁵ 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.⁶ 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 (“Não havendo acordo entre os interessados, ou não querendo um deles entrar com a importância integral do retrato, caducará o direito de todos”). 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 fixado⁷].

Os códigos fixam o *prazo máximo* no qual pode ser exercido o *resgate*. [No Código Civil de 2002, o referido prazo tem natureza decadencial e é de 3 (três) anos⁸]. É lícito às partes reduzi-lo, mas não lhes é dado aumentá-lo. Se excedem o limite legal, tem-se a cláusula como não escrita, prevalecendo o prazo máximo que a lei estabelece.

O *prazo* não é uniforme nas legislações.

O prazo é *extintivo*. Não pode ser prorrogado, nem admite suspensão ou interrupção. Prevalece contra o incapaz. Uma vez vencido, o direito extingue-se, tornando-se a venda irretroatável. Não se trata, por conseguinte, de *prescrição*, mas de *decadência*.

Conta-se do dia em que a compra e venda se tornou perfeita e acabada, entendendo, alguns, que seu início coincide com a transcrição. Para seu vencimento, aplica-se a regra *dies interpellat pro homine*.

O direito de resgate [pode ser cedido *inter vivos* ou transmitido *mortis causa* a herdeiros e legatários.⁹].

Só os *imóveis* podem ser objeto desse *pacto*. A venda mobiliária não o comporta, conforme entendimento predominante, embora algumas legislações o admitam. Como, entretanto, a venda de coisa móvel não está sujeita a registro, o terceiro adquirente estaria a salvo de reivindicação.

O perecimento da coisa em consequência de caso *fortuito* ou *força maior* extingue o *direito de resgate*. O bem se perde para o *comprador* e o direito para o *vendedor*. Aquele não está obrigado, portanto, a pagar o valor da coisa destruída. No caso de deterioração parcial (*periculum deteriorationis*) o vendedor não tem direito à redução proporcional do preço que deve restituir.

O aspecto mais interessante do *retrato* é o direito do vendedor de reivindicar a coisa do poder de terceiros adquirentes. Porque se exerce *erga omnes*, sustentam alguns que a *retrovenda é direito real*, como no Direito alemão. O *efeito real* é, todavia, simples consequência da *averbação privativa*.

O direito do vendedor de recuperar do terceiro adquirente a coisa vendida decorre da qualidade do *domínio* que sobre ela tem o comprador. Trata-se de *propriedade resolúvel*. Ademais, a retrovenda recai unicamente em imóveis, de sorte que para o comprador adquirir a propriedade é necessária a transcrição no registro de imóveis, devendo constar a cláusula. Assim sendo, terceiro que queira adquirir o bem não pode alegar ignorância, pois tem conhecimento de que é *resolúvel* a propriedade do alienante.

Vai-se adiante. Confere-se *ação* ao vendedor contra os terceiros adquirentes do imóvel, ainda que estes desconheçam a cláusula de *retrato*.

Alguns textos autorizam a admissão do que doutrinariamente se chama *retrato legal*, isto é, o direito que tem alguém de sub-rogar-se na posição de quem adquire uma coisa desde que aceite as mesmas condições do contrato de compra. O caso típico de *retrato legal* é o da venda de condômino a estranho sem respeito ao direito de preferência dos outros consortes. O condômino a quem não se der conhecimento da venda poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranho. Não se trata, todavia, de *resgate*, que é negócio contratual.

Do *resgate* ou *retrato* distingue-se a *retrovenda* propriamente dita ou *pacto de retrovendendo*. A diferença essencial entre as duas situações está no fato de que, para o exercício de *resgate*, basta uma declaração de vontade do vendedor, enquanto, para a *retrovenda*, é necessário o consentimento do comprador.¹⁰

198. Venda a contento [e venda sujeita à prova]. A *venda a contento* é o *pacto adjeto* ao contrato de compra e venda no qual se estipula que esta não se fará, ou será desfeita, se o comprador não gostar da coisa. É uma espécie de *opção*, dado que o comprador se obriga, mas sob a condição *si volam*, só se vinculando ao declarar que a coisa lhe agrada.¹¹ Fica, pois, vinculado, até esse momento, o vendedor.

Sua natureza é controvertida. Segundo alguns, é venda sob *condição suspensiva*, conforme outros, venda sob *condição resolutiva*. A questão reveste importância quanto à determinação da eficácia. Sendo venda sob *condição suspensiva*, só se perfaz quando o comprador declara que a coisa é do seu gosto. Caso contrário, sendo venda sob *condição resolutiva* está perfeita e acabada desde logo, se desfazendo caso não agrade ao comprador. Do ponto de vista prático, interessa sobretudo saber se é negócio jurídico suspensiva ou resolutivamente condicional.

Considera-se venda sob condição suspensiva, se no contrato não se lhe tiver dado expressamente o caráter de *condição resolutiva*. Outros invertem a regra.

[O Código Civil de 2002 manteve, em seu art. 509, a regra segundo a qual a venda a contento entende-se realizada sob condição suspensiva. Foi suprimida, no entanto, a parte final do art. 1.144 do Código de 1916 (“se no contrato não se lhe tiver dado expressamente o caráter de condição resolutiva”), e acrescido que se trata de venda sob condição suspensiva ainda que a coisa tenha sido entregue ao comprador. Estas alterações, no entanto, não impedem que as partes prevejam, no caso concreto, que a compra e venda a contento é eficaz desde logo, mas se resolve diante da manifestação de desagrado do comprador, que valerá, portanto, como condição resolutiva].

Na *venda a contento sob condição suspensiva*, a entrega da coisa não se faz com o ânimo de lhe transferir o domínio. O comprador recebe-a para verificar se lhe agrada. Até que o declare possui a coisa como se fora *comodatário*, visto que suas obrigações correspondem às deste.

Na *venda a contento sob condição resolutiva*, a tradição se opera tornando-se o comprador proprietário, embora titular de *propriedade resolúvel*. Contudo, a venda se resolve, se manifesta a vontade de desfazê-la, por lhe não ter agradado a coisa.

[Ao lado da venda a contento, o Código Civil de 2002 disciplinou a venda sujeita à prova, retomando o sentido prático da distinção das duas modalidades de venda, perdido por força da equiparação promovida pelo parágrafo único do art. 1.144 do Código de 1916]. O que caracteriza a *venda a contento*, no significado preciso da expressão, é que ela depende do gosto do comprador e não da qualidade da coisa. A experiência pode ser favorável sem que o comprador fique obrigado a adquirir a coisa. [Ao contrário, na venda sujeita à prova] o contrato é eficaz se a mercadoria tiver as qualidades declaradas ou for idônea ao uso a que se destina. [A venda dos bens que se costumam pesar, medir ou contar (venda sujeita à pesagem, medição ou contagem) é, salvo estipulação contratual expressa em contrário, espécie de venda sujeita à prova].

[Essa distinção transparece no tratamento dado aos referidos tipos de venda no Código Civil de 2002, no que diz respeito ao critério utilizado para verificar o implemento da condição suspensiva e, conseqüentemente, a eficácia da compra e venda. Ao passo que o art. 509 diz que a eficácia da venda a contento é condicionada à declaração de agrado do comprador, o art. 510 diz que a venda sujeita à prova subordina-se à verificação de que a coisa vendida tem as qualidades asseguradas pelo vendedor e é idônea ao fim a que se destina. No primeiro caso, portanto, o critério é subjetivo (o contentamento ou agrado do comprador), enquanto no segundo é objetivo (a conformidade da coisa às qualidades enunciadas e sua aptidão ao fim a que se destina).

Destarte, em se tratando de venda sujeita à prova, se a coisa apresentar as qualidades afirmadas pelo vendedor e mostrar-se adequada à finalidade dela esperada, não poderá o comprador recusá-la. Já na venda a contento o

vendedor sujeita-se, em princípio, ao arbítrio do comprador, que pode recusar o bem com base em sua avaliação pessoal].

O direito do comprador há de ser exercido em certo prazo. Esse prazo não é fixado pela lei, atualmente, como era no Direito Romano. Fica na dependência da vontade das partes. No caso de o estipularem, o *silêncio* do comprador, até se esgotar, interpreta-se como *consentimento*, considerando-se perfeita a venda. De regra não se estipula *prazo para a declaração* do comprador. Na ausência de estipulação, o vendedor deve intimar judicial [ou extrajudicialmente] o comprador para que se manifeste em prazo improrrogável,¹² sob pena de se considerar a venda perfeita.

O direito do comprador é intransmissível, *inter vivos* ou *mortis causa*. Sua personalidade decorre, logicamente, do próprio conteúdo.

Questão delicada, a que só é possível breve referência, é a de saber se a *venda a contento* se concilia com a proibição das *condições meramente potestativas*. Para simplificar a solução, costuma-se dizer que constitui exceção ao princípio proibitivo. Mas esse princípio é dos que não comportam exceção porquanto, como advertia Windscheid, a condição puramente potestativa contém uma contradição interna, porque se quer, ao mesmo tempo, subordinar e não subordinar a eficácia do negócio, criar e não criar uma obrigação. O cumprimento de um contrato não pode ficar ao arbítrio de um dos contratantes. Ou se admite, portanto, a validade da condição *si volueris* ou *si placuerit*, como propugnam Dernburg e Hölder, dentre outros, ou se tem de aceitar a explicação de que, na *venda a contento*, a manifestação de agrado do comprador não é puramente subjetiva porque, no fundo, é uma venda *sob prova*, ou o ponto de vista de Unger de que há verdadeira *condictio facti*, pois o gostar é um fato. A condição seria *potestativa*, mas não *puramente potestativa*.¹³

199. Preempção. A *preempção* é o *pacto adjeto* ao contrato de *compra e venda* pelo qual o comprador se obriga a oferecer ao vendedor a coisa que lhe comprou, quando queira vendê-la, para que este, a quem foi reservado o direito de preferência, preço por preço, o exerça em relação a eventuais adquirentes. Na *preempção* há, pois, dupla condição: a) que o comprador queira vender a coisa; b) que o vendedor queira exercer o direito de preferência.

Esse *pacto adjeto* designa-se também pelos nomes de *preferência*, *prelação*, *pactum protimiseos* no *pactum maelationis*. *Preempção* significa direito a ser preferido como comprador.

O direito de *preempção* é *personalíssimo*. Instituído no interesse do titular, não pode ser cedido, nem se transmite *mortis causa*.¹⁴ Não passa aos herdeiros, mas, porque não há proibição legal, admite-se sua transmissão por direito hereditário se expressamente previsto no contrato. [O prazo para o exercício do direito de preferência é de 180 (cento e oitenta) dias, em se tratando de coisa móvel, e 2 (dois) anos, no caso de imóvel¹⁵].

O mecanismo da *preempção* varia conforme a extensão do direito do vendedor. Em sua maior dimensão consiste na faculdade de reivindicar a coisa do poder de terceiro adquirente se o comprador houver realizado a venda sem afrontá-lo. Nessa hipótese, o direito do vendedor se exerce *erga omnes*, tendo *eficácia real*, assim como o trata, em determinadas circunstâncias, o Direito alemão, assemelhando-o ao mecanismo do *retrato legal*. Entende-se porém que produz apenas *efeitos obrigacionais*, configurando-se como direito do vendedor de ser preferido como comprador se a obrigação de oferecer a coisa àquele for cumprida pelo que a contraiu.

Há que distinguir três situações:

- 1ª) o comprador, antes de vender a coisa a terceiro, oferece-a ao vendedor;
- 2ª) constando ao vendedor que o comprador vai vender a coisa, o intima, protestando pelo direito de prelação;
- 3ª) o comprador vende a coisa a terceiro sem conhecimento do vendedor.

Ocorrendo a primeira hipótese, o vendedor pode usar o direito de *prelação*, tanto por tanto. O comprador terá cumprido sua obrigação e o vendedor exercerá, ou não, seu direito, conforme sua conveniência.

Na segunda, o vendedor toma a iniciativa. Ao pressentir que o comprador se omitirá no cumprimento da *obrigação de afrontar*, *antecipa-se*, intimando-o a que lhe venda a coisa. Nesta hipótese, o *direito de prelação* se exerce através de intimação.

Na terceira, a venda já se efetuou. O comprador não cumpriu a obrigação de afrontar. Que fazer? Se o direito do vendedor tem natureza real, como nos sistemas jurídicos que assim o regulam, cabe-lhe depositar o preço para obter a coisa, mas se não o possui, como entre nós, assiste-lhe apenas direito a haver perdas e danos.¹⁶ Assegura-se-lhe o exercício de tal pretensão, em curtos prazos, conforme seja o bem móvel ou imóvel, mas somente para o fim

de ressarcimento dos prejuízos sofridos. O comprador responde por perdas e danos, se ao vendedor não der ciência do preço e das vantagens que lhe ofereceram pela coisa. [Responde solidariamente, em perdas e danos, o adquirente de má-fé¹⁷]. A venda sem ter o vendedor cumprido a *obrigação de afrontar* é válida, não podendo ser anulada pelo titular do direito de prelação.

O exercício do direito de prelação está sujeito a *prazo extintivo*, que se inicia no dia em que o comprador afrontar o vendedor, ou efetuar a venda. [Tal prazo corresponde a 3 (três) ou 60 (sessenta) dias (no caso de móvel ou imóvel, respectivamente), a partir da data da notificação do vendedor¹⁸].

O pressuposto de que depende o direito de opção é a paridade de condição; o vendedor deve pagar o preço encontrado, ou ajustado, e igualar as condições da proposta do terceiro.

No caso de ser estipulado a favor de duas ou mais pessoas em comum, não se divide. Há de ser exercido em relação à coisa no seu todo.¹⁹

Objeto de preempção podem ser tanto os bens *móveis* como os *imóveis*.

O exercício, pelo vendedor, do *direito de prelação*, importa a realização de outro contrato de compra e venda, novo e independente.²⁰

A preempção convencional distingue-se da *preempção legal* porque se constitui mediante *pacto adjeto* ao contrato de compra e venda, enquanto a outra se verifica exclusivamente na *desapropriação*. Prescreve a lei que se não for dada à coisa desapropriada a destinação para que se desapropriou, o poder expropriante é obrigado a oferecer o imóvel desapropriado ao ex-proprietário, pelo preço [atual da coisa²¹]. Chama-se *retrocessão* a volta do bem ao patrimônio do ex-proprietário quando ocorre pelo exercício desse direito.

O interesse da distinção reside, principalmente, na particularidade da *preempção legal* quando a expropriante não cumpre a *obrigação de afrontar*. Ao contrário do que se verifica com a *preempção convencional*, o inadimplemento não acarreta a responsabilidade por perdas e danos, pois o ex-proprietário tem ação para exigir o bem do terceiro que houver adquirido. E, como, verdadeiramente, ocorre *retrocessão*, não se realiza novo contrato de compra e venda.

O direito de retrocessão inexistente quando o bem desapropriado continua empregado para fim de utilidade pública, diferente, embora, do declarado.

200. Pacto de melhor comprador. O *pactum addictionis in diem* é o *pacto adjeto* ao contrato de compra e venda no qual se estipula que esta será desfeita se, em certo prazo, aparecer quem ofereça melhor preço.

É a chamada cláusula da *in diem addictio*.

De uso raro, o *pacto de melhor comprador* carece de importância prática, [tendo sido, por isso, omitido no Código Civil de 2002. Apesar disso, não foi proibido, o que faz com que possa vir a ser estipulado]. As despesas com a dissolução da venda ao primitivo comprador não estimulam, antes, descoroçoam sua estipulação.

Na determinação de sua *natureza jurídica*, indagava-se, dantes, se era venda sob *condição suspensiva* ou *resolutiva*. Hoje entende-se que a condição é *resolutiva*, nada obstando, porém, a que as *partes o estipulem* sob a *condição suspensiva* de que só será considerada irresolúvel a venda se, no prazo convenionado, não surgir melhor comprador.

Objeto do pacto de melhor comprador há de ser exclusivamente *bem imóvel*. Sua aplicação às vendas mobiliárias seria perigosa por não oferecer a necessária segurança. Terceiros teriam dificuldade de conhecer o pacto, o que se não verifica em relação aos imóveis, em vista da averbação à margem da transcrição.

A possibilidade de se desfazer a venda pelo aparecimento de melhor comprador há de surgir no prazo estipulado, geralmente curto. Esgotado, a venda não mais poderá ser resolvida. Necessário ainda que quem se proponha a comprar ofereça realmente mais vantagens, quer no preço, quer nas condições do seu pagamento.

O *pacto de melhor comprador* vigora unicamente entre os contratantes.

O direito de vender com maior vantagem é intransmissível.

Para valer contra terceiros, a cláusula tem de ser averbada no registro imobiliário.

Até a expiração do prazo, dentro no qual a condição pode verificar-se, tem o adquirente *propriedade resolúvel*.

A cláusula *in diem addictio* é estipulada mais freqüentemente com uma limitação à proposta de contrato.²²

201. Pacto comissório. O *pacto comissório* é a cláusula inserta no contrato de compra e venda pela qual se estipula que esta será desfeita se o comprador não pagar até certo dia. [Tido como de pouca utilidade prática, deixou o Código Civil de 2002 de regulá-lo. Não obstante, permanece válido].

A cláusula está subentendida em todos os contratos bilaterais (*condição resolutiva tácita*), tornando-se, portanto, desnecessária. Não há inconveniente, porém, em explicitá-la. Ao contrário. Bem é que os contratantes dêem ênfase ao direito de resolução que a lei confere ao vendedor quando o comprador não paga.

A estipulação do *pacto comissório* não afasta a intervenção judicial para a resolução do contrato.

Conquanto tenha por finalidade facilitar a *resolução* do contrato de compra e venda, pode o vendedor, em vez de desfazer a venda, pedir o preço, renunciando, nesse caso, ao efeito resolutivo da cláusula. Optando pela última alternativa, não poderá mais exercer a ação resolutória. Um pedido exclui o outro. A *opção* pela resolutória não precisa ser expressa. Presume-se se, no prazo, o preço não for pedido.

O prazo para exigir o pagamento do preço, após o vencimento da obrigação, constitui exceção à regra de que a resolução é imediata consequência do inadimplemento da obrigação no tempo devido. Havendo *pacto comissório*, a resolução só se dá dias depois de vencida a obrigação.

O direito do vendedor poder ser exercido pelos sucessores do vendedor.

Desfeita a venda, volta o bem ao patrimônio do vendedor.

Ajustado o pacto na venda a prestações, a falta de pagamentos de qualquer das prestações justifica a resolução do contrato.

202. Venda com reserva de domínio. A *reserva de domínio* é o *pacto adjeto* ao contrato de compra e venda pelo qual o comprador só adquire a propriedade da coisa ao integralizar o pagamento do preço, não obstante investir-se em sua posse desde o momento da celebração do contrato.

Trata-se de modalidade especial da *venda a crédito*, na qual o *preço* é devido em *prestações*, a serem satisfeitas em determinado *prazo*. Não é, no entanto, simples venda a prestações, pois sua característica consiste no fato de só se transferir o domínio da coisa ao comprador quando este termina o pagamento do preço. O vendedor continua dono da coisa até ser embolsado integralmente da quantia devida pelo comprador. A transmissão do domínio verifica-se, integralizado o pagamento do preço, independentemente de nova declaração de vontade das partes.

A *natureza jurídica da venda com reserva de domínio* é uma das questões que têm provocado profundas divergências entre os juristas. Até a possibilidade de sua construção dogmática foi negada.

Para explicá-la, recorreu-se à analogia, a outras figuras contratuais. Segundo alguns, seria modalidade particular de *promessa de venda* pela qual o promitente vendedor se comprometeria, em verdade, a realizar a venda no momento do advento do termo, mas a estrutura dos dois negócios não admite a assemelhação.

Outros equipararam-na ao *comodato*, mas, sem razão, pois, nessa modalidade de empréstimo, a coisa, não fungível, regressa ao poder do comodante. Do mesmo modo no *depósito*, com a agravante de que não se permite ao depositário usar a coisa depositada, quando, na venda com reserva de domínio, a entrega imediata da coisa tem por fim, precisamente, possibilitar tal uso.

A mesma razão exclui a explicação pela *locação*. A coisa locada deve voltar ao poder do locador, que não perde sua propriedade, enquanto o comprador, embora use o bem durante algum tempo, satisfazendo prestações que se assemelham a aluguéis, vem a adquirir-lhe o domínio ao integralizar o pagamento do preço.

Verificou-se, em suma, que a explicação da *venda com reserva de domínio* por outros tipos de contrato importava desnaturação descabida.²³

Negou-se substancialidade ao pacto, que se considerou sibilino. A impugnação assentava na incompatibilidade do pacto *reservati domini* com a venda de tipo francês na qual o contrato, por si só, produz imediato efeito translativo da propriedade. Na Itália, sustentou-se que contrariava a essência da compra e venda, porque, se ao contrato é atribuído efeito translativo, a eliminação desse efeito pela reserva de domínio violenta a sua configuração legal.

Não se trata, também, de *venda condicional*. Admitir que o pagamento do preço constitui *condição suspensiva da transmissão* da propriedade da coisa é converter elemento essencial do contrato num *elemento accidental*. Ademais, a obrigação de pagar o preço ficaria sujeita à *condição meramente potestativa*, desarticulando o contrato de compra e venda pela possibilidade de eliminação de uma de suas peças insubstituíveis. Essas objeções foram repelidas vantajosamente; na própria Itália serviram, no entanto, para investigação mais acurada do instituto em face do princípio de que o contrato de compra e venda transfere a propriedade. Entre nós, a questão não se coloca nos mesmos termos, porque o contrato de compra e venda não é suficiente para a transmissão da propriedade, limitando-se a produzir efeitos obrigacionais.

Socorreram-se alguns escritores da figura do *contrato misto*. A *venda com reserva de domínio* seria um *contrato de locação* sujeito à *condição resolutiva e de compra e venda*, subordinado à *condição suspensiva*. Pagas todas as prestações, extinguem-se os efeitos da locação. Satisfeito o pagamento integral do preço, iniciam-se os efeitos da compra e venda. Além de ser explicação meramente descritiva, contraria a intenção das partes, pois, evidentemente, não querem locar, e apresenta as mesmas dificuldades ao erigir o pagamento do preço à altura de uma *condição*, própria.

Entre os que consideram a venda com reserva de domínio uma espécie do contrato de *compra e venda*, há divergências na explicação do seu mecanismo. Para alguns doutrinadores é *venda pura*, cujo efeito translativo se protraí a certo dia, o do pagamento da última prestação. Para outros, *venda condicional, sob condição suspensiva*, ou sob *condição resolutiva*.

A teoria do *termo* assenta no falso pressuposto de que o pagamento de todas as prestações, pelo comprador, é um *fato certo*. Além disso, o *termo inicial* suspende o exercício, não a aquisição do direito. Se o pagamento da última prestação funcionasse como *termo*, não seria nesse momento que o comprador adquiriria o domínio da coisa vendida, mas, sim, quando lhe foi transmitida com a conclusão do contrato.

Inclina-se a doutrina para a teoria da *venda sob condição suspensiva*, conquanto censurável por atribuir a um dos elementos essenciais do contrato, precisamente o preço, a natureza de *condição*. O pagamento do *preço* é a principal obrigação do *comprador*, a contraprestação devida ao vendedor, não sendo possível considerá-lo acontecimento *incerto*, pois o devedor tem a necessidade jurídica de satisfazê-lo. Por outro lado, se *condição* fora, no sentido técnico do vocábulo, seria *meramente potestativa*, porque o cumprimento da obrigação ficaria ao arbítrio exclusivo do devedor. A objeção não tem, contudo, a consistência da outra, pois o pagamento do preço não é indiferente ao comprador, e, nessa hipótese, a condição não seria arbitrária.²⁴

Não há outra explicação mais clara para a natureza da venda com reserva de domínio nos sistemas jurídicos que atribuem à compra e venda efeitos puramente obrigacionais.

Objeto da venda com reserva de domínio há de ser *coisa móvel*.²⁵ O pacto não pode ser aposto às vendas imobiliárias, pois o efeito da transcrição impede a reserva de domínio, havendo, entretanto, quem admita. Nem todas as coisas móveis comportam a venda com reserva de domínio, mas somente as que podem ser individuadas, distinguindo-se pelo tipo, marca, ou número indelével.²⁶ A necessidade da individuação decorre de que, antes de se completar o pagamento do preço, o comprador pode ser obrigado a restituir o bem ao vendedor. Ademais, a coisa vendida garante o pagamento integral do preço.

Na venda com reserva de domínio o *comprador* recebe a coisa para usar, obrigando-se a pagar o *preço* em *prestações*. Admitia-se que, deixando de cumprir uma ou mais prestações, a perderia em consequência da resolução do contrato, locupletando-se o vendedor com as prestações pagas. E, assim, a mesma coisa era vendida sucessivamente a várias pessoas, o que possibilitava lucro injusto ao vendedor. Configurava-se uma forma nova de *usura*, que a lei coibiu. Se o vendedor prefere obter judicialmente a restituição da coisa vendida, deve devolver ao comprador a diferença entre o seu valor, no momento da resolução, e o que falta pagar. [É facultado ao vendedor descontar, do montante a ser pago, o custo de depreciação da coisa, as despesas feitas e o que mais lhe for devido²⁷].

O *comprador* é obrigado a cumprir as prestações pontualmente. Caso se atrase no pagamento, as *prestações vencidas* consideram-se vencidas. Ao *vendedor assiste*, então, o direito de exigir judicialmente o pagamento das prestações vencidas e a vencer. Singularidade interessante da venda com reserva de domínio é a de que assegura ao vendedor o direito de penhorar a própria coisa vendida, que ainda lhe pertence. Penhora bem seu.

Para que o vendedor se prevaleça da cláusula torna-se indispensável constituir o comprador em mora.²⁸

Na hipótese, pois, de *mora* no pagamento das prestações devidas pelo comprador, o *vendedor* tem à sua escolha.²⁹

- a) *ação* para cobrar as prestações vencidas e vencidas;
- b) *ação* para obter judicialmente a restituição da coisa vendida.

Para sua maior garantia, confere-lhe a lei ainda direito a requerer apreensão e depósito judicial da coisa vendida, independentemente da audiência do comprador.

Enquanto não se torna proprietário da coisa vendida, o comprador é mero possuidor, tanto que vá satisfazendo pontualmente o pagamento das prestações. Embora não possa ser considerado locatário, o direito de usar a coisa assemelha-se ao de quem a possui a esse título. Tem sobre a coisa, em suma, *jus possessionis*.

Possuindo a título precário, não lhe é permitido alienar a coisa. Pode, no entanto, praticar os atos conservatórios da posse, defendendo-a por meio dos interditos.

A *venda com reserva de domínio* está sujeita à *forma escrita*. A segurança do vendedor a exige. A forma é necessária à *publicidade*. Determina a lei, com efeito, que, para valer contra terceiros, o instrumento do contrato deve ser transcrito, no todo ou em parte, no registro do domicílio do comprador.³⁰ Resguarda-se, por esse modo, o direito de terceiros adquirentes, visto que, através do registro, têm a possibilidade de saber que a coisa oferecida não pertence a quem quer vendê-la.

Em caso de perecimento da coisa, devido a caso fortuito ou força maior, é o *comprador* quem suporta o *risco*.³¹ Não se aplica, por conseguinte, a regra *res perit domino*, dado que o comprador somente se torna dono da coisa com o pagamento da última prestação. Assim, destruída a coisa, subsiste a obrigação do comprador de pagar integralmente o preço, embora já não lhe seja possível tornar-se seu dono.

Paga a última prestação, o domínio da coisa é adquirido pelo comprador *ipso facto*, isto é, independentemente de nova declaração de vontade. O consentimento para a transferência da propriedade é o que fora manifestado na celebração do contrato. Esta regra é corolário do conceito da venda com reserva de domínio como *venda condicional*.

A *venda com reserva de domínio* não se confunde com a *promessa de venda*. Têm traços comuns, pois, numa e noutra, o pagamento é feito em *prestações*, mas, na primeira, o contrato é subordinado, apenas, à condição de total pagamento do preço, de modo que a obrigação de transferir a propriedade da coisa vendida se cumpre *ipso iure ipsoque facto*, no momento em que é cumprida a última prestação do comprador. Na segunda, a transferência do domínio não decorre imediatamente do contrato, sendo necessário que a venda prometida se efetive. Indispensável, portanto, outro contrato, conforme o entendimento, entre nós, da maioria dos autores. A diferença real reside na causa dos dois negócios. Não têm, evidentemente, a mesma função econômico-social a promessa de venda e a venda com reserva de domínio.

203. Modalidades particulares de venda. [Venda sobre documentos] podem as partes ajustar que o comprador pagará contra documento. Nessa hipótese, não será obrigado a efetuar o pagamento sem que o vendedor lhe entregue o respectivo título, não podendo aquele reclamar contra o estado da mercadoria.

[Inspirado nitidamente pelo Direito italiano,³² o Código Civil de 2002 disciplinou, pela primeira vez em nosso sistema jurídico, importante modalidade de compra e venda, freqüente sobretudo no âmbito do comércio internacional: a venda sobre documentos.³³ O Código Comercial de 1850, ao tratar das espécies de tradição, já mencionava a tradição pela entrega do título representativo da mercadoria,³⁴ sem, contudo, aprofundar-se no tema.

Nesse subtipo de compra e venda, a tradição da coisa vendida, que é um dos modos de aquisição da propriedade móvel,³⁵ é, na dicção da lei, substituída pela entrega do *título representativo* da coisa e demais documentos exigidos pelo contrato ou, no silêncio deste, pelos usos.³⁶ O *título representativo* é espécie de título de crédito que representa uma mercadoria. Nesse sentido, dispõe o art. 894 do Código Civil: “O portador de título representativo de mercadoria tem o direito de transferi-lo, de conformidade com as normas que regulam a sua circulação, ou de receber aquela independentemente de quaisquer formalidades, além da entrega do título devidamente quitado.” Dentre eles, destacam-se o *conhecimento de transporte*, o *conhecimento de depósito* e o *warrant*. O conhecimento de transporte, previsto no art. 744 do Código Civil, pode dizer respeito ao transporte *marítimo*,³⁷ *aéreo*³⁸ ou *terrestre*.³⁹ Já o conhecimento de depósito e o *warrant* encontram-se disciplinados no Decreto n.º 1.102/1903, que trata dos armazéns gerais.]

A entrega dos documentos corresponde à entrega das mercadorias, exonerando o vendedor da obrigação de realizar tradição efetiva. Têm os documentos, em síntese, uma função representativa.

[Assim, na compra e venda de mercadorias a serem transportadas de um local a outro, ou de mercadorias depositadas em armazéns gerais, a tradição do bem pode ser substituída pela entrega do conhecimento de transporte ou do conhecimento de depósito e do warrant, respectivamente. Nesse caso, incidirão sobre o negócio as regras pertinentes à venda sobre documentos.

Os outros documentos normalmente exigidos pelo contrato são fatura, duplicata, apólice de seguro cobrindo os riscos de transporte do bem vendido, certificado de origem, peso e medida, e licença de importação e exportação, dentre outros.

Apesar do silêncio do Código Civil, entende-se que a venda sobre documentos diz respeito a bens móveis.

Estando em ordem a documentação (título representativo e demais documentos exigidos por força do contrato ou dos usos), o comprador não pode recusar-se a efetuar o pagamento alegando defeito de qualidade ou do estado da coisa vendida, exceto se o defeito estiver comprovado.⁴⁰ Essa disposição jus-tifica-se pelo fato de a entrega dos documentos substituir a tradição da coisa, sendo exigível o adimplemento da prestação a cargo do comprador (pagamento do preço) independentemente de prévio recebimento e inspeção do bem. Conseqüentemente, o comprador não pode suspender o pagamento até que receba e inspecione a coisa, sob a alegação de que ela pode conter vícios. Obviamente, a suspensão do pagamento será lícita se tais vícios se encontrarem comprovados.

Salvo disposição em contrário, o pagamento do preço deve ser realizado na data e no lugar da entrega dos documentos.⁴¹

Os riscos do transporte da mercadoria vendida correm por conta do vendedor. Entretanto, se o vendedor entregar ao comprador, juntamente com os demais documentos exigidos pelo contrato ou pelos usos, apólice de seguro que cubra os riscos do transporte, então estes riscos correrão por conta do comprador.⁴² Nessa hipótese, a companhia seguradora deverá indenizar o comprador (beneficiário do seguro) em caso de sinistro. O mesmo artigo prevê que a regra não se aplica se o vendedor, ao concluir o contrato, já tiver conhecimento da perda ou avaria da coisa. A solução não poderia ser outra, sob pena de prestigiar o vendedor de má-fé.

Por fim, o art. 532 do Código Civil trata do pagamento por meio de estabelecimento bancário. Nesse caso, o comprador (normalmente o importador) solicita à instituição financeira que abra crédito ao vendedor (normalmente o exportador). O estabelecimento bancário, então, efetua o pagamento por conta e ordem do comprador]. Se o pagamento for cometido a banco, cumpre a este efetuá-lo contra a entrega da documentação, sem a obrigação de verificar a existência ou o estado da coisa, [pela qual não responde. O vendedor somente pode cobrar o pagamento diretamente do comprador se o estabelecimento bancário recusar-se a efetuar o pagamento⁴³].

A venda contra documento é usada no comércio internacional.

Outra modalidade especial de venda é a que tem por objeto um grupo de coisas. Chama-se venda *per aversionem* ou *à forfait*. Considera-se perfeito o contrato mesmo que o preço global não esteja determinado por depender, por exemplo, de contagem das unidades vendidas.

Forma interessante de venda é o *reporte*, contrato de bolsa pelo qual alguém vende a outrem títulos, reservando-se o direito de reaver, após a expiração do prazo ajustado, outros da mesma espécie. Na segunda transferência o preço pago é reembolsado, com aumento ou redução. Objeto desta modalidade de venda são principalmente os *títulos de participação*, como as *ações* de sociedades anônimas.

O incremento das vendas aos consumidores determinou o aparecimento e a difusão de novos modelos contratuais que influíram no regime tradicional de *garantia* do contrato de compra e venda e provocaram a direta intervenção do legislador no sentido de proteger os compradores, quando agem como *consumidores*. As modalidades mais usadas para dinamizar a absorção de mercadorias destinadas a largo consumo são a *venda a prestações*, a *venda por correspondência* e a *venda a domicílio*.

Na *venda a prestações*, a disciplina legal ocupa-se predominantemente com a operação que se faz com *reserva de domínio*, inspirando-se na política legislativa que se inclina para a tutela de vendedor. Atentas, porém, as circunstâncias de que são *vendas promocionais* com suporte numa *publicidade comercial* contundente e que o consumidor não se apercebe, de regra, do alto custo da mercadoria vendida a prestações, nem toma conhecimento das cláusulas vexatórias,⁴⁴ tende-se atualmente à proteção dos consumidores que compram as prestações, já se tendo orientado nessa direção as leis alemã, inglesa, belga e sueca. Dentre as medidas de tutela a esses compradores, aponta-se, como das mais interessantes, o *direito de pensar duas vezes* ou direito de *repensamento*, consistente na faculdade de rescindir o contrato após duas semanas da compra, a ser livremente, e sem sanção, exercido pelo adquirente.

Na *venda por correspondência* ou por catálogo, a preocupação dominante é garantir o comprador contra eventuais danos, obtendo-se esse resultado através da obrigação imposta ao vendedor de fazer o respectivo *seguro*.

Na *venda a domicílio*, de porta a porta, o comprador está em posição desvantajosa por várias razões, tendendo a legislação para acolher medidas que evitem a aquisição de surpresa e irrefletida, inclusive a que estabelece um *período de reflexão*.⁴⁵

¹ Vide Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, t. 2º, vol. II, p. 92.

- ² [Vide do autor, *Direitos reais*, Cap. 21, pp. 265 a 273, 19^a ed., 2007. Atualizador Luiz Edson Fachin].
- ³ [Art. 505 do Código Civil].
- ⁴ [Art. 506 do Código Civil].
- ⁵ [Art. 508 do Código Civil].
- ⁶ [Arts. 505 e 508 do Código Civil].
- ⁷ [José Carlos Moreira Alves, *A retrovenda*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1967, pp. 243 e segs.].
- ⁸ [Art. 505 do Código Civil].
- ⁹ [Art. 507 do Código Civil].
- ¹⁰ Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, p. 719.
- ¹¹ Trabucchi, *ob. cit.*, p. 721.
- ¹² [Art. 512 do Código Civil].
- ¹³ *Vide Betti, Teoria General del Negocio Jurídico*, p. 398.
- ¹⁴ [Art. 520 do Código Civil].
- ¹⁵ [Art. 513, parágrafo único, do Código Civil].
- ¹⁶ [Art. 518 do Código Civil].
- ¹⁷ [Art. 518 do Código Civil].
- ¹⁸ [Art. 516 do Código Civil].
- ¹⁹ [Art. 517 do Código Civil].
- ²⁰ Enneccerus, Kipp e Wolff, *ob. cit.*, p. 100.
- ²¹ [Art. 519 do Código Civil].
- ²² Trabucchi, *ob. cit.*, p. 722.
- ²³ *Vide Justo de Anduiza, La Venta a Plazos con Reserva del Dominio*.
- ²⁴ *Ob. cit.*, p. 398.
- ²⁵ [Art. 521 do Código Civil].
- ²⁶ [Art. 523 do Código Civil].
- ²⁷ [Art. 527 do Código Civil].
- ²⁸ [Art. 525 do Código Civil].
- ²⁹ [Art. 526 do Código Civil].
- ³⁰ [Art. 522 do Código Civil].
- ³¹ [Art. 524 do Código Civil].
- ³² [Vide arts. 1.527 a 1.530 do Código Civil italiano].
- ³³ [Arts. 529 a 532 do Código Civil].
- ³⁴ [Art. 199 do Código Comercial de 1850].
- ³⁵ [Art. 1.267 do Código Civil].
- ³⁶ [Art. 529 do Código Civil].
- ³⁷ [Disciplinado pelos arts. 575 e segs. do Código Comercial, não revogados pelo Código Civil de 2002.]
- ³⁸ [Regido pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, aprovado pela Lei nº 7.565/86].
- ³⁹ [Vide o Regulamento dos Transportes Ferroviários, aprovado pelo Decreto nº 1.832/96].
- ⁴⁰ [Art. 529, parágrafo único, do Código Civil].
- ⁴¹ [Art. 530 do Código Civil].
- ⁴² [Art. 531 do Código Civil].
- ⁴³ [Art. 532, parágrafo único].
- ⁴⁴ Alpa, *Tutela del Consumatore e Controlli sull' Impresa*, p. 217.
- ⁴⁵ Alpa, *ob. cit.*, p. 223.

Capítulo 23

TROCA OU PERMUTA

Sumário: 204. Generalidades. 205. Qualificação. 206. Caracterização. 207. Objeto. 208. Disposições comuns à troca e à compra e venda. 209. Disposições próprias da troca.

204. Generalidades. Sob a denominação de *troca*, *permuta* ou *escambo*, configura-se um contrato tão semelhante ao de *compra e venda* que os códigos mandam aplicar-lhe as disposições referentes a este.

Historicamente, a troca precede à *compra e venda*. Antes da economia monetária, era o instrumento jurídico da circulação dos bens. Sua importância diminuiu, desde que surgiu a compra e venda. Hoje usa-se raramente, diminuto sendo seu interesse do ponto de vista prático. Sob o aspecto teórico, carece também de maior relevância em vista de lhe dispensarem as legislações tratamento análogo ao da compra e venda.

Na permuta, um dos contratantes promete uma coisa em troca de outra. Na *compra e venda*, a contraprestação há de se consistir, necessariamente, em *dinheiro*. Na troca não há preço, como na compra e venda, mas é irrelevante que as coisas permutadas tenham valores desiguais. Se a troca for de moedas, havendo ágio, o contrato será de compra e venda. Equivale, também, à venda, se entre ascendentes e descendentes com valores desiguais, mas somente para exigir consentimento expreso dos outros descendentes [e do cônjuge do permutante¹].

205. Qualificação. Se a prestação de um dos contratantes consiste parte em dinheiro e parte em outra coisa, há dúvida sobre a qualidade do contrato, tanto podendo ser *compra e venda* como troca. Pelo critério objetivo do maior valor, será compra e venda se a parte em dinheiro for superior à outra; será troca, em se verificando o oposto. Pelo critério subjetivo, o que conta é a intenção das partes sobre o conteúdo objetivo do contrato, pouco importando a qualificação que lhe dêem os contratantes.

A dificuldade na determinação do verdadeiro intento das partes aconselha a adoção do critério objetivo. Seria incorreto qualificar de *troca* um contrato no qual a prestação pecuniária fosse importante e a outra insignificante, ainda que os contratantes tivessem a intenção de permutar bens. Por outro lado, se o valor da coisa excede o da parte em dinheiro, é óbvio que o contrato não deve ser considerado de compra e venda.

Se o conteúdo do contrato é a permuta de dois direitos que não sejam de propriedade, há *troca*, mas será *atípico* ou *inominado* o contrato em virtude do qual se troque o gozo de uma coisa pelo de outra.²

206. Caracterização. O contrato de troca é bilateral, oneroso, comutativo e simplesmente consensual.

Quanto à sua bilateralidade, onerosidade e comutatividade, não há contestação. Não assim quanto à *consensualidade*.

No *Direito romano*, a *troca* (*permutatio*) reclamava, para a sua perfeição, a tradição de uma das coisas que deviam ser trocadas.³

No *Direito moderno*, as *legislações* dividem-se: as que admitem a transferência da propriedade por efeito direto e imediato dos contratos, como a francesa, a portuguesa e a italiana, consideram a troca contrato de *efeitos reais*, não, porém, *contrato real*; as que não atribuem ao contrato efeito translativo de domínio tra-tam-na como contrato de *efeitos obrigacionais*. A divergência é, por conseguinte, a mesma existente em relação ao contrato de *compra e venda*.

Quanto à *forma*, a *troca* é, *circunstancialmente*, *contrato solene*. Se uma ou as duas coisas permutadas forem *imóveis* de valor superior ao estipulado na lei, o contrato há de celebrar-se, para valer, por *escritura pública*. Se os

imóveis estiverem situados em circunscrições diferentes, a transcrição deve realizar-se nos registros correspondentes à situação de cada qual, havendo, por conseguinte, *dupla transcrição*.

207. Objeto. Todas as coisas que podem ser vendidas podem ser trocadas. Também os direitos, como, por exemplo, um usufruto por outro. Não é necessário que os bens sejam de igual espécie. Lícito, portanto, permutar um imóvel por uma coisa móvel; um bem, móvel ou imóvel, por um direito.

Não se exige, outrossim, que a coisa a permutar seja corpo certo. Basta ser determinável.

Não é da essência da *troca* que as *coisas* tenham igual valor. A desigualdade somente desfigura a permuta, quando o contratante, que dá coisa de valor menor, completa sua prestação com dinheiro e o complemento é mais valioso.

Objetos da *troca* hão de ser, porém, dois bens. Se em vez de uma *coisa* presta um dos contratantes um *fato*, como, por exemplo, se contrai a obrigação de executar determinado serviço, *permuta* não haverá. A *troca* é contrato *do ut des*, e não *do ut facias*.

208. Disposições comuns à troca e à compra e venda. Em virtude da analogia entre a *troca* e a *compra e venda*, as legislações prescrevem que se apliquem as mesmas regras.

Os permutantes têm as mesmas obrigações de vendedor quanto à garantia de *evicção*, e cada qual responde pelo defeito oculto da coisa, podendo, pois, sofrer os efeitos da sentença proferida na *ação estimatória* ou na *ação “quanti minoris”*.

Quanto aos *riscos*, a aplicação do preceito referente à *compra e venda* restrin-ge-se, intuitivamente, à parte relativa ao vendedor. Como sabido, até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor. Essa regra aplica-se aos permutantes, visto que cada qual se obriga a entregar determinada coisa.

Em sendo a coisa gênero ilimitado, sua determinação torna-se necessária à execução do contrato.

As proibições de venda e de compra vigoram para a permuta, embora não se justifiquem, podendo haver troca de valores iguais entre ascendente e descendente.

Aplicam-se, igualmente, as disposições legais da compra e venda à consignação da coisa ao permutante-credor.

Em suma, *compra e venda* e *troca* subordinam-se ao mesmo regime legal. Algumas regras, que não se aplicam, são em número tão reduzido que é escassa em todos os códigos a regulamentação própria da *permuta*.

209. Disposições próprias da troca. A analogia entre a compra e venda e a troca não significa identidade, reconhecida sendo a impossibilidade de submeter *totalmente* a troca ao regime legal da *compra e venda*.

As despesas de escritura na compra e venda ficam a cargo do comprador, e a cargo do vendedor as da tradição, enquanto na troca cada um dos contratantes deve pagar por metade essas despesas. Uma e outra, porém, são disposições legais de caráter *supletivo*, isto é, só se aplicam se não houver cláusula em contrário.⁴ Nada impede, portanto, que, na compra e venda, as despesas sejam divididas e que, na troca, um dos permutantes se obrigue a satisfazê-la integralmente.

Quanto ao pagamento do imposto de transmissão da propriedade, observa-se a mesma regra, no pressuposto de que a troca é dupla venda, mas pagando cada contratante metade do tributo devido. Se os valores são desiguais, o contratante que adquire a propriedade do bem de maior valor paga sobre a diferença.

Outra disposição própria à *troca* diz respeito à realização do contrato entre ascendentes e descendentes. O ascendente não pode vender a descendente sem que os outros descendentes [e o cônjuge do alienante] expressamente consentam, mas pode permutar bens independentemente desse consentimento. Exige-se apenas que a troca seja de bens do mesmo valor. Se de *valores desiguais*, dependerá do consentimento expresso dos outros descendentes [e do cônjuge do permutante], sob pena de [anulabilidade⁵]. Do contrário se estaria a permitir o que se procura impedir com a proibição de venda.

¹ [Art. 533, inciso II, do Código Civil].

² Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, vol. 3º, p. 40, admite que possa ser qualificado como permuta, em vista de ser possível a troca de dois direitos diversos do de propriedade.

³ Van Wetter, *Obligations en Droit Romain*, t. 2, p. 375.

⁴ [Art. 533, inciso I, do Código Civil].

⁵ [Art. 533, inciso II, do Código Civil].

Capítulo 24

LOCAÇÃO

Sumário: 210. Generalidades. 211. Conceito e caracteres. 212. Natureza. 213. Objeto. 214. Modalidades [e campo de aplicação do Código Civil]. 215. Obrigações do locador e do locatário. 216. Sanções. 217. Duração. 218. Riscos. 219. Cessação. 220. Locação para fins comerciais ou industriais. 221. Cessão e sublocação. 222. Despejo.

210. Generalidades. Sob a denominação de *locatio conductio*, o Direito romano conheceu um contrato que compreendia três espécies inconfundíveis: a *locatio rei*; a *locatio operarum*; e a *locatio operis faciendi*. Pela primeira, “se prometia, por certa paga, uma coisa fruir”. Quem concedia a coisa para ser fruída chamava-se *locator*, quem a fruía, *conductor*. Denominava-se a este *inquilinus*, se o prédio locado era urbano, e *colonus*, se rural. Na *locatio operarum*, obrigava-se alguém, mediante certa retribuição, *merces*, a prestar serviços, independentemente de seu resultado, enquanto na *locatio operis faciendi* não se levava em conta a razão de cada serviço a ser prestado, mas sim a execução da coisa toda. No Direito moderno, essas três modalidades contratuais foram disciplinadas sob os nomes, respectivamente, de *locação de coisa*, *locação de serviços* e *empreitada* ou *locação de obra*, rompendo-se a unidade conceitual.

Num só conceito, os romanos abrangeram tipos distintos de contrato, e, sob sua influência, os códigos do século XIX, e alguns mais recentes, mantiveram essa unidade conceitual.

A sistematização romana é condenada pela doutrina hodierna, que classifica, como categorias distintas, todos os contratos tidos como *espécie do gênero locatio*. Na tipologia contratual dos códigos mais recentes, o contrato de prestação de serviços, o contrato de trabalho, a empreitada, o contrato de emprego privado, o contrato de aprendizagem, o de agência, o de trabalho doméstico, o de transporte, o de expedição são figuras autônomas, como já o eram, em algumas legislações, os de parceria. Estreita-se o sentido da palavra *locação*, hoje reservada para designar exclusivamente o contrato cuja causa é proporcionar a alguém o uso e gozo temporários de uma coisa restituível, em troca de retribuição pecuniária. Atualmente, *locação* é só a *de coisas*. Não é questão apenas de rigor terminológico, pois as outras espécies tradicionais de *locação* não se ajustavam perfeitamente ao conceito único a que se pretendeu reduzi-las. Para se verificar o artificialismo da pretensa unidade, basta considerar a chamada *locação de serviço*, hoje desdobrada nas figuras independentes do *contrato de trabalho* e do *contrato de prestação de serviços*. Designá-los com a expressão clássica é dar falsa idéia desses contratos. Demais disso, tal locução é manifestamente imprópria, porque, [como assinala Cunha Gonçalves, dentre outros], “o traço característico da locação é o regresso da coisa locada ao seu dono, ao passo que o serviço prestado fica pertencendo a quem o pagou, e não é suscetível de restituição”. Assimilação dos *serviços* às *coisas*, para o fim de locação, justificava-se em Roma, sociedade de estrutura econômica alicerçada no trabalho escravo. Modernamente, a equiparação do trabalho humano às coisas repugna à consciência coletiva. Inadmissível, assim, a concepção de que possa ser objeto de locação. A orientação atual de restringir às coisas o contrato de locação é realmente certa sob todos os pontos de vista. [O Código Civil de 1916 refletia a unidade conceitual justamente criticada pelo autor, ao tratar, no capítulo destinado ao contrato de locação, da locação de coisas (Seção I), da locação de serviços (Seção II) e da empreitada (Seção III). O Código Civil de 2002, por sua vez, atendeu à doutrina moderna e tipificou, em capítulos autônomos, o contrato de locação (dito ainda “locação de coisas”), o contrato de prestação de serviços (cuja disciplina respeitou em grande parte as regras da locação de serviços do Código revogado) e o contrato de empreitada].

O contrato de *locação* tem sido influenciado, na sua disciplina, pela política de proteção legislativa aos fracos. Em razão da angustiada crise de habitação, medidas legais têm sido ditadas para amparar os locatários, especialmente os urbanos. Embora de caráter emergente, os preceitos legais tutelares, de natureza imperativa, alteram o conteúdo tradicional do contrato, e lhe modificam o perfil clássico.

[Atualmente, todas as locações de prédios urbanos, sejam para fins residenciais ou empresariais, regem-se pela Lei nº 8.245/91 (Lei do Inquilinato), expressamente mantida em vigor pelo Código Civil de 2002.¹ Este diploma legal revogou a lei do inquilinato anterior,² que apenas disciplinava a locação predial urbana de fins residenciais, bem como o Decreto nº 24.150/34 (conhecido com Lei de Luvas), que regia a locação predial para fins comerciais ou industriais, consolidando, pois, o tratamento da locação predial urbana].

Todas as disposições da lei são imperativas, nulas sendo de pleno direito, desse modo, as *cláusulas* que visem a elidir os objetivos da lei ou contrariem preceito seu. O Direito comum (Código Civil) é subsidiário da lei, aplicando-se no que for omissa.

[A Lei nº 8.245/91 manteve] algumas inovações, tais como:

- a) vênua conjugal para locação de prazo superior a dez anos;³
- b) multa obrigatória na [resilição] unilateral *ante tempus* de locação por tempo determinado;⁴
- c) a unificação, na ação de despejo, dos meios judiciais para reaver o prédio locado quando cesse a locação;⁵
- d) prorrogação compulsória de todo contrato por tempo determinado;⁶
- e) obrigação de aviso prévio de locatário para cessação do contrato por tempo indeterminado;⁷
- f) reconhecimento de efeitos jurídicos à simples separação de fato pela sub-rogação na locação do cônjuge que permanecer no prédio;⁸
- g) o mesmo jogo de palavras para assegurar à companheira o direito de continuar a locação no caso de morte do concubinário;⁹
- h) sobrevivência da locação à alienação do prédio somente se o contrato for por tempo determinado.¹⁰

Manteve a lei a liberdade de estipulação do aluguel e a indexação para correção monetária.¹¹ Conservou o direito de preferência do locatário para adquirir o prédio locado ou tomar a posição contratual do promitente vendedor ou do promitente cessionário, em igualdade de condições, estendendo-o ao sublocatário se o prédio estiver sublocado na sua totalidade.¹² Resolveu o problema dos efeitos da falta de notificação que o locador tem obrigação de fazer, determinando, ao arrepio da solução que pune o inadimplemento com o pagamento de perdas e danos, que o locatário pode, depositando o preço e as despesas do negócio translativo, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de seis meses. *Tratou-o, por conseguinte, como se fosse titular de um direito real.*¹³

Quanto às garantias contra a falta de pagamento do aluguel e encargos, [manteve] o seguro de fiança locatícia.¹⁴ Se a caução for em dinheiro, deve este ser depositado em conta que ofereça as vantagens da caderneta de poupança, cabendo estas, ao ser levantada, a quem deu a caução.¹⁵

Os aluguéis podem ser atualizados por acordo entre as partes ou por arbitramento judicial, [após três anos de vigência do contrato ou de acordo anteriormente realizado¹⁶].

Tais são, em síntese, as principais prescrições da Lei do Inquilinato na parte substantiva.

As transformações por que passa o *contrato de locação* reclamam, desse modo, detida análise.

211. Conceito e caracteres. *Locação* é o contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante contraprestação em dinheiro, a conceder à outra, temporariamente, o uso e gozo de coisa não-fungível.

A parte que concede o uso e gozo da coisa chama-se locador. Como quase sempre é proprietária da coisa, também se designa, nas locações residenciais, *senhorio*. A quem recebe a coisa denomina-se locatário, tomando o nome de *inquilino*, na locação de prédio urbano. A retribuição pelo uso e gozo da coisa chama-se *aluguel* ou *aluguer*.

O contrato de locação é *sinalagmático*, *simplesmente consensual*, *oneroso*, *comutativo*, *impessoal* e *de duração*.

Locador e locatário contraem obrigações interdependentes. Ao direito de uso e gozo da coisa é correlata a obrigação de pagar o aluguel, do mesmo modo que ao direito de receber o aluguel corresponde a obrigação de proporcionar e assegurar o uso e gozo da coisa locada. O sinalagma é perfeito. Não há locação sem aluguel.

O contrato de locação considera-se perfeito e acabado quando as partes consentem, formando-se, pois, *solo consensu*. Posto seja sua causa o uso e o gozo de coisa alheia, a tradição não é necessária à sua perfeição. O locador obriga-se a entregar a coisa. Não se trata, pois, de contrato real.

A *onerosidade* é da essência do contrato de locação. Ao uso e gozo da coisa deve corresponder, necessariamente, certa retribuição. Se concedido gratuitamente, o contrato desfigura-se, tornando-se comodato.

Nem para o locador, nem para o locatário, o contrato é *intuitu personae*, senão *contrato impessoal*. Por isso, a morte de qualquer dos contratantes não o extingue. Admite, ademais, a *cessão*.

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*.

212. Natureza. Nenhum obstáculo de ordem política ou técnica se antepõe à pretensão de um proprietário que, tendo alugado coisa sua, queira aliená-la no curso da locação. O direito que concede ao locatário não anula o poder de disposição compreendido no de propriedade. Mas, realizada a alienação da coisa locada, o adquirente depara-se com uma situação jurídica, constituída sem a sua participação, da qual resultam obrigações. Por ser, evidentemente, terceiro em relação ao contrato celebrado entre o alienante e o locatário, o normal seria que não fosse obrigado a cumpri-las, por ser o contrato *res inter alios acta*. Mas a aplicação do *princípio da relatividade dos efeitos do contrato criaria*, para o locatário, situação embaraçosa, pois, com a alienação da coisa, ver-se-ia frustrado na sua legítima expectativa de usá-la durante todo o prazo da locação. Para protegê-lo contra a ação do terceiro adquirente, algumas legislações estatuem que este não pode despejá-lo se a locação é por *tempo determinado*. Outras prescrevem, porém, a proibição somente no caso de conter o contrato de locação a cláusula de sua vigência na hipótese de alienação, exigindo, além disso, que seja anotada preventivamente no registro de imóveis. [Esta última é a solução adotada no art. 576 do Código Civil e no art. 8º da Lei nº 8.245/91]. Em qualquer das soluções, o direito do locatário se torna *oponível a terceiro*.

Surge, em conseqüência, dúvida sobre sua *natureza*. Um *direito pessoal* só se exerce contra determinada pessoa. Direito oponível a qualquer pessoa, que se exerce contra quem não se obrigou contratualmente, tem o feitiço de um *direito real*. Da *oponibilidade* do direito do locatário ao adquirente da coisa alugada inferiram alguns escritores que tem *natureza real*, explicando-a como efeitos de *registro*. Mas, inadmitida a *cláusula de vigência*, a explicação rui. Diz-se que o direito do locatário pode, entretanto, ser exercido independentemente da estipulação dessa cláusula, e até do seu registro, mas a característica decisiva do direito real é seu exercício sem intermediário, e o locatário, para exercer o seu direito, precisa que o locador lhe proporcione o uso da coisa. Esse direito não é *in re*, mas *ad rem*. Trata-se pois, de um direito de *natureza pessoal*. A regra *emptio non tollit locatum* disciplina uma hipótese de sucessão *ex lege* do novo proprietário da coisa na posição do locador, da qual não pode libertar-se porque o dever pessoal do alienante de manter o contrato se transmite, de direito, ao adquirente.¹⁷ Tanto assim que esse dever é exclusivamente do adquirente da coisa locada, não existindo para outras pessoas, como deveria existir se o locatário tivesse direito real.

Há, no fundo, uma *cessão de contrato ex lege*, que dispensa a intervenção do locatário – situação semelhante à mudança da propriedade de uma empresa em relação aos direitos dos empregados. O adquirente passa a ter os direitos e obrigações derivados de contratos, mas o direito do locatário não perde a natureza pessoal por lhe ser oponível.

A *cláusula de vigência* da locação, admitida pelo Código Civil,¹⁸ foi conservada na lei especial do inquilinato.¹⁹ Dando expressão normativa ao princípio *emptio tollit locatum* a lei o excetuou, todavia, ao prescrever que o *contrato sobrevive* à venda, se a obrigação de ser respeitado constar em *cláusula expressa* e for registrado no ofício de imóveis [ou, em se tratando de móveis, no registro de títulos e documentos do domicílio do locador²⁰].

Entende-se a *cláusula de vigência* como uma limitação convencional à propriedade, assumida voluntariamente, como é, a obrigação do dono do prédio.

Aplica-se exclusivamente aos contratos por tempo determinado. Nos contratos sem prazo estipulado seria inútil, por isso que são rescindíveis a todo tempo; mas, naqueles que só admitem *denúncia* por motivo previsto na lei, a cláusula é eficaz. Nas *locações para fins comerciais*, a inexistência da cláusula devidamente averbada autoriza

o adquirente a tomar o prédio. Tal solução [tinha] opositores apoiados no argumento de que atentaria contra o espírito e a finalidade da chamada Lei de Luvas, [hoje não mais em vigor], mas entendem finalmente outros que o adquirente do prédio deve respeitar o contrato de locação até a expiração do prazo, mas não está obrigado a renová-lo, e, se despeja o locatário *ante tempus*, terá este direito a pleitear indenização contra o alienante.

A obrigação de locador-alienante é uma *promessa de fato de terceiro* ou assunção de uma garantia. Nasce tal obrigação quando o locador se compromete a inserir no contrato eventual de venda do prédio uma cláusula que exija do adquirente respeito ao contrato de locação até seu termo final. Nesta hipótese, não se trata propriamente de cláusula de vigência. Nesta, a obrigação de proporcionar ao locatário o gozo da coisa transmite-se automaticamente ao terceiro adquirente.

A averbação no registro imobiliário da *cláusula de vigência* pode ser feita a todo tempo, mas sua eficácia começa do dia da efetivação.

213. Objeto. Em princípio, todas as coisas podem ser locadas. Excetuam-se as *coisas consumíveis*, porque não podem ser restituídas, e as *coisas fungíveis*, uma vez que o locatário é obrigado a devolver ao locador a coisa que recebeu para uso e gozo. Por essa mesma razão, não pode haver locação de coisas que se exauram progressivamente, pois, na verdade, dá-se no caso a alienação parcial de propriedade,²¹ como, v.g., as pedreiras.

A coisa não precisa ser de propriedade do locador. As duas posições, de proprietário e senhorio, coincidem quase sempre, mas não são necessárias, visto como a *locação* não implica transferência de domínio.

Podem ser dadas em locação as coisas pertencentes, em comum, a diversas pessoas, exigindo-se unicamente que os condôminos resolvam alugá-las por deliberação da maioria absoluta.

Assim como as *coisas*, certos direitos, como o de usufruto, são suscetíveis de locação. Mais interessante, dentre eles, é o de explorar patente de invenção.

O regime jurídico da locação varia conforme o objeto seja coisa móvel ou imóvel, prédio urbano ou rústico, casa residencial ou comercial, bens de produção ou bens de uso.

A obrigação capital do locatário é pagar o *aluguel*. O objeto dessa prestação é, normalmente, uma soma de dinheiro, mas se admitem excepcionalmente outras coisas ou, mesmo, serviço. Importa que haja retribuição, por ser de sua essência a onerosidade.

214. Modalidades [e campo de aplicação do Código Civil]. A espécie da coisa locada influi no regime jurídico do contrato. Interessa, desse modo, classificá-lo conforme o objeto da prestação do locador.

Pode um *bem* ser *móvel* ou *imóvel*. Quando a locação tem por objeto imóvel, importa distinguir a locação de *prédios urbanos* da locação de *prédios rústicos*. A distinção não é pacífica. Três critérios empregam-se para fazê-la: o da localização, o do estado e o da destinação econômica do prédio. Pelo primeiro, consideram--se urbanos os prédios situados no perímetro da cidade, edificadas ou não. Pelo segundo, o terreno onde houver construção, seja qual for sua localização. Pelo terceiro, as terras que se destinam à edificação para moradia ou instalação de casas comerciais ou industriais.

[O Estatuto da Terra²² adota o *critério da destinação econômica* ao conceituar “imóvel rural” ou “prédio rústico” como “a área contínua, qualquer que seja a sua localização que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada”²³. Daí é possível extrair a definição de imóvel urbano, *a contrario sensu*].

Na disciplina legal da locação dos bens imóveis, há *disposições especiais* atinentes aos *prédios urbanos* e aos *prédios rústicos*. Dizem respeito ao tempo da locação e à utilização da coisa, constituindo o *arrendamento rural* modalidade particular da locação disciplinada no Direito Agrário.²⁴

[O Código Civil de 1916 trazia disposições gerais sobre o contrato de locação de coisas,²⁵ disposições especiais à locação predial ou imobiliária²⁶ e disposições especiais aplicáveis somente aos imóveis urbanos²⁷ e rústicos.²⁸ Esta sistemática perdeu sentido com o advento das inúmeras leis especiais que trataram das diversas modalidades de locação. Assim, a locação predial urbana encontra-se hoje minuciosamente regulada na Lei nº 8.245/91, dispensando a existência de normas específicas no diploma civil. Do mesmo modo, a locação de imóveis rurais (arrendamento rural) tem sua disciplina nos arts. 92 a 95 do Estatuto da Terra. Atendendo a essa realidade, o Código Civil de 2002 não reproduziu as normas específicas da locação predial, presentes nos arts. 1.200 a 1.215 do Código de 1916, mantendo apenas as disposições gerais, que sofreram poucas alterações. Atualmente, portanto, as regras gerais do Código Civil aplicam-se *prioritariamente às modalidades de locação não reguladas por meio de*

legislação extravagante, tais como as locações de vagas autônomas de garagem e espaços para estacionamento de veículos, de espaços destinados à publicidade e de apart-hotéis, hotéis-residência e equiparados, expressamente excluídos do campo de incidência da Lei do Inquilinato,²⁹ e a locação de bens móveis em geral. Aplicam-se ainda, *supletivamente*, às modalidades de locação regidas por lei especial, bem como, *por analogia*, aos contratos atípicos que possuem elementos próprios do contrato de locação (v.g., o *leasing* e o contrato de utilização de unidade comercial em *shopping center*).

A distinção entre os *prédios urbanos* destinados a *moradia* ou *residência* e os que se alugam para *fins comerciais* ou *industriais* é importante em razão da diversidade de regime legal.³⁰

215. Obrigações do locador e do locatário. As principais *obrigações do locador* são:

- 1º) entregar ao locatário a coisa locada em estado de servir ao uso a que se destina;³¹
- 2º) assegurar-lhe o uso pacífico da [coisa locada]³².

Na locação predial urbana incumbe-lhe ainda pagar os impostos incidentes no imóvel, taxas e despesas de intermediação ou administração imobiliária.³³ Quanto aos impostos e taxas, pode a obrigação ser transferida contratualmente ao locatário.

As principais *obrigações do locatário* são:

- 1º) pagar pontualmente o aluguel;³⁴
- 2º) usar a coisa como bom pai de família, como se sua fosse;³⁵
- 3º) restituí-la, findo o contrato, no estado em que a recebeu.³⁶ Cumpre-lhe ainda pagar as despesas, como limpeza, força, luz, água, saneamento e condomínio.³⁷

A primeira obrigação do locador consiste na entrega da coisa locada. Sem que seja cumprida, o contrato não pode preencher sua função econômica. A entrega não oferece dificuldade devido à facilidade de sua identificação. Não se exige, por outro lado, tradição real. Pode ser simbólica, como quando o locador entrega ao locatário as chaves do prédio que lhe alugou. A coisa deve ser acompanhada de suas pertencas e acessórios.

Não basta que a entregue. Deve o locador entregá-la em estado de servir ao uso para que foi alugada. Exige-se que esteja em bom estado de conservação, mas, para prevenir querelas, costuma-se introduzir, no contrato, uma cláusula em que o locatário declara tê-la recebido em condições satisfatórias. Se apresenta defeitos que diminuem a sua utilidade, o locatário pode rescindir o contrato ou pedir redução do aluguel.

A obrigação de manter a coisa em estado de servir a sua destinação implica a de fazer os reparos necessários. Compete ao locador, em síntese, conservá-la nas condições indispensáveis a seu uso, de modo a possibilitar ao locatário o normal exercício do seu direito. Cabem, entre os reparos necessários, os de urgência e os extraordinários, mas a crise de habitação tem tornado usual a cláusula que transfere para o locatário essa obrigação. Se o estrago é devido à culpa do locatário, o locador exonera-se da obrigação. Também não lhe incumbem as despesas com benfeitorias úteis e voluptuárias, senão somente as necessárias. Na expressão *reparo* ou *conserto* não se compreende a *reconstrução*.

A obrigação de manter a coisa no estado de servir ao uso prometido não incumbe à mesma parte na locação de imóveis e na de móveis. Nesta, as despesas de manutenção ordinária ficam a cargo do locatário, como estatuem os códigos modernos, por mais condizente com os fins da locação mas, no particular, a vontade das partes é soberana. Os preceitos legais são de caráter supletivo, apli-cando-se, apenas, no silêncio do contrato.

Incumbe ao locador, ainda, a chamada *obrigação de garantia*, pela qual lhe cumpre assegurar ao locatário, enquanto dura a locação, o uso pacífico da coisa. O direito do locatário pode ser turbado:

- a) por fato pessoal;
- b) por fato de terceiro;
- c) pelos vícios da coisa.³⁸

Corre, pois, ao *locador* a obrigação de abster-se da prática de todo ato que possa turbar o uso pacífico da coisa pelo locatário. Assim, não deve:

- a) conceder servidão que onere o bem locado;
- b) torná-lo inabitável sob o pretexto de atraso no pagamento dos aluguéis;
- c) mudar-lhe a forma.³⁹

A obrigação da garantia contra fato próprio não pode ser afastada completamente, pois, do contrário, destruir-se-ia o contrato, permitindo-se que o locador tornasse inúteis seus efeitos.

Ao locador cumpre ainda garantir o locatário contra *turbações de terceiros*, quer de direito, quer de fato.⁴⁰ Entre as primeiras incluem-se as resultantes de pretensão que terceiros possam ter sobre a coisa locada, arrogando-se a qualidade de proprietários ou titulares dos direitos de uso, usufruto, ou habitação. Para o locador cumprir oportunamente a obrigação de garantia, o locatário tem a obrigação de levar a seu conhecimento as *turbações de direito*. Outras vezes, terceiro, sem se atribuir qualquer direito sobre a coisa locada, pratica atos que turbam seu uso e gozo pelo locatário. Tais atos podem importar interferência direta ou indireta no prédio alugado, como, por exemplo, a danificação ou a emissão de ruídos que perturbem o sossego. Evidentemente, a obrigação de garantia não pode cobrir essas turbações de fato. Em nosso Direito, o locatário é considerado *possuidor* do bem que usa, assistindo-lhe, conseqüentemente, o direito de defender sua posse por meio das ações próprias. Alguns Códigos convertem esse direito em obrigação.

Responde o locador pelos defeitos da coisa locada, desde que o vício, além de inerente à coisa, não seja ostensivo.⁴¹ Ainda que se apresente depois de iniciada a execução do contrato, o locador é obrigado a saná-lo. Estará exonerado de qualquer responsabilidade, todavia, se o defeito for tão aparente que o locatário não possa alegar desconhecimento. Pode o locatário enjeitar a coisa defeituosa por vício redibitório ou exigir abatimento de aluguel.

A obrigação de assegurar o uso e gozo da coisa locada pode ter seu cumprimento impossibilitado por *força maior* ou *caso fortuito*. Aplicam-se, nesse caso, os princípios sistematizados na *teoria dos riscos*. O vocábulo *destruição da coisa* não deve ser tomado ao pé da letra, pois compreende todo acontecimento, não imputável ao locador, que a torne imprestável ao uso para que foi locada.

A principal *obrigação* do locatário é pagar pontualmente o *aluguel*. Trata-se de obrigação *quérable*. É o locador quem deve procurar o locatário para receber o aluguel, cumprindo-lhe, por outras palavras, cobrá-los. Nada impede, no entanto, estipulem as partes que a obrigação seja *portable*.

O pagamento efetua-se normalmente em intervalos certos, variáveis conforme os usos. No país, o aluguel se paga de mês em mês. No propósito de proteger os inquilinos, a lei proíbe a cobrança antecipada, considerando-a contravenção penal.⁴² A estipulação do aluguel é livre, admitida a cláusula de *correção monetária* por índices oficiais.

Além do *aluguel*, o inquilino pode obrigar-se a pagar os *impostos e taxas* incidentes no imóvel locado. *Móveis e alfaias* podem ser locados juntamente com o imóvel, mediante aluguel, autônomo ou não. Incumbem ainda ao locatário as *despesas ordinárias* de condomínio, definidas em lei.

Obriga-se o locatário a usar a coisa como *bom pai de família*. A locução tem sentido conhecido em Direito. Dizendo-se que lhe cumpre usá-la desse modo, quer se significar que deve conduzir-se com cuidado e moderação, como se sua fora, sem estragá-la ou lhe desvirtuar a destinação. Assim, não lhe assiste, dentre outros, o direito de transformar uma casa de residência em casa comercial ou em prostíbulo, o de derrubar árvores, o de abrir janelas e assim por diante.⁴³ Não basta, por outro lado, que não cause estragos. Deve conservar o prédio, fazendo os pequenos reparos necessários, inclusive os reclamados por estragos provenientes naturalmente do tempo ou do uso.

Cumpre-lhe, finalmente, restituir a coisa locada, findo o contrato. Deriva essa obrigação da temporariedade da locação. A coisa deve ser restituída no estado em que foi recebida, mas não é possível enunciar essa obrigação com tal rigor porque o locatário não está obrigado a reparar os estragos causados pelo tempo ou pelo uso normal do prédio. Ao locador incumbe provar que os estragos têm outra causa. As coisas móveis devem restituir-se no lugar em que o locatário as recebeu.

Se o locatário fizer *construções* ou *plantações* sem autorização do locador, expressa ou tácita, poderá ser constrangido a repor a coisa no estado anterior e a pagar os prejuízos, pois terá agido de má-fé.

Se estava, porém, de boa-fé, perderá a construção, ou plantação, em proveito do proprietário, mas terá direito à indenização.

Das *acessões* distinguem-se as *benfeitorias*. Se *necessárias*, tem o locatário direito a ser indenizado, além do *direito de retenção* da coisa alugada. Igual direito lhe é outorgado se fez *benfeitorias úteis* com expresse consentimento do locador.⁴⁴ Em se tratando de *benfeitorias voluptuárias*, o direito que lhe assiste é o de levantá-las

(*jus tollendi*). A indenização das benfeitorias úteis deve ser calculada pelo critério do menor valor *inter expensum et melioratum*.

216. Sanções. As sanções à parte que não cumpre obrigação oriunda do contrato de locação variam conforme a qualidade da prestação que deixou de ser satisfeita. O credor pode optar por uma das que a lei lhe oferece em alternativa.

Tais são:

- a) resolução do contrato;
- b) execução compulsória;
- c) perdas e danos;
- d) suspensão do pagamento de aluguéis;
- e) redução proporcional dos aluguéis;
- f) despejo do locatário;
- g) realização das garantias (*caução, fiança* [ou seguro de fiança locatícia]).

Se o locador deixa de cumprir a obrigação de manter a coisa locada em condições de servir ao uso a que foi prometida, pode o locatário demandar a *resolução* do contrato ou exigir que a obrigação seja cumprida, suspender o pagamento dos aluguéis, ou reduzi-los.⁴⁵ Se o locador não faz as reparações necessárias, tem o locatário direito a ser indenizado dos prejuízos consequentes.

O inadimplemento da obrigação de garantia dá ao locatário a faculdade de promover a resolução do contrato ou pedir indenização das perdas e danos, pleiteando a redução do aluguel ou o reembolso das despesas efetuadas com a reparação da coisa.

Se inadimplente é o *locatário*, por não ter cumprido a obrigação de pagar o aluguel, pode o locador optar por uma destas soluções: requerer o *despejo* para expulsá-lo da casa, executá-lo ou realizar as garantias, apropriando-se da *caução* ou, havendo *fiança* [ou seguro de fiança locatícia], cobrando do fiador [ou segurador] o aluguel.

217. Duração. A *locação*, por natureza e essência, é *contrato temporário*. Do contrário, equivaleria à *venda*. A coisa dada em locação deve regressar ao poder do locador. O uso e o gozo dessa coisa hão de ser, com efeito, por algum tempo, que pode ser *determinado* ou *indeterminado*.

Em algumas legislações, a duração máxima da locação é estabelecida. Visa-se, com essa medida, a impedir a estipulação de prazos longos, que converteriam praticamente a locação em venda. Outras, porém, não fixam qualquer limite.

Na *locação por tempo determinado*, mais adequada à função do contrato e, por isso, mais usual, as partes fixam expressamente sua duração, estipulando termo final – *dies certus* –, cujo advento extingue o contrato. Permite-se a renovação. Se as partes acordam-na mediante aditamento ao contrato, diz-se *expressa*. Nesse caso, o prazo pode ser novamente fixado, perdurando a relação jurídica como *contrato por tempo determinado*, assim não acontecendo, porém, na locação predial urbana porque a lei prorrogou por tempo indeterminado todas as locações.⁴⁶ Não raro, a renovação decorre do comportamento das partes, que continuam a cumprir suas obrigações como se o prazo não se esgotara. Verifica-se, nessa hipótese, a recondução tácita, cujo efeito principal é de converter o contrato por tempo determinado em *contrato por tempo indeterminado*.

Para proteger o inquilino, a lei prorroga as locações vigentes na data de sua publicação. Assim procedeu o legislador pátrio, ainda uma vez.⁴⁷ A *prorrogação compulsória* converte o contrato por tempo determinado em relação jurídica por tempo indeterminado. Tem por fim assegurar ao inquilino a permanência na habitação, evitando-lhe os vexames da procura de nova residência.

Havendo prazo estipulado, nenhuma das partes pode desvincular-se antes que se esgote. A *resilição ante tempus* sujeita o autor ao pagamento de perdas e danos, comumente fixado no próprio contrato, mediante *cláusula penal*.⁴⁸ Na *locação por tempo indeterminado*, os contratantes não estabelecem, direta ou indiretamente, a sua duração.

A indeterminação do prazo decorre de acordo entre as partes ou de imposição legal, neste caso quando há *prorrogação compulsória*.

A locação por tempo indeterminado pode ser extinta a qualquer momento por iniciativa de um dos contratantes. Se assim não fora, perpetuar-se-ia. Não obstante ser da essência dos contratos por tempo indeterminado a faculdade de *resilição unilateral*, as leis de proteção aos inquilinos dificultaram seu exercício, discriminando, taxativamente, as causas que podem justificá-la, quando seja o locador quem queira exercê-la. Extinguem a chamada *denúncia vazia* e criam nova figura jurídica: o *direito de retomada*.⁴⁹

218. Riscos. Em caso de perecimento da coisa locada por força maior ou caso fortuito, o locador suporta o risco.

A destruição pode ser *total* ou *parcial*. Se total, o contrato dissolve-se. Não poderia sobreviver, dado que a prestação se torna impossível. Se parcial, a dissolução não ocorre inevitavelmente, pois, ainda destruída parcialmente, pode a coisa locada interessar ao locatário, se o locador aquiesce em reduzir proporcionalmente o aluguel.⁵⁰

Ao perecimento da coisa equiparam-se os fatos que impossibilitam seu uso, se não forem imputáveis ao locador.

Prevêem os códigos o caso de *incêndio do prédio*. Por ele responde o *locatário*, se não provar caso fortuito, vício de construção, ou propagação de fogo originado em outro prédio. Presume a lei que o incêndio é por culpa do locatário, visto que lhe atribui o ônus de provar que foi casual. Feita, porém, a prova, quem suporta o prejuízo é o locador.

A responsabilidade pelo incêndio do prédio é dividida entre os inquilinos na proporção da parte que cada qual ocupa, se não provam que culpa lhes não coube. Provando-se, porém, ter começado o incêndio na parte utilizada por um só morador, este será, nas mesmas condições, o responsável único.

219. Cessação. A *locação* cessa pelos modos e causas que extinguem os contratos em geral. Há, no entanto, *particularidades* dignas de nota na *cessação* das locações residenciais, determinadas pela política legislativa de proteção ao *inquilino*, acolhidas as regras protetoras, em maior ou menor extensão, em quase todas as legislações. Dentre essas *particularidades*, salientam-se: *a)* a presença do poder público através do obrigatório e geral poder de apreciação do juiz na resolução do contrato; *b)* a dificuldade da retomada em razão dos obstáculos criados para a *denúncia* do contrato pelo locador.

Eis por que o exame da *resolução* desse contrato tem particular interesse no estudo dos diversos *modos* por que pode cessar.

A *resolução* do contrato de locação por iniciativa do locador denomina-se *denúncia* e só se consuma em *execução* da sentença proferida na *ação de despejo* que tem de propor se o inquilino infringe obrigação legal ou contratual ou se o interesse do locador tem respaldo na lei, contemplado que se ache na enumeração taxativa dos casos de *rescisão* ou de *retomada*.⁵¹

Reclama, com efeito, para cessar, uma *sentença* prolatada em *ação de despejo* em duas hipóteses:

- 1ª) quando, como se disse excelentemente, o direito do inquilino sucumbe diante da necessidade do locador, como no caso de precisar este da casa ou do apartamento para morar, ou para reconstruí-la;
- 2ª) quando o locatário infringe o contrato ou viola preceito legal atinente ao conteúdo ou à causa da relação locativa.

Diz-se que no primeiro caso há *retomada* e no segundo, *rescisão*.⁵² *Para a retomada, basta comprovar o fato extintivo: advento de termo final, extinção de usufruto e alienação do imóvel, necessário sendo o reconhecimento judicial da necessidade do locador quando neste se funda; para a rescisão (tecnicamente resolução), requer-se o locador que comprove a infração contratual do locatário, como, por exemplo, a falta de pagamento do aluguel ou a sublocação sem seu consentimento.*

A *rescisão* tem cabimento unicamente por *justa causa*. Dentre as *causas* que podem justificá-la, a mais freqüente é o atraso no pagamento do aluguel.

A *prorrogação* das locações implica alteração legal no *conteúdo da relação*, pois, na sua vigência, o aluguel é reajustado por determinação expressa da lei.

Cessa ainda a locação:

- a)* pelo distrato;
- b)* pelo perecimento da coisa locada;

c) pela expiração do prazo contratual, quando a lei não impõe prorrogação ou renovação.

As medidas de proteção do inquilino não chegam ao extremo de negar validade à composição para a *resilição bilateral* do contrato. O *distrato* é desse modo admitido a todo o tempo e em quaisquer circunstâncias. Não requer *forma* escrita, operando-se as mais das vezes pela simples restituição da coisa ao locador, que a aceita.

O *perecimento da coisa* é uma das hipóteses de extinção de contrato por *impossibilidade* que ocorre supervenientemente em relação ao *objeto*, como na hipótese de completa destruição, por incêndio, da casa alugada. Se feita pelo locador intencionalmente, pode o locatário manter-se na posse do solo e exigir redução proporcionada do aluguel. Cessa também se há *perda parcial*, seja em relação ao *objeto*, como na hipótese de completa destruição, por ato do locador, hipótese em que pode ser mantida se o locatário preferir reconstruir o imóvel a expensas da outra parte. Ao perecimento total da coisa equipara-se a desapropriação.

Nos contratos *por tempo determinado*, o advento do termo ou implemento da condição determinam a cessação automática da locação, mas há casos nos quais a função resolutiva desses elementos acidentais, a condição e o termo, não se exerce. Isso sucede nas *locações para fins residenciais* e nas que se ajustam *para fins comerciais*. Nas primeiras, a *prorrogação* é necessária; nas segundas, a *renovação* é compulsória, se bem que depende de provocação judicial do locatário.

220. Locação para fins comerciais ou industriais. Locatário que exerça atividade mercantil ou industrial, explorando pelo menos há três anos o mesmo ramo de comércio ou indústria e tendo contratado a locação pelo prazo mínimo de cinco anos, tem direito a renovar, pelo mesmo prazo, o contrato, sem que a renovação, decretada por sentença judicial, possa ser obstada pelo locador.⁵³

O fim dessa garantia é tutelar o *fundo de comércio* criado pelo locatário.

Tem prazo certo o *exercício do direito à renovação*. Sob pena de *decadência* ou *caducidade*, tem de ser exercido, no máximo, no interregno de um ano, até os seis meses precedentes da data da terminação do contrato a prorrogar, carecendo de ação o locatário que ajuizá-la antes ou depois do referido prazo.⁵⁴

A lei enuncia as provas que devem instruir a petição inicial do locatário e a matéria sobre que deve versar especificamente a defesa do locador, referindo-se designadamente à *contraproposta* que pode oferecer.⁵⁵ A *resposta* do locador não está adstrita aos pontos discriminados na lei, sendo-lhe lícito argüir, para contestar o pedido, qualquer razão de direito. Uma das mais importantes argüições admitidas é a da necessidade do imóvel locado para uso próprio que venha a ter o locador; mesmo se é apenas um dos sócios da firma e para esta quer retomar o imóvel. O pedido tem de ser sincero sob pena de rejeição, cabendo ao locatário a prova da insinceridade. Se a renovação é negada por ter sido aceita melhor proposta de terceiros ou porque o proprietário pretende demolir o prédio para construir outro de maior capacidade de utilização, o juiz fixa a indenização a que faz jus o locatário pela perda do *fundo de comércio*, compreendidas as despesas com a mudança.⁵⁶ A desocupação não é imediata, devendo ocorrer no prazo de seis meses, contado do dia em que houver transitado em julgado a sentença.⁵⁷

[220. A Contrato de locação “*Built to suit*”

Este negócio jurídico é chamado pela lei brasileira de “**locação nos contratos de construção ajustada**”⁵⁸.

Por esse tipo de locação abre-se uma exceção a regra de que o locador não poderá reaver o imóvel alugado, assim, concede-se ao locatário a faculdade de devolvê-lo, na locação não residencial de móvel urbano. A hipótese é a de o locador adquirir imóvel e previamente proceder a construção ou substancial reforma, imóvel então especificado pelo pretendente a locação a fim de que seja locado a se por prazo determinado, prevalecendo condições livremente pactuadas no contrato. Trata-se de um negócio de “cooperação, confiança e solidariedade que encerra diversas relações jurídicas, mas o objetivo principal é a locação em contrato de construção ajustada” ou “contrato de construção sob encomenda de destinatário específico”, caracterizado como um usuário específico sendo que o investidor viabiliza o empreendimento conforme os interesses desse usuário futuro que irá utilizá-lo por período previamente fixado assegurada a remuneração do uso. São requisitos legais: a) contrato de locação não residencial; b) atípico; c) relacional; d) de imóvel urbano.

A **locação é não-residencial**, por determinação legal.

O contrato é **atípico** porque o seu conteúdo absorve critérios de diversos contratos, v.g. empreitada, financiamento, incorporação imobiliária e locação; os tribunais, assim, têm-no caracterizado, determinando a aplicação do art.425 e das demais disposições gerais do Código Civil.

O contrato é **relacional** porque envolve sujeitos que atuam em conjunto em uma relação de **cooperação**, ou seja, baseada na colaboração entre eles a fim de alcançar a finalidade comum, mediante a utilização de métodos que alcancem o consenso.

O contrato de **locação de imóvel urbano** – o art. 54-A é taxativo limitando a categoria à “*locação não-residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação*”.]

221. Cessão e sublocação. O contrato de locação pode ser totalmente cedido, mas para isso é preciso que o locador consinta.⁵⁹ Aquiescendo, toma o cessionário a posição contratual do cedente, que desaparece, saindo da relação contratual isento de toda a responsabilidade. Seus direitos e obrigações transmitem-se ao cessionário.

A *cessão* distingue-se da *sublocação* porque, sendo esta *contrato derivado*, não liberta o locatário, que assim continua responsável pela conservação do imóvel e pagamento do aluguel.

Não se confunda, do mesmo modo, com o *empréstimo* da coisa alugada; também nesse caso não cessa a responsabilidade do locatário para com o locador.

Exige-se, para a *cessão*, que o consentimento do locador seja por *escrito*.

A *sublocação* é permitida se não for expressamente proibida.

A regra não se aplica, entretanto, à *locação* de prédio urbano, regendo a que nas outras constitui a exceção; *sublocação, total ou parcial*, é proibida, a menos que haja *consentimento por escrito* do locador.⁶⁰ Sem este, o contrato pode ser resolvido. A inversão da regra justifica-se em face das medidas de proteção que cobrem o locatário do prédio para moradia ou residência, ou que seja urbano mas com outro destino.

Na *sublocação*, o *locatário* transfere a terceiro a utilidade da locação, mas sem se fazer substituir em sua posição contratual. Continua responsável pela conservação da coisa e pelo pagamento do aluguel. Nisso se distingue a *sublocação* da *cessão da locação*.

A *sublocação* deve ter o mesmo *conteúdo* da locação. Os direitos do *sublocatário* hão de ter igual ou menor extensão e duração dos direitos do *locatário*.

A *sublocação* não estabelece qualquer vínculo entre o *locador*, parte do *contrato básico*, e o *sublocatário*, parte do *subcontrato*. Assim, é inadmissível, em princípio, a *ação direta* de um contra o outro, mas excepcionalmente a lei autoriza ao locador agir diretamente contra o *sublocatário*, para exigir o cumprimento de obrigações nascidas de contrato do qual não foi parte, e em relação ao qual é, portanto, *terceiro*. Razões de ordem prática determinaram a subversão do princípio nos casos especiais em que foi excetuado. Subsiste, entretanto, como princípio, a regra de que a *sublocação* não estabelece os direitos nem obrigações entre *sublocatário* e locador.

O *sublocatário* responde, *subsidiariamente*, ao senhorio, pela importância que deve ao sublocador, quando este for demandado,⁶¹ devendo ser notificado na ação, inadmitidos, por fraudulentos, os recibos de pagamento adiantado.

Subsiste à regra geral a de que, extinta a locação, resolvem-se as sublocações,⁶² mas se os *sublocatários* permanecerem no prédio deverão desocupá-lo em noventa dias.

Para despejar o locatário que tenha sublocado parcialmente o prédio, é necessário dar aos *sublocatários* ciência do pedido.

Em suma, a lei manda aplicar à *sublocação* o que dispõe quanto à *locação*.

222. Despejo. Despejar é, em velha definição, lançar fora o alugador. O despejo faz-se por meio de ação judicial, que é própria da *locação*, apesar da propensão para estendê-lo a outros contratos, como, por exemplo, o comodato. Tem *eficácia executiva* contemporânea à sentença, assemelhando-se à imissão de posse.⁶³

Trata-se de procedimento necessário para a *rescisão* ou a *retomada* do imóvel locado, se o locatário o não restituí ao cessar a locação, ou se infringir cláusula contratual ou prescrição legal.

A sentença *resolve*, na última hipótese, o contrato, mas, em todos os casos, o despejo é necessário para se obter a *desocupação* do imóvel.⁶⁴ Tem *legitimação ativa* para intentar a *ação de despejo* quem alugou o imóvel, seja seu proprietário ou não. Desse modo, o próprio locatário pode propô-la, se o sublocou, bem como o usufrutuário, o compromissário comprador, o cessionário de promessa de venda, enfim, quem quer que, tendo a posse do bem, possa cedê-la a título oneroso. Tem *legitimação passiva* o locatário ou quem quer que esteja ocupando o prédio em seu lugar e por seu intermédio, como o *cessionário* ou o *sublocatário*.

O estudo do *procedimento* da ação de despejo pertence ao *direito processual*, mas está regulado na própria Lei do Inquilinato.⁶⁵

Merece especial referência a possibilidade de arguição do *direito de retenção* do locatário que fez *benfeitorias necessárias* e *benfeitorias úteis*, estas expressamente consentidas pelo locador.⁶⁶ O autor, na ação de despejo, tem direito à *imissão de posse*, visto que sua pretensão é que lhe seja restituído o imóvel.

Executa-se a *sentença de despejo* contra o demandado ou quem estiver habitando o prédio. O prazo para a desocupação voluntária é de trinta dias no máximo, procedendo-se à *imissio possessionem* se o locatário ainda se encontrar no prédio.

Consiste o *despejo* na retirada das coisas do locatário e sua remoção para o depósito público.

O despejo não se realiza se o locatário estiver gravemente enfermo ou se a sentença houver reconhecido o *jus retentionis* por benfeitorias, neste caso até que o locatário seja indenizado.

Tranca a ação de despejo por falta de pagamento do aluguel a *purgação da mora* requerida no prazo da contestação e cumprida no período fixado pelo juiz, acrescido o débito com as custas do processo e os honorários de advogado.⁶⁷ Não se admite emenda à mora se já tiver ocorrido por duas vezes nos doze meses imediatamente anteriores à propositura da ação.⁶⁸

Havendo sublocatários, o pedido de despejo lhes deve ser notificado, podendo eles intervir no feito como assistentes do locatário-réu.

A desocupação do prédio não se segue de logo ao trânsito em julgado da sentença que julga procedente a ação de despejo; salvo em casos ou circunstâncias especiais, tem o locatário, para deixá-lo, o prazo de [trinta] dias, assinado em juízo, aumentado para [até] um ano, se for hospital ou colégio.⁶⁹ A alegação de necessidade do prédio para fim previsto na lei tem de ser sincera. Se a emprega diferentemente, sujeita-se o retomante a pagar ao ex-locatário a multa que for arbitrada pelo juiz até o limite de vinte e quatro meses de aluguel.

O recurso de apelação contra a sentença de despejo [será recebido somente no efeito devolutivo⁷⁰].

¹ [Art. 2.036 do Código Civil].

² [Lei nº 6.649/79].

³ [Art. 3º da Lei nº 8.245/91].

⁴ [Art. 4º da Lei nº 8.245/91].

⁵ [Art. 5º da Lei nº 8.245/91].

⁶ [Arts. 46, § 1º, 50 e 56, parágrafo único, da Lei nº 8.245/91].

⁷ [Art. 6º da Lei nº 8.245/91].

⁸ [Art. 12 da Lei nº 8.245/91].

⁹ [Art. 11 da Lei nº 8.245/91].

¹⁰ [Art. 8º da Lei nº 8.245/91].

¹¹ [Arts. 17 e 18 da Lei nº 8.245/91].

¹² [Arts. 27 e 30 da Lei nº 8.245/91].

¹³ [Art. 33 da Lei nº 8.245/91].

¹⁴ [Art. 37, inciso III, da Lei nº 8.245/91].

¹⁵ [Art. 38, § 2º, da Lei nº 8.245/91].

¹⁶ [Art. 19 da Lei nº 8.245/91].

¹⁷ Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, vol. 3º, p. 50.

¹⁸ [Art. 1.197 do Código Civil de 1916 e art. 576 do Código Civil de 2002].

¹⁹ [Art. 8º da Lei nº 8.245/91].

²⁰ [Art. 576, § 1º, do Código Civil].

²¹ Messineo, *ob. cit.*, vol. 3º, p. 57.

²² [Lei nº 4.504/64].

²³ [Art. 4º, inciso I, da Lei nº 4.504/64].

²⁴ [Vide arts. 92 a 95 do Estatuto da Terra].

²⁵ [Arts. 1.188 a 1.199 do Código Civil de 1916].

²⁶ [Arts. 1.200 a 1.209 do Código Civil de 1916].

²⁷ [Art. 1.210 do Código Civil de 1916].

²⁸ [Arts. 1.211 a 1.215 do Código Civil de 1916].

- ²⁹ [Art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.245/91].
- ³⁰ A Lei nº 8.245, de 18.10.91, revogou a Lei nº 6.649/79 e o Dec. nº 24.150/34, criando um só estatuto para toda locação predial urbana. [A lei conserva, no entanto, alguns dispositivos aplicáveis somente à locação residencial ou não-residencial].
- ³¹ [Art. 566, inciso I, do Código Civil, e art. 22, inciso I, da Lei nº 8.245/91].
- ³² [Art. 566, inciso II, do Código Civil, e art. 22, inciso II, da Lei nº 8.245/91].
- ³³ [Art. 22, incisos VII e VIII, da Lei nº 8.245/91].
- ³⁴ [Art. 569, inciso II, do Código Civil, e art. 23, inciso I, da Lei nº 8.245/91].
- ³⁵ [Art. 569, inciso I, do Código Civil, e art. 23, inciso II, da Lei nº 8.245/91].
- ³⁶ [Art. 569, inciso IV, do Código Civil, e art. 23, inciso III, da Lei nº 8.245/91].
- ³⁷ [Art. 23, incisos VIII e XII, da Lei nº 8.245/91].
- ³⁸ R. Dekkers, *Précis de Droit Civil Belge*, t. 2º, p. 580.
- ³⁹ Cf. R. Dekkers, *ob. cit.*, pp. 581-582.
- ⁴⁰ [Art. 568 do Código Civil].
- ⁴¹ [Art. 568 do Código Civil e art. 22, inciso IV, da Lei nº 8.245/91].
- ⁴² Lei nº 8.245/91, art. 43, inc. III.
- ⁴³ R. Dekkers, *ob. cit.*, p. 596.
- ⁴⁴ [Art. 578 do Código Civil e art. 35 da Lei nº 8.245/91].
- ⁴⁵ [Art. 567 do Código Civil].
- ⁴⁶ [Arts. 46, § 1º, 50 e 56, parágrafo único, da Lei nº 8.245/91].
- ⁴⁷ [Art. 77 da Lei nº 8.245/91].
- ⁴⁸ [Art. 571 do Código Civil e art. 4º da Lei nº 8.245/91].
- ⁴⁹ [Arts. 7º, 8º, 9º, 47 e 53 da Lei nº 8.245/91].
- ⁵⁰ [Art. 567 do Código Civil].
- ⁵¹ Os casos previstos nos artigos [arts. 7º, 8º, 9º, 47 e 53 da Lei nº 8.245/91] são: *a) extinção* do usufruto ou de fideicomisso; *b) alienação* do imóvel locado; *c) [vigência ininterrupta de locação residencial por prazo superior a 5 (cinco) anos]; d) necessidade* do prédio para residência de ascendente ou descendente; *e) necessidade* do prédio para o uso próprio, de todo ele ou de parte; *f) extinção* da relação de emprego a que esteja vinculada a locação de prédio a empregado; *g) demolição* ou edificação licenciada, ou reforma do prédio locado; *h) reparações* urgentes determinadas por autoridade pública.
- ⁵² Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, p. 205.
- ⁵³ [Art. 51 da Lei nº 8.245/91].
- ⁵⁴ [Art. 51, § 5º, da Lei nº 8.245/91].
- ⁵⁵ [Arts. 71 e 72 da Lei nº 8.245/91].
- ⁵⁶ [Art. 75 da Lei nº 8.245/91].
- ⁵⁷ [Art. 74 da Lei nº 8.245/91].
- ⁵⁸ [Art. 1º da Lei 12.774/2012].
- ⁵⁹ [Art. 13 da Lei nº 8.245/91].
- ⁶⁰ [Art. 13 da Lei nº 8.245/91].
- ⁶¹ [Art. 16 da Lei nº 8.245/91].
- ⁶² [Art. 15 da Lei nº 8.245/91].
- ⁶³ Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, t. VII, p. 323.
- ⁶⁴ [Art. 5º da Lei nº 8.245/91].
- ⁶⁵ [Arts. 58 a 66 da Lei nº 8.245/91].
- ⁶⁶ [Art. 578 do Código Civil e art. 35 da Lei nº 8.245/91].
- ⁶⁷ [Art. 62, inciso II, da Lei nº 8.245/91].
- ⁶⁸ [Art. 62, parágrafo único, da Lei nº 8.245/91].
- ⁶⁹ [Art. 63 da Lei nº 8.245/91].
- ⁷⁰ [Art. 58, inciso V, da Lei nº 8.245/91].

Capítulo 25

CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Sumário: 223. Sistematização. 224. Contrato de prestação de serviços *stricto sensu*. 225. Contrato de trabalho eventual. 226. Contrato de trabalho desinteressado. 227. Contrato de trabalho doméstico. 228. Formas especiais de trabalho.

223. Sistematização. Dentre os *contratos*, que têm por objeto prestação de trabalho, incluem-se os que eram unificados no de *locação de serviços*, tais como o de *trabalho*, o de *emprego privado*, o de *serviço doméstico* e o de *simples prestação de serviço*.

Separaram-se alguns do Direito Civil e passaram a ser regidos pelo Direito do Trabalho. O principal é o *contrato de trabalho*, a cujo lado alinham-se: o de *emprego privado*, de *aprendizagem*, de *gerência*, de *agência*¹ e outros, considerados, entretanto, simples modalidades do primeiro, não obstante as particularidades que os distinguem. Sejam, porém, figuras autônomas ou espécies de contrato único, não mais pertencem ao Direito Civil. Previstos e regulados se acham em leis codificadas, consolidadas ou esparsas, que formam o ordenamento positivo próprio de nova disciplina jurídica. Não se justifica, por conseguinte, que continuem a ser tratados como contratos civis.

Contudo, a prestação de serviços contra remuneração pode cumprir-se sem ser objeto de *contrato de trabalho* propriamente dito. Persiste, assim, determinada modalidade do antigo contrato de *locação de serviços*, irredutível ao esquema das leis trabalhistas.

Para os modos de prestação de serviços que se não ajustam ao conceito legal do *contrato de trabalho*, seja pela inexistência de subordinação, pela falta de *continuidade*, ou pelo fim da atividade do trabalhador, aplicam-se as regras da *locação de serviços*.

Como, porém, tal denominação é inconveniente e imprópria, todos os *contratos* não subordinados à legislação do trabalho podem ser enfeixados na rubrica comum de *contrato de prestação de serviços*.

Nesta categoria geral, incluem-se os contratos:

- a) de prestação de serviços *stricto sensu*;²
- b) de trabalho eventual;
- c) de trabalho desinteressado;
- d) de trabalho doméstico.

Esta tentativa de sistematização subordina-se a três pressupostos:

- 1º) a diversidade de regime legal para o trabalho subordinado e o trabalho autônomo;
- 2º) a persistente tendência para tratar desigualmente o trabalho intelectual e o trabalho manual;
- 3º) a exclusão de numerosos trabalhadores do âmbito da legislação do trabalho, mesmo diferenciada.

Tais contratos, em conseqüência, permanecem na órbita do Direito Civil. Embora alguns sejam essencialmente *trabalhistas*, regulam-se pelo direito comum. Na estrutura romana do contrato locativo de trabalho estariam integrados a *locação de serviço*, a *locação de obra* e o *mandato*. No Direito moderno, são figuras distintas que se denominam, respectivamente, *contrato de trabalho*, *empreitada* e *contrato de prestação de serviços*.

Interessa distingui-las para determinar os traços característicos do contrato de prestação de serviços.³

No consenso unânime dos especialistas, o elemento decisivo para a caracterização do *contrato de trabalho* é o *vínculo de subordinação* a que fica presa a parte que se obriga a trabalhar. A atividade profissional do trabalhador se exerce, necessariamente, sob a direção da outra parte. A esse traço, junta-se o da *continuidade*. Necessário que a prestação de trabalho não seja de *natureza eventual*. A rigor, tal requisito concerne, porém, à configuração da condição de *empregado*, mas, conforme o critério anteriormente exposto, a expressão *contrato de trabalho* deve ser reservada para designar a forma jurídica de prestação de serviços regulada por lei trabalhista. Sendo assim, o contrato com trabalhador avulso, a que se falta o elemento de continuidade, deve ser tido como vínculo jurídico distinto do contrato de trabalho propriamente dito. A antiga *locação de serviços*, correspondente à *locatio operarum* dos romanos, reduz, desse modo, sua órbita, para conter, tão-somente, a espécie hoje definida como *contrato de trabalho*.

Os serviços prometidos por alguém podem ser prestados sem a subordinação típica do contrato de trabalho, e, com ela, mas sem continuidade. No primeiro caso, o objeto do contrato é trabalho autônomo e não trabalho subordinado. Esse *trabalho autônomo* pode ser objeto de contratos distintos. Via de regra, presta-se em vista de determinado *resultado*. Tal *resultado* consiste ordinariamente numa *obra feita*. O contrato que tem esse fim chama-se, na técnica do direito moderno, *empreitada*, e corresponde à *locatio operis faciendi* dos romanos.

O conceito de *obra* tem o sentido atribuído por alguns escritores de todo e qualquer resultado a produzir pelo trabalho, mediante prestação individualizada. Assim sendo, toda prestação autônoma de trabalho pode ser objeto de *contrato de empreitada*; o regime legal desse contrato denota a sua inaplicabilidade a certas formas de atividade laboral, que pertencem aos quadros do mandato e contratos similares. É de se admitir, por conseguinte, a existência de contratos que não são de *empreitada*, embora tenham por fim um resultado a ser obtido pela prestação de trabalho autônomo.

Inspira-se a distinção possivelmente em resíduos persistentes da diferença entre trabalho manual e intelectual, ou, mais precisamente, no caso, entre obra material e a que se caracteriza pela predominância manifesta de atividade intelectual. No Direito Romano, a distinção se fazia com tal rigor que as *artes liberais* eram objeto do contrato de *mandato*, essencialmente gratuito. Embora esse contrato tenha adquirido nova textura no Direito moderno, perdura ainda a idéia de que os serviços prestados por certos trabalhadores intelectuais, notadamente os que exercem *profissão liberal*, não devem ser equiparados aos dos trabalhadores braçais. Em vez de *mandato*, admite-se que a atividade profissional daqueles, exercida em determinadas circunstâncias, se realiza sob forma jurídica que se contém, como uma de suas modalidades, no conceito amplo da antiga *locação de serviço*, embora, em outras circunstâncias, possa ser objeto do próprio *contrato de trabalho*, ou do *contrato de empreitada*. Ter-se-á, então, o *contrato de prestação de serviços*.

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.⁴ 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*.⁵

224. Contrato de prestação de serviços *stricto sensu*. [O contrato de prestação de serviços regulado tipicamente no Código Civil de 2002 (correspondente àquilo que o autor denomina prestação de serviços *stricto sensu*) é todo aquele que tenha por objeto a prestação de um serviço (em sentido amplo) e não esteja sujeito às leis trabalhistas ou à lei especial⁶].

Sob essa denominação, designa-se o contrato mediante o qual uma pessoa se obriga a prestar um serviço a outra, eventualmente, em troca de determinada remuneração, executando-os com independência técnica e sem

subordinação hierárquica.

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. O cirurgião, por exemplo, opera como lhe parece mais adequado, quando e onde reputa oportuna e apropriada a intervenção. Não é o paciente quem dita a orientação técnica a ser observada ou o momento em que deve ser feita. Não basta, porém, a *independência técnica*. Apesar de se haver sustentado que a dependência técnica é o traço característico do contrato de trabalho, um empregado especializado pode trabalhar sem estar sujeito às ordens do empregador quanto ao modo de execução do trabalho. Normalmente, a dependência técnica é decorrente da dependência *econômica*. Sem nenhuma dúvida é a independência econômica dos que exercem profissão liberal em regime de clientela que, ao lado da natureza da atividade profissional, possibilita a autonomia técnica na execução do trabalho. Justifica, outrossim, a independência pessoal, afastando aquela *subordinação jurídica* ou *hierárquica* que caracteriza o contrato de trabalho. Quem promete serviços sob essa forma jurídica não trabalha sob as ordens de empregador, integrado num organismo da estrutura hierarquizada, como é a empresa. Não possui a condição de empregado. O contrato não é, assim, de *trabalho* propriamente dito. Por outro lado, não contrai vínculo jurídico que possa considerar-se *empreitada*. Trata-se, por conseguinte, de um contrato de *prestação de serviços stricto sensu*.⁷

Quem se obriga a prestar serviços sob esse regime jurídico faz jus à remuneração conhecida pelo nome de *honorários*. A retribuição de trabalho não se calcula, nesses casos, em função do tempo. O próprio resultado do serviço não é decisivo na sua fixação. Outros fatores se levam em conta, como a reputação do profissional, os recursos do cliente e a importância do serviço.

Em suma, o *contrato de prestação de serviço stricto sensu* subordina-se ao direito comum no que diz respeito a seus *pressupostos e requisitos*, aplicando-se-lhe suas regras quanto à *capacidade* das partes, ao *objeto*, ao *consentimento*, à *forma* e à *prova*, ao *conteúdo* e à *extinção*.

[O Código Civil estabelece regras atinentes à forma, ao objeto, ao prazo, à possibilidade de cessão de posição contratual ou subcontratação e à extinção do contrato de prestação de serviço.⁸

No tocante à forma, prescreve a lei que, na eventualidade de uma das partes não saber ler nem escrever, poderá o instrumento particular ser assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas.⁹ O dispositivo tem a finalidade de facilitar a prova dos contratos de prestação de serviço, prescrevendo modalidade excepcional de forma que as partes têm a faculdade de adotar. Não se cria, com isso, a obrigatoriedade da forma escrita para o contrato celebrado por parte analfabeta, nem, como é óbvio, para todo e qualquer contrato de prestação de serviço.

O art. 594 esclarece que pode ser objeto da prestação contratada “toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial”. Como visto no item anterior, a prestação de serviço distingue-se da prestação de obra pois na primeira o objeto da prestação é uma *atividade*, ainda que determinada e direcionada a um resultado, ao passo que na segunda o que se presta é a *obra* em si, o *resultado* prometido pelo prestador. O serviço pode ser determinado ou indeterminado. No último caso, entender-se-á que o prestador “se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com as suas forças e condições”.¹⁰ As referências à “obra” em três dos dispositivos relativos à prestação de serviço¹¹ devem ser entendidas no sentido de serviço ou trabalho determinado. Todas estas referências dizem respeito ao tempo do contrato, significando que o contrato de prestação de serviço pode ter por objeto uma atividade determinada, temporalmente circunscrita. Nessa hipótese, o contrato é equiparado ao de prazo determinado, para fins de impossibilidade de rescisão unilateral imotivada,¹² bem como a conclusão da atividade sinaliza a extinção do contrato.¹³ Como se vê, o objeto da prestação permanece a atividade, e não o seu resultado (a obra), como poderiam dar a entender os artigos mencionados.

O contrato de prestação de serviço é oneroso. Se gratuito o serviço prestado, ter-se-á doação ou contrato atípico. A retribuição será a acordada entre as partes. Contudo, se o prestador vier a revelar-se desprovido de título de habilitação profissional ou das qualificações exigidas por lei, não poderá exigir remuneração. Nessa hipótese, o juiz atribuirá uma compensação razoável ao prestador, desde que, cumulativamente, tenha ele agido de boa-fé, a outra parte tenha auferido benefícios com a prestação realizada e a proibição de prestar do serviço sem o título de habilitação ou as qualificações legais não resultar de norma de ordem pública.¹⁴ Ainda no tocante à retribuição, estatui o Código Civil que, não tendo sido ela estipulada nem havendo acordo entre as partes, será fixada por arbitramento, levando-se em conta os usos do lugar e o tempo e qualidade do serviço prestado.¹⁵ Por fim, a

retribuição pode ser paga adiantada, em prestações ou após a prestação do serviço, conforme dispuser o contrato e os usos.¹⁶

O contrato de prestação de serviço pode ser celebrado por tempo determinado ou indeterminado. O prazo pode ser fixado expressamente ou decorrer da natureza do contrato ou dos usos do local de sua celebração.¹⁷ Em qualquer dos casos, a lei impõe um tempo máximo de vigência correspondente a quatro anos, findos os quais dar-se-á por extinto o contrato.¹⁸ Não se conta no prazo contratual o período em que o serviço deixou de ser prestado, sem culpa do prestador.¹⁹ A distinção entre contrato por tempo determinado ou indeterminado é relevante principalmente para a determinação da possibilidade e efeitos de sua rescisão unilateral.²⁰ Para tanto, como já se viu, o contrato que tenha por objeto atividade determinada, suscetível de delimitação temporal, considera-se contrato por tempo determinado.²¹

O contrato de prestação de serviço por tempo indeterminado pode ser rescindido unilateral e imotivadamente, mediante aviso prévio de um, quatro ou oito dias, conforme a periodicidade da remuneração.²² Caberia indagar, nesse ponto, como conciliar o dispositivo especial com a regra geral do art. 473, parágrafo único, haja vista a possibilidade de o aviso prévio previsto no art. 599 não ser suficiente, dada a natureza do acordo e os investimentos porventura realizados pelo prestador. 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.

Tendo sido concluído sem tempo determinado, a rescisão unilateral segue outras regras. A rescisão por parte do prestador fica subordinada, então, à existência de justa causa. Na ausência dela, o prestador fará jus à retribuição vencida, porém responderá por perdas e danos.²³ Já a rescisão por parte do contratante do serviço também depende de justa causa. Presente justa causa, a rescisão é possível e o prestador ainda responderá por perdas e danos. Ausente justa causa, o prestador terá direito a receber a retribuição vencida mais metade da que lhe caberia da data da rescisão até o termo final do contrato.²⁴

A cessão de posição contratual, subcontratação ou, por qualquer modo, a transmissão de direitos e obrigações decorrentes do contrato dependerá de autorização da contraparte.²⁵ A lei prevê, como causas de extinção do contrato de prestação de serviço, a morte de uma das partes, o término do prazo, a conclusão da atividade prevista, a rescisão unilateral mediante aviso prévio, a resolução por inadimplemento e a resolução por impossibilidade superveniente devido à força maior²⁶].

225. Contrato de trabalho eventual. A Consolidação das Leis do Trabalho afasta do seu domínio os contratos de trabalho nos quais a obrigação de quem se compromete a trabalhar consiste numa prestação de serviço de natureza eventual. Permanecem tais contratos, conseqüentemente, na área do Direito Civil.

Não é fácil caracterizar o *trabalho eventual* prestado a uma empresa. Dos critérios sugeridos para distingui-lo do *trabalho efetivo* o mais seguro é o que o caracteriza pelos elementos de *necessidade e permanência*.²⁷ *Trabalho eventual* será, *a contrario sensu*, o que não constitui necessidade permanente da empresa. Quando, pois, os serviços são contratados para atender à necessidade esporádica, o trabalhador não adquire a condição de *empregado*. No entanto, o contrato, as mais das vezes, reveste-se das características do de trabalho, faltando-lhe apenas o requisito de *continuidade*, que, para muitos, não é essencial à sua configuração. Excluído, todavia, do ângulo da legislação trabalhista, não é possível considerá-lo *contrato de trabalho* porque se subordina a regime legal diverso.

Já o trabalho avulso é objeto de um contrato atípico, como tal sendo o que se executa em grupo para sucessivos tomadores de serviços, requisitados os trabalhadores a um fornecedor de mão-de-obra. Está regulado em lei especial [e, portanto, excluído do campo de incidência das normas do contrato de prestação de serviços contidas no Código Civil, ressalvada a aplicação supletiva prevista no art. 8º, parágrafo único, da CLT].

Outra modalidade de contrato de *trabalho eventual* é o que executam certos trabalhadores, em determinadas circunstâncias, para o público em geral. Reali-zam-no sob a direção de quem eventualmente os utiliza, mas embora visem estes a determinado resultado a ser produzido pela atividade do trabalhador, não há, no serviço prestado, uma obra que permita considerar o contrato como *empreitada*. Não sendo locação de obra nem contrato de trabalho propriamente dito, enquadra-se na categoria dos contratos de prestação de serviços.

226. Contrato de trabalho desinteressado. Nesta espécie, incluem-se os contratos nos quais o móvel da prestação dos serviços não é o interesse de perceber salário. O caráter remuneratório do trabalho é unanimemente reconhecido como condição indeclinável para alguém adquirir a qualidade de *empregado*. Por essa razão, a *prestação gratuita de*

serviços não pode ser objeto de contrato de trabalho propriamente dito. Dúvida não cabe porém de que constitui relação jurídica de natureza contratual, até porque a parte a quem o trabalho gratuito aproveita assume obrigações que denotam a existência de vero vínculo contratual.

Ao contrato de trabalho sem a obrigação de pagar *salário* pode-se denominar *contrato de trabalho desinteressado*.

Os que trabalham sem intenção de ganho, como, por exemplo, as irmãs de caridade, não são *empregados*. Pode-se contestar que a execução de trabalho desinteressado seja objeto de genuíno contrato de trabalho *lato sensu*, mas é de admitir-se tal qualificação para o vínculo jurídico criado entre as partes.

Pertencem à categoria dos *contratos desinteressados* outros contratos nos quais a falta do elemento remuneratório não decorre da intenção de prestar os serviços gratuitamente. Estão nesse caso os *contratos obrigatórios*, dentre os quais se salientam os que se executam numa relação de subordinação de Direito Público,²⁸ como o *trabalho penitenciário*, e os que se realizam numa relação de subordinação de Direito Privado, como o que se cumpre *familiaritatis causa*.

Compreendem-se igualmente na categoria do *trabalho eventual* e do *trabalho desinteressado* os contratos que se realizam ocasionalmente, em caráter amistoso, sem o ânimo de obrigar-se e sem prestações,²⁹ como o que realizam, no campo, os vizinhos (*mutirão*). Nessa hipótese, a prestação do trabalho é gratuita.

227. Contrato de trabalho doméstico. O *trabalho doméstico* é objeto de autêntico contrato de trabalho, mas como o serviço que prestam os criados de servir difere, por sua qualidade e fim, do que se executa na indústria, no comércio ou na agricultura, não pode subordinar-se ao mesmo regime legal. O *trabalho doméstico* está sujeito a regras especiais, instituídas em [lei extravagante, excluído, portanto, da incidência do Código Civil, ressalvada a aplicação supletiva prevista no art. 8º, parágrafo único, da CLT].

Não existe critério incontroverso para caracterizar o *trabalho doméstico*. Segundo alguns, o serviço é doméstico quando visa a auxiliar a vida íntima das famílias. Outros caracterizam-no pelo local onde se presta, sustentando que tem essa natureza o que se cumpre no âmbito residencial de uma família. A atividade doméstica se configura, entretanto, por não se destinar, direta ou indiretamente, à realização de fins produtivos. Os criados de servir exercem atividades em utilidade de consumo: o grupo familiar, a comunidade religiosa.

Nenhum desses critérios é isoladamente satisfatório. Tomados em conjunto, proporcionam, porém, valiosos elementos para caracterização do *trabalho doméstico*.

228. Formas especiais de trabalho. Em zona fronteira entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho, formam-se interessantes relações jurídicas que estão se tornando freqüentes, tais como as do *trabalho em grupo*, as *relações mediatas de trabalho*, o *trabalho cedido* e o *trabalho temporário*.

O grupo de trabalhadores pode ser formado pelo empregador que o remunera em bloco ou constituído por eles próprios para prestação em comum do trabalho, como sucede, por exemplo, com a orquestra. Forma-se ainda pela agregação de auxiliares ou ajudantes feita por um empregado. Às vezes, apresenta-se o grupo como *cooperativa de mão-de-obra*. Quando o grupo celebra como *unidade* o contrato, a relação jurídica é quase sempre de execução de obra (*empreitada, lato sensu*).

A *relação mediata de trabalho* existe quando entre o trabalhador e quem paga o trabalho não há vinculação direta, interpondo-se terceiro. Interessa isolar essa modalidade jurídica de trabalho porque se admite a responsabilidade, em relação a quem presta o trabalho, do empresário que aproveita seu resultado, conquanto subsidiária. Caso típico é o *marchandage* propriamente dito.

Há *cessão de trabalho* quando o empregador cede temporariamente a outra empresa a atividade de empregado seu, conservando, entretanto, o vínculo jurídico existente entre eles e transferindo ao cessionário o poder diretivo. A relação contratual torna-se triangular, passando a existir entre cedente e cessionário, entre cessionário e empregado, e sobrevivendo a do cedente com o empregado. Faz-se mais freqüentemente entre empresas do mesmo grupo econômico. Não há duplicação de empregos se o empregado não perceber salário nas duas empresas, nem se confunde com o *empréstimo* do próprio empregado, como se faz na área do *football* profissional.

O *contrato de trabalho transitório* ou *temporário* tem por fim a substituição, por certo tempo, do pessoal regular e permanente de uma empresa ou supri-lo quando há acréscimo extraordinário de serviço. É interessante referi-lo para o extremar do contrato que realizam as empresas que se dedicam à produção de serviços, regulado [por legislação especial; portanto, em princípio não se subordina à disciplina da prestação de serviços disposta no

Código Civil]. No contrato de trabalho temporário, as *sociedades operacionais* fornecem mão-de-obra, cedem empregados, proporcionam trabalho de empregados seus, com retorno certo. Observe-se finalmente que essas *formas especiais* de trabalho podem ser usadas em *fraude à lei*.

¹ [Do contrato de agência trata o Cap. 33].

² [Disciplinado nos arts. 593 a 609 do Código Civil].

³ Orlando Gomes e Elson Gottschalk, *Curso de Direito do Trabalho*, 17^a ed., Rio de Janeiro, Editora Forense.

⁴ Cf. Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, t. 2º, vol. II, p. 273.

⁵ [Ainda sobre a distinção entre prestação de serviços e empreitada, vide o Cap. 26].

⁶ [Art. 593 do Código Civil].

⁷ Eduardo Espínola denomina-o contrato de trabalho autônomo. *Vide Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro*, p. 278.

⁸ [Vide arts. 593 a 609 do Código Civil].

⁹ [Art. 595 do Código Civil].

¹⁰ [Art. 601 do Código Civil].

¹¹ [Arts. 598, 602 e 607 do Código Civil].

¹² [Art. 602 do Código Civil].

¹³ [Art. 607 do Código Civil].

¹⁴ [Art. 606 do Código Civil].

¹⁵ [Art. 596 do Código Civil].

¹⁶ [Art. 597 do Código Civil].

¹⁷ [Art. 599, *caput*, do Código Civil].

¹⁸ [Art. 598 do Código Civil].

¹⁹ [Art. 600 do Código Civil].

²⁰ [Acerca da rescisão, vide o Cap. 16].

²¹ [Art. 602 do Código Civil].

²² [Art. 599 do Código Civil].

²³ [Art. 602 do Código Civil].

²⁴ [Art. 603 do Código Civil].

²⁵ [Art. 605 do Código Civil].

²⁶ [Art. 607 do Código Civil].

²⁷ Mario de la Cueva, *Derecho Mexicano del Trabajo*, vol. 1º, p. 639.

²⁸ Krotoschin, *Instituciones de Derecho del Trabajo*, t. 1º, p. 63.

²⁹ Krotoschin, *ob. cit.*, p. 66.

Capítulo 26

EMPREITADA

Sumário: 229. Generalidades. 230. Distinções. 231. Caracteres. 232. Espécies. 233. Conteúdo. 234. Responsabilidade das partes. 235. Riscos. 236. Extinção. 237. Subempreitada.

229. Generalidades. Espécie da *locatio conductio* era, no Direito Romano, a *locatio operis faciendi*, contrato hoje conhecido pelo nome de *empreitada*. Doutrina recente rejeita a orientação romanística, por entender que a *empreitada* não cabe no conceito de *locação*. Seus traços característicos imprimem-lhe a marca de um tipo irredutível à *locatio*.

Na *empreitada* uma das partes obriga-se a executar, por si só, ou com o auxílio de outros, determinada obra, ou a prestar certo serviço, e a outra, a pagar o preço respectivo. Obriga-se a proporcionar a outrem, com trabalho, certo resultado.

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.¹ Nem todas essas atividades são, entretanto, objeto de *empreitada*. Não a desfigura a circunstância de ter como objeto determinado serviço a ser executado em prestações repetidas.²

A obra não precisa ser fruto da atividade exclusiva da parte que se obrigou a executá-la, a menos que o contrato se tenha celebrado *intuitu personae*. Desnecessário, outrossim, que tenha organização própria com os meios adequados à execução.³ Qualquer pessoa pode obrigar-se a executar determinada obra que não requeira organização de meios, sem que, por essa falta, deixe o contrato de ser *empreitada*. Basta que prometa o resultado de seu trabalho.

Exigem algumas leis que o *empreiteiro* tenha uma organização de meios de produção com aparelhamento técnico e emprego de trabalho alheio, distinguindo-se, assim, do artesão, ou artífice. Este exerce, com autonomia, certo mister ou ofício, sem cunho empresarial.

Na *empreitada* empresarial, exige-se normalmente a elaboração de um *projeto* da obra, a ser estritamente observado pelo *empreiteiro*, podendo a outra parte fiscalizar a execução dos trabalhos e verificar o estado em que se encontram. Admite-se, em certas circunstâncias, a revisão do preço. Responde o *empreiteiro* pela inobservância das regras técnicas que devem ser seguidas na execução do serviço. Outras disposições não se distinguem das que regulam a *empreitada* artesanal, salvo a que torna o dono da obra responsável pelo pagamento do que for devido aos empregados do *empreiteiro*, quando haja demanda para recebimento do preço.

Partes no contrato de *empreitada* são o *empreiteiro* e o *dono da obra*. *Empreiteiro* é quem executa ou faz executar a obra. *Dono da obra*, quem ordena sua execução e paga o preço.

O *empreiteiro* é o devedor da obra e credor da remuneração. O *dono da obra*, devedor da remuneração e credor da obra.

A prática da *pseudo-empreitada* é proibida em algumas legislações. Consiste em *empreitar* mão-de-obra a um empregado para que este assuma a posição patronal, subtraindo-se ao cumprimento das obrigações trabalhistas. Não se confunda com a *marchandage*.

230. Distinções. Quando o *empreiteiro* fornece os materiais, a *empreitada* avi-zinha-se da venda, pertencendo ao primeiro tipo o contrato em que as partes deram mais valor ao trabalho a ser executado.

Assim como o contrato de trabalho, o de *empreitada* é dos que têm como objeto a atividade profissional de uma pessoa, mas os dois contratos são diferentes e estão submetidos a regimes jurídicos distintos.

A distinção já era importante antes de o *contrato de trabalho* ter-se desprendido da *locação de serviço*. Os romanos haviam separado a *locatio operarum da locatio operis faciendi*. A primeira gerava a obrigação de prestar serviço e a segunda, a promessa de fazer uma obra.

Não obstante, a distinção entre a [prestação] de serviços e a *empreitada* não foi feita pela doutrina moderna segundo critério uniforme. Tentou-se realizá-la ora pelo *modo de remuneração* do [prestador] e do empreiteiro, ora pela *profissionalidade* da parte a quem incumbe o pagamento da remuneração, ora pelo *fim do contrato*.

De acordo com o primeiro desses critérios, o contrato é de *empreitada* se a remuneração se calcula em função da obra feita, não se levando em conta o tempo gasto em sua execução, mas se é paga em função de uma *unidade do tempo*, como a hora, o dia ou o mês, há [prestação] de serviço. Foi visto, porém, que o *modo de remuneração* não influi na caracterização da [prestação] de serviços, porquanto não a desfigura. A circunstância de ser paga por *unidade de obra* não a desfigura. A obra é estimada no conjunto e não pelas unidades isoladas de trabalho, como acontece no salário por peça ou tarefa.

A distinção, para os adeptos do segundo critério, reside no fato de ser a atividade de alguém aproveitada por empregador profissional, ou não. No primeiro caso, *contrato de trabalho*, no segundo, *empreitada*. Quem quer que trabalhe para uma empresa será *empregado* e, ainda que se obrigue a entregar obra feita, terá realizado *contrato de trabalho*. *Esse critério* é insustentável, porque se funda em elemento de caráter econômico, quando deveria assentar em elemento jurídico.⁴

Pelo terceiro critério, há *empreitada* quando o fim do contrato é o *resultado* da atividade, não a prestação de serviços. Na [prestação] de serviços, há prestação genérica de trabalho; na *empreitada*, trabalho específico.⁵ A doutrina alemã distingue por este critério o *Dienstvertrag do Werkvertrag*. No primeiro ([prestação] de serviço, há prestação de força de trabalho, físico ou intelectual, enquanto no segundo (*empreitada ou locação de obra*) promete-se uma obra (*Werk*), material ou imaterial, que é o resultado (*Erfolg*) a obter, a causa do contrato. A *empreitada* não se confunde também com o *contrato de oferecimento de serviço de terceiro*.⁶ O *resultado* procurado na *empreitada* não precisa necessariamente ser eficaz; em certos casos a eficácia não pode ser garantida. O critério *do resultado* é o preferido pela doutrina civilística.

Para os trabalhistas, a distinção reside no caráter *autônomo* ou *subordinado do trabalho*.

O mesmo profissional pode, no exercício de sua atividade, realizá-la à base de um contrato de *prestação de serviço* ou de uma *empreitada*.⁷

Em determinadas circunstâncias o contrato de *empreitada* assemelha-se ao de *fornecimento*, tendo igualmente, por objeto, prestações periódicas de serviços. A diferença reside na qualidade da prestação. Na *empreitada*, promete-se um resultado *opus*, prevalecendo, pois, como elemento juridicamente relevante, a *execução* da obra. No contrato de *fornecimento*, a *dação* de coisa, ou a possibilidade do gozo, é o fim principal, ficando o trabalho como elemento preparatório e interno da atividade do fornecedor.⁸ O conteúdo da prestação é, preponderantemente, na *empreitada* um *facere*; no *fornecimento*, um *dare*.⁹ A *empreitada* pode ter por objeto prestações periódicas, ou escalonadas, de determinado serviço. A esta *empreitada* denomina-se *ad mensuram*, em contraposição à que se chama *empreitada per aversionem*.

231. Caracteres. A *empreitada* é contrato bilateral, oneroso, simplesmente consensual, de execução única e, eventualmente, de duração.

Cria, para as duas partes, obrigações recíprocas. A remuneração do empreiteiro depende da execução da obra que, por sua vez, é devida ao dono, se pago o preço ajustado. E, assim, ao direito de um contratante é correlata a obrigação do outro.

A *onerosidade* é da essência do contrato. Não há *empreitada* sem remuneração; o preço, um dos elementos indispensáveis do contrato, distingue a *empreitada do mandato* e da doação.

A *empreitada* é contrato *simplesmente consensual*. Para sua formação basta o consentimento das partes.

Não exige *forma especial* para existir; mas certas *empreitadas*, como, v.g., de construção de um edifício, pedem *forma escrita*, em vista da necessidade de especificação minuciosa de condições, impossível de reter na memória. Não é, contudo, contrato solene em hipótese alguma, pouco importando a natureza da obra ou o valor da remuneração.

A empreitada é normalmente contrato de *execução única*, não se desnaturando todavia se tem como objeto *prestações periódicas*, como quando o empreiteiro se obriga a produzir, repetidamente, a obra, executando-a em série, por unidades autônomas. Nem por isso se converte em *contrato de trabalho* ou *de fornecimento*.

232. Espécies. A empreitada pode *ser de labor* ou *mista*, conforme o empreiteiro contribua apenas com trabalho, ou, também, com materiais.¹⁰ [A obrigação de fornecer materiais deve vir expressa no contrato ou resultar da lei, não se presumindo¹¹].

A distinção tem importância quanto aos riscos. Conforme a espécie, apli-cam-se regras diferentes.

Quando o empreiteiro fornece os materiais, a natureza do contrato é controvertida. Entendem alguns escritores que se converte em *compra e venda*, porque o empreiteiro aliena as coisas empregadas na obra. Outros acham que o fornecimento de materiais pelo empreiteiro não desfigura a empreitada, porque é condição da execução da obra. Haveria, para terceiros, finalmente, coligação de dois contratos distintos, unidos numa operação econômica única. Sob a influência do *Direito Tributário* desenvolve-se tendência para afirmar que há *venda* dos materiais fornecidos pelo empreiteiro. Tecnicamente, porém, esta solução não tem apoio na doutrina.¹²

233. Conteúdo. Contrato sinalagmático, a empreitada origina direitos e obrigações interdependentes para o empreiteiro e o dono da obra, que o esquema legal define na sua tipicidade.

Devem ser examinados separada e sucessivamente.

A principal obrigação do *empreiteiro* consiste na execução da obra conforme as instruções recebidas ou as regras técnicas que se devem observar em sua realização. Necessário que a entregue com as qualidades prometidas, sem defeitos. Caso contrário, pode o dono enjeitá-la ou, se prefere, recebê-la com abatimento no preço.¹³ Não obstante ser esta, entre nós, a alternativa legal, algumas legislações asseguram-lhe o direito de exigir que o empreiteiro corrija ou sane o defeito. Tal pretensão é admissível, mesmo no silêncio da lei, como exigência preliminar da redução do preço ou da indenização, se o empreiteiro recebeu os materiais.

Obriga-se o *empreiteiro* a entregar a obra no prazo estipulado. Se incorre em mora, deve pagar perdas e danos, se ao dono da obra ainda interessar recebê-la, mas pode este optar entre exigir a indenização plena, a indenização pelo atraso com o cumprimento da obrigação ou a resolução do contrato.

A execução da obra há de ser *pessoal*, quando o contrato tem como seu motivo determinante a aptidão ou a fama do empreiteiro. Fora dessa hipótese, pode, sob a responsabilidade do empreiteiro, ser por outrem executada.

As principais obrigações do *dono da obra* são:

- a) receber a obra;
- b) pagar o preço.

O dono da obra não tem apenas o *direito* de exigir do empreiteiro que a entregue, mas, também, o *dever* de aceitá-la, se possui as qualidades prometidas. Só lhe é dado enjeitá-la se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas, não observou as regras técnicas de execução, ou a apresentou com vícios ou defeitos.¹⁴ Não a recebendo no tempo devido sem fundada razão, incorre não só em *mora accipiendi*, mas, igualmente, em *mora solvendi*, na qual, aliás, o empreiteiro não pode se basear para demandar a resolução do contrato ou exigir indenização por inadimplemento porque o atraso na recepção não afeta a obrigação principal.¹⁵

Deve o *dono da obra* pagar a *remuneração estipulada* no tempo previsto no contrato. Pode o pagamento fazer-se no ato de entrega da obra, ou antecipadamente. Na ausência de convenção, prevalece o da recepção. O pagamento é total ou parcelado, conforme determine o contrato. Realiza-se naturalmente sob a última forma quando a obra constar de partes singulares ou for das que se apuram por *medição*.¹⁶ Nada obsta, porém, a que se convencie o contrário. Entregas parciais obrigam ao pagamento de cada parte recebida. Preço pago parceladamente contra entrega de parte singular faz presumir *verificação*. [Medição faz presumir verificação se o dono da obra ou o responsável por sua fiscalização não denunciar vícios ou defeitos no prazo de 30 (trinta) dias a contar da medição¹⁷]. A distinção interessa principalmente no que diz respeito aos *riscos*.¹⁸

Obrigado é ainda o *dono da obra*, quando lhe incumbe o fornecimento de materiais, a pô-los à disposição do empreiteiro tempestivamente. Retardando-se no cumprimento da tal obrigação, incorre em *mora*, podendo, em consequência, ser responsabilizado pelos prejuízos advindos do atraso. Nesse caso, também assiste ao empreiteiro o direito de notificar o dono da obra para que forneça os materiais em certo prazo, sob pena de rescisão do contrato.

Na *empreitada de construção*, o dono da obra não é obrigado a pagar qualquer acréscimo no preço por ter ocorrido aumento dos salários ou encarecimento dos materiais. Admite-se, porém, que as partes estipulem o contrário. São comuns, atualmente, as *cláusulas de reajustamento*. Perfeitamente lícitas, é necessário, contudo, que o direito do empreiteiro ao reajustamento seja expressamente consignado no contrato. Em razão de conhecidas circunstâncias, progride a tendência para se admitir o reajuste independentemente de expressa cláusula permissiva.

[O empreiteiro tem direito a exigir acréscimo no preço quando o projeto for modificado em decorrência de instruções escritas do dono da obra ou quando, embora não tenha havido autorização expressa, o dono da obra a acompanhava continuamente, não podendo ignorar o que se passava.¹⁹ Também há direito a reajuste na hipótese de excessiva onerosidade superveniente, por conta de causas geológicas, hídricas ou semelhantes.²⁰ O dono da obra, a seu turno, poderá pedir revisão do preço, para abaixá-lo, quando houver redução do preço dos materiais ou da mão-de-obra em valor superior a um décimo do preço total acordado²¹].

234. Responsabilidade das partes. O *empreiteiro* é responsável perante o dono da obra e terceiros. Sua responsabilidade está estabelecida especificamente na *empreitada mista*, para o caso de inutilizar, por imperícia, os materiais que recebeu, mas o dever de indenizar cifra-se ao pagamento dos materiais inutilizados.²²

Nos contratos de empreitadas de edifícios ou outras construções, o empreiteiro responde pela solidez e segurança da obra, [pelo prazo irredutível de 5 (cinco) anos.²³ Esta responsabilidade residual requer a conjunção dos seguintes requisitos: 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. O dono da obra tem prazo decadencial de 180 (cento e oitenta) dias para propor a ação de responsabilidade do empreiteiro, a contar do aparecimento do vício ou defeito²⁴].

Perante *terceiros*, responde o *empreiteiro* pelos danos resultantes de culpa na execução do trabalho, como, v.g., se causa estragos no prédio vizinho ao que está construindo.

Responde o *dono da obra* pelos prejuízos que causar ao empreiteiro por desistência, depois de iniciada a execução da obra. Sua responsabilidade, no caso, não se limita à indenização das despesas e do trabalho feito. Obrigado está, a mais, a indenizar os lucros que o empreiteiro poderia obter, se concluísse a obra.²⁵

Responde, também, pela remuneração do empreiteiro, na empreitada de labor, se a coisa perecer antes de ser entregue, desde que prove este que a perda resultou de defeito dos materiais e que, em tempo, reclamara contra a sua qualidade.²⁶

235. Riscos. A solução do problema dos *riscos* na empreitada pede distinções. É preciso verificar:

- a) se o empreiteiro forneceu os materiais, *empreitada mista*;
- b) se forneceu os materiais e o dono da obra estava em mora de recebê-la;
- c) se o empreiteiro contribuiu apenas com a mão-de-obra, *empreitada de labor*.

Se a *empreitada é mista*, por conta do *empreiteiro* correm os riscos, até a entrega da obra. Aplica-se a regra *res perit domino*. O empreiteiro, devedor da obra, sofre o prejuízo como dono dos materiais. Não pode reclamar a remuneração. Mas, se o *dono da obra estiver em mora*, por não a ter recebido no tempo devido, suportará os riscos.²⁷ Contudo, há legislação que determina corram, por igual, para ambas as partes.

Se a *empreitada é de labor*, por conta do *dono da obra* correm os riscos.²⁸ Aplica-se também a regra *res perito domino*. Mas a verdade é que o empreiteiro sofre prejuízo, porquanto os códigos, em geral, lhe negam o direito de reclamar a remuneração do seu trabalho.²⁹ Observam alguns escritores³⁰ que, embora tal solução seja extremamente rigorosa para o empreiteiro, é atenuado por disposições que o favorecem, como a que lhe reconhece direito a exigir a remuneração, se comprova que a perda da coisa resultou de defeito dos materiais, tendo ele reclamado, em tempo, contra sua qualidade. Também lhe assiste esse direito se tiverem sido feitas verificações parciais. As partes verificadas consideram-se entregues.³¹

236. Extinção. O contrato de empreitada extingue-se por vários modos, dentre os quais a execução, a resolução e a desistência do dono da obra.

A *execução* é o modo normal de extinção da empreitada. Aceita a obra e pago o preço, estão cumpridas as obrigações a que deu nascimento. Desata-se, em conseqüência, o laço que unia as partes.

Resolve-se o contrato, se um dos contratantes deixa de cumprir qualquer das obrigações contraídas. Prometendo o dono da obra efetuar pagamentos antecipados, dará lugar à resolução do contrato se não cumprir o prometido. Se o empreiteiro não entregar a obra no prazo estipulado, o dono da obra não está obrigado a recebê-la posteriormente, a menos que tenha admitido a possibilidade, pactuando multa a ser paga pelo empreiteiro se se afastou das instruções recebidas e dos planos estabelecidos, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza, mas, nesse caso, a resolução não é consequência necessária, pois a parte que encomendou a obra pode preferir recebê-la com abatimento de preço.

Perecendo a coisa por força maior ou caso fortuito, extingue-se o contrato por impossibilidade de execução. Nessa hipótese, aplicam-se as regras concernentes aos riscos.

Se o dono da obra resilir o contrato no curso da execução da encomenda, deve indenizar ao empreiteiro as despesas e o trabalho realizado, além do lucro cessante.³² Não terá, porém, essa obrigação, se o empreiteiro se torna incapaz de concluir a obra, se procede incorretamente, ou deixa de cumprir qualquer cláusula do contrato. Diz-se, neste caso, que há *desistência*.

[O empreiteiro poderá suspender a obra se houver justa causa. A lei enumera, dentre as causas justificativas da suspensão: culpa do dono da obra; força maior; exigência, por parte do dono da obra, de modificações desproporcionais ao projeto aprovado; e dificuldades de execução supervenientes e imprevisíveis, resultantes de causas geológicas, hídricas ou análogas, que tornem a empreitada excessivamente onerosa. Nessa última hipótese, o empreiteiro terá direito a pedir reajuste do preço, podendo suspender a obra se o dono não concordar com o pedido³³].

A *morte* do empreiteiro não é, de regra, causa extintiva do contrato. Há empreitadas, no entanto, que se contratam *intuitu personae*, como, v.g., a encomenda de obra artística. Estas se extinguem com a morte do empreiteiro, uma vez que o motivo determinante do contrato foi precisamente a qualidade do seu trabalho. Nos outros casos as obrigações do empreiteiro transmitem-se aos sucessores.³⁴

237. Subempreitada. Da empreitada deriva outro contrato, denominado *subempreitada*, que se realiza quando o *empreiteiro* contrata com outra pessoa a execução da obra de que se encarregara. A *subempreitada* pode ser *total* ou *parcial*.

Em princípio, não há proibição de subempreitar, até porque, ordinariamente, o empreiteiro não se compromete a executar pessoalmente a obra. Em certos casos é, entretanto, inadmissível. Não é lícito subempreitar obra encomendada em atenção às qualidades pessoais do empreiteiro. Não cabe, por outras palavras, nas empreitadas *intuitu personae*.

A *subempreitada* é contrato derivado. Não se deve confundi-la com os *contratos de trabalho* celebrados pelo empreiteiro para a execução da obra que, sob a sua direção e responsabilidade, manda fazer por trabalhadores admitidos a seu serviço.

Em princípio, a subempreitada não é condenável, só se justificando sua proibição quando empregada em prejuízo dos trabalhadores, *isto é*, quando represente *simulação fraudulenta* ou vise à fraude à lei.

Modalidade interessante de subempreitada é a que se conhece pelo nome intraduzível de *marchandage*. Consiste no expediente de realizar-se diversas subempreitadas com o propósito de livrar o dono da obra de certas responsabilidades, notadamente das obrigações que lhe adviriam se contratasse *diretamente* os trabalhadores. Três orientações se tomam a seu respeito:

- a) a proibição pura e simples;
- b) a exigência de que o empreiteiro tenha uma organização de meios adequados à realização da obra;
- c) a concessão do direito de reclamação contra o empreiteiro quando o subempreiteiro não cumpra as obrigações oriundas dos contratos que celebrar.

O Direito pátrio adotou a derradeira solução relativamente às obrigações nascidas dos contratos de trabalho que o *subempreiteiro* celebrar.³⁵ Os empregados do *subempreiteiro* podem reclamar do *empreiteiro*, não contra o *dono da obra*, pois as relações entre o primeiro e o segundo são, quanto ao terceiro, *res inter alios acta*, isto é, estranhas a este.

A responsabilidade do *empreiteiro principal* é subsidiária. Sustentam, entretanto, alguns autores, que há solidariedade entre o empreiteiro e o subempreiteiro relativamente às obrigações trabalhistas. A *solidariedade*,

contudo, jamais poderia estender-se ao *dono da obra*.

A marchandage supõe a existência de uma empreitada e a ação dos empregados do subempreitado não é contra o dono da obra.

¹ Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, t. 2º, vol. II, p. 272.

² Santoro Passarelli, *Libertà e Autorità nel Diritto Civile. Altri saggi*, p. 389; Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, p. 745; Spota, *Tratado de Locación de Obra*, 2ª ed., vol. I, p. 404.

³ [Em sentido contrário,] *vide* a definição de *appalto* no art. 1.655 do Código Civil italiano. Consulte-se Messineo, *Manuale Civile e Commerciale*, vol. 3º, pp. 58 e segs.

⁴ Rouast, in *Traité Pratique de Droit Civil Français*, de Planiol e Ripert, vol. XI.

⁵ D'Eufemia, in *Trattato di Diritto del Lavoro*, de Borsi e Pergolesi, vol. 1º, p. 88.

⁶ Larenz, *Derecho de Obligaciones*, vol. 2º, p. 283.

⁷ Enneccerus dá o seguinte exemplo: o contrato concluído com um cirurgião pode ser empreitada quando promete determinada operação, e de serviço se promete atividade médica em geral. *Tratado de Derecho Civil*, t. II, vol. 2º, p. 273

⁸ Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, vol. 3º, p. 62.

⁹ Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, p. 46.

¹⁰ [Art. 610 do Código Civil].

¹¹ [Art. 610, § 1º, do Código Civil].

¹² Contra: Enneccerus, Kipp e Wolff: “O contrato é de compra e venda porque a coisa deve ser levada ao patrimônio do dono da obra e a elaboração representa apenas um meio para realizar a prestação da coisa” (ob. cit., p. 274).

¹³ [Arts. 615 e 616 do Código Civil].

¹⁴ [Art. 615 do Código Civil].

¹⁵ Enneccerus, Kipp e Wolff, ob. cit., p. 285.

¹⁶ [Art. 614 do Código Civil].

¹⁷ [Art. 614, § 2º, do Código Civil].

¹⁸ *Vide* nº 227.

¹⁹ [Art. 619 do Código Civil].

²⁰ [Art. 625, inciso II, do Código Civil].

²¹ [Art. 620 do Código Civil.]

²² [Art. 617 do Código Civil.]

²³ [Art. 618 do Código Civil.]

²⁴ [Art. 618, parágrafo único, do Código Civil.]

²⁵ [Art. 623 do Código Civil.]

²⁶ [Art. 613 do Código Civil.]

²⁷ [Art. 611 do Código Civil.]

²⁸ [Art. 612 do Código Civil.]

²⁹ [Art. 613 do Código Civil.]

³⁰ *Vide* Planiol e Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, t. XI.

³¹ [Art. 614 do Código Civil.]

³² [Art. 623 do Código Civil.]

³³ [Art. 625 do Código Civil.]

³⁴ [Art. 626 do Código Civil.]

³⁵ Consolidação das Leis do Trabalho, art. 455.

Capítulo 27

TRANSPORTE

Sumário: 238. Generalidades. 239. Formação do contrato. 240. Natureza. 241. Transporte de coisas. 242. Responsabilidade do transportador. 243. Conhecimento. 244. Transporte de pessoas. 245. Obrigação de segurança.

238. Generalidades. Negócio jurídico dos mais usuais, o contrato de transporte deixou de ser simples modalidade da [prestação de serviços] para se tornar relação contratual autônoma, sujeita a regras próprias.

O desenvolvimento dos meios de transporte ensejou a realização de contratos em condições bem diferentes das que existiam quando, ainda primitivos, não eram explorados comercialmente em grande escala. O transporte, tanto de pessoas como de carga, constitui hoje atividade profissional que se realiza, de regra, sob a forma do *contrato de adesão*.

A importância econômica e social que adquiriu reclamou regulamentação do serviço, com reflexos sensíveis no instrumento jurídico de que se servem os interessados na sua prestação ou aproveitamento.

[Atento a essa realidade, o Código Civil de 2002 supriu lacuna do Código de 1916 e disciplinou o contrato de transporte em seus arts. 730 a 756. De acordo com o art. 732, o contrato de transporte também é regido, no que não contrariar as normas do Código Civil, pela legislação especial e pelos tratados e convenções internacionais. O contrato de transporte exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão, a seu turno, rege-se pelas normas regulamentares e pelas regras estipuladas nos respectivos atos de autorização, permissão ou concessão, sem prejuízo do disposto no Código Civil¹].

O contrato de transporte não obedece às mesmas regras se o deslocamento é de pessoas ou de carga, ou se deve ser feito por terra, mar ou ar. Frequentemente compreende ou se conjuga a outras relações jurídicas. Estão no primeiro caso as operações que precedem ou seguem imediatamente ao transporte, como o depósito das mercadorias a serem expedidas, e a carga e descarga, nada impedindo, entretanto, que tais operações se realizem por outra pessoa que não o transportador. Outras vezes, o transporte apresenta-se como obrigação acessória que incumbe, por exemplo, a quem vendeu a mercadoria.

239. Formação do contrato. Pelo contrato de transporte, obriga-se uma das partes a deslocar pessoas ou coisas, [mediante retribuição²].

Quem ocupa, na relação jurídica, essa posição chama-se *condutor* ou *transportador*. Tanto pode ser pessoa física como jurídica. De regra, porém, a atividade transportadora é exercida por empresas organizadas sob a forma de sociedade. Empresas públicas ou privadas.

No transporte de pessoas, denomina-se *passageiro* a outra parte. No de coisa, *expedidor* [ou remetente, como o designa o Código Civil]. Não se confunde este, entretanto, com a pessoa que, mediante o contrato de expedição, se obriga a providenciar o transporte de mercadorias. Podem ser expedidas diretamente, entregando-as ao transportador o próprio dono.

Chama-se *destinatário*, ou *consignatário*, a pessoa a quem é expedida a mercadoria. O destinatário não é parte no contrato de transporte, mas lhe assiste direitos contra o transportador.³ A carga a ser transportada pode ser constituída de mercadorias, inclusive semoventes, e bagagem, isto é, malas, sacos de viagem e tudo quanto contenha objetos de uso pessoal do passageiro, acompanhe-o ou não.

No transporte de coisas, a remuneração do transportador denomina-se frete.

As mercadorias expedidas são relacionadas em documentos denominados *conhecimentos*.⁴ A passagem titula-se num *bilhete* extraído pelo transportador, no transporte coletivo, salvo no urbano, e fornecido ao passageiro antes da viagem, ou no seu curso. Trata-se de título de legitimação.

Pode o transporte constituir objeto de *serviço público* diretamente prestado pelo Estado ou mediante concessão a particular. Nesse caso, o transportador é obrigado a prestar regularmente o serviço nas condições estabelecidas no respectivo regulamento. O serviço privado de transporte, hoje limitado ao carro de mercadorias em curto percurso, às mudanças e ao deslocamento de pessoas por meio de transporte individual, não é obrigatório. Pode o transportador negociá-lo conforme seu interesse, limitada sua liberdade de efetuar-lo, em princípio, na estipulação do preço.

Transporte cumulativo ocorre quando efetuado sucessivamente por vários transportadores. Interessa caracterizá-lo para a definição de responsabilidade. Variam as soluções. Entendem alguns que responsável é o primeiro transportador; outros, que a responsabilidade também é dos transportadores intermediários, pela perda, ou avaria, ocorrida no percurso que se obrigou a cobrir, e outros, finalmente, que deve responder o último transportador. Em qualquer hipótese haveria ação regressiva contra aquele que deu causa ao prejuízo. [A segunda solução foi adotada pelo Código Civil, que determina a responsabilidade solidária dos diversos transportadores perante a vítima, ressalvada a apuração da responsabilidade de cada um deles⁵].

240. Natureza. O contrato de transporte é *bilateral, simplesmente consensual e oneroso*. Nasce dele obrigações para as duas partes. À de prestar o serviço, contraída pelo transportador, corresponde a de pagar o frete ou a passagem, pela outra assumida. Tais obrigações, além de outras, são interdependentes, evidenciando perfeito sinalagma.

[De acordo com parte da doutrina, seria] o transporte *contrato real*, no entendimento de que sua conclusão se [condicionaria] à entrega, ao transportador, das mercadorias a transportar. O acordo de vontades originaria, assim, simples promessa de contratar. No transporte de pessoas não era possível, entretanto, subordinar a conclusão do contrato a tal condição, como óbvio, quebrando-se, pois, a unidade do negócio jurídico em sua própria natureza. Ademais, a categoria dos contratos reais é repelida na doutrina moderna por se chocar com o princípio do consensualismo, dominante no direito contratual. Entende-se atualmente que o contrato de transporte, tanto de pessoas como de coisas, é consensual, tornando-se perfeito e acabado quando as partes cruzam suas vontades. No transporte de coisas a carga da mercadoria considera-se ato de execução do contrato, presumindo-se que seja o elemento decisivo do expedidor.⁶ As obrigações do transportador não surgem antes do recebimento das mercadorias, mas isso não impede a formação anterior do contrato, até porque ele contrai a obrigação de recebê-las.⁷

A onerosidade do contrato de transporte é de sua essência. Constitui o serviço de transporte atividade econômica de fim lucrativo, não se podendo conceder sua prestação gratuita, embora excepcionalmente ocorra sem retribuição do condutor. Ainda assim, configura-se o contrato, mas a responsabilidade do transportador obedece à regra diversa, entendendo-se que, em caso de dano, a presunção de culpa é apenas *juris tantum*.

Do *transporte gratuito* distingue-se o de simples cortesia ou condescendência. Não é contrato. A responsabilidade do transportador será, portanto, extracontratual, devendo reparar o prejuízo causado somente em caso de dolo ou culpa grave por injusto que, fazendo um favor, respondesse na mesma medida do que transporta lucrativamente. [O transporte gratuito, feito por amizade ou cortesia, não está sujeito às regras do Código Civil, desde que seja desinteressado. O contrato gratuito interessado, como aquele em que o transportador auferir vantagens indiretas, subordina-se às normas do Código Civil⁸].

O transporte de mercadorias ou pessoas por empresas que se encarregam habitualmente de realizá-lo, como as companhias de navegação, marítima ou aérea, as estradas de ferro, as empresas rodoviárias, contrata-se mediante condições uniformes e tarifas invariáveis. Permite a uniformidade em contrato impresso, apresentando-se portanto como *contrato-tipo*. Possível não é, por outro lado, a negociação preliminar entre o transportador e o expedidor ou o passageiro, que determinaria variação das condições contratuais, dificultando, na prática, a prestação de serviço. Em consequência, estabelecem as empresas transportadoras as cláusulas do contrato, devendo ser aceitas ou rejeitadas em bloco pelos que pretendem o serviço.⁹ Trata-se, assim, de inequívoco *contrato de adesão*. Nos transportes individuais, porém, conserva o contrato, na formação, o estilo clássico.

241. Transporte de coisas. O transporte de mercadorias tem seu primeiro ato de execução na sua entrega ao transportador, seja nos armazéns do porto, na estação da ferrovia, no próprio veículo, ou em depósito mantido para

esse fim.

Desde esse momento, torna-se o transportador depositário das mercadorias recebidas¹⁰ emitindo *conhecimento* com a menção de sua natureza, qualidade, quantidade e peso.¹¹ Nesse documento, também registra o nome, endereço e outros dados de identificação do *destinatário*.

Permitido lhe é recusá-las nas seguintes hipóteses:

- 1 – se não vierem acompanhadas dos documentos exigidos em lei;
- [2 – se estiverem mal embaladas];
- 3 – se danificarem outras ou o próprio veículo em que devam ser conduzidas;
- 4 – se oferecerem risco à saúde das pessoas.¹²

Recebida a mercadoria, tem o condutor a obrigação de transportá-la ao lugar do destino segundo a rota habitual, se outro itinerário não houver sido convencionado.

Estipulada a cláusula de entrega a domicílio, o transportador deve levá-la ao lugar assinalado como endereço do destinatário. [Esta obrigação, assim como a de dar aviso do desembarque ao destinatário, depende de convenção expressa, devendo constar do conhecimento de transporte¹³].

Se por qualquer circunstância houver necessidade de alterar o itinerário, o transportador deve comunicar a ocorrência ao expedidor. Igual obrigação lhe incumbe quando por força maior ou defeito no veículo tiver o transporte de ser interrompido.

Em caso de interrupção, fica obrigado a tomar as providências necessárias à custódia e preservação da mercadoria.¹⁴ O prazo de entrega da mercadoria pode ser estipulado no contrato, mas, ordinariamente, não se fixa. Havendo determinação, responde pelo atraso, especialmente quando o recebimento da mercadoria pelo destinatário só lhe interessa até certo dia. Quando o contrato é omissivo, a responsabilidade do condutor somente se caracteriza se o expedidor prova que o retardamento foi culposo.

Incumbindo-se de transportar a mercadoria, cumpre ao condutor entregá-la ao destinatário, no lugar do destino, no estado em que a recebeu.¹⁵ Tem, porém, direito de retenção, se o frete não for pago.

O destinatário não pode recusar-se arbitrariamente a receber a mercadoria, a menos que esteja avariada ou não tenha a quantidade designada no *conhecimento*.

Faz-se a entrega ao próprio destinatário ou a pessoa a quem o conhecimento tenha sido endossado. Se dúvidas surgirem a respeito de quem deve recebê-la, o transportador deve depositá-la em juízo.¹⁶

Obriga-se o expedidor, em contraprestação do transporte, a pagar o *frete*. Nada impede, porém, que, de comum acordo, a obrigação seja transferida ao *destinatário*. Pode, desse modo, ser cumprida na saída, como na chegada da mercadoria. Se convencionado o pagamento contra entrega ao destinatário, pode o transportador recusá-la, retendo as coisas até ser embolsado.

O expedidor é obrigado ainda a pagar o seguro das mercadorias expedidas, podendo o pagamento efetuar-se, do mesmo modo, no ato de recebimento ou no de entrega. Nesta última hipótese far-se-á a título de reembolso ao transportador.

Tem o *destinatário* ação direta contra o *transportador*.¹⁷ Por direito próprio pode manifestar, contra ele, algumas pretensões, como as de reclamar a entrega da mercadoria, exigir a verificação de seu estado, e pedir a redução do preço, se cobrado acima da tarifa. Tentou-se explicar o fundamento do seu direito, não sendo ele parte no contrato de transporte, como se fora beneficiado em uma estipulação a favor de terceiro, mas a explicação não satisfaz porque ninguém pode estipular para si mesmo e para outrem, não se justificando, ademais, a obrigação do destinatário de pagar o frete. Seu direito de agir diretamente decorre do poder de disposição da mercadoria, que lhe é transferido pelo expedidor, como se reconhece até nos sistemas que não atribuem ao conhecimento a condição de título de propriedade das mercadorias que representa. Claro é que o direito de disposição do destinatário somente se efetiva no momento em que é avisado da chegada da mercadoria.

242. Responsabilidade do transportador. Desde o momento em que recebe a mercadoria até o da entrega, responde o transportador por sua perda, ou avaria, se não prova que foi devida a força maior ou a vício intrínseco.¹⁸ Procede-se à liquidação do dano, no caso de perda, pelo valor declarado no *conhecimento*. Se não estiver mencionada, pelo preço corrente da mercadoria. No caso de avaria o prejuízo deve ser apurado em função da diminuição do valor da coisa.

Perda decorrente de defeito de embalagem firma a responsabilidade do transportador, se aceitou a mercadoria sem reserva.

Com a perda, ou avaria, não se confunde a diminuição do peso ou da medida das coisas transportadas se, por sua natureza, se acham expostas a essas conseqüências.

Se o prejuízo decorre de força maior, o transportador é liberado. Não é necessário que o evento seja externo, como tempestade ou inundação. Todo acontecimento irresistível constitui escusa da responsabilidade, inclusive o fato do príncipe. Mas o incêndio do veículo por defeito dele próprio não se considera força maior.

Tem o destinatário, ou o expedidor, o direito de reclamar contra perda parcial ou avaria da coisa, em prazo [de 10 (dez) dias], contado do dia em que se fizer a [entrega¹⁹]. O prazo é de decadência. Dilata-se quando ocorre a destruição ou perda total da mercadoria.

Todas as cláusulas que afastem a responsabilidade do transportador são nulas. Realizando-se o transporte mediante contrato de adesão, quase sempre tendo o transportador monopólio virtual do serviço, o expedidor seria compelido a aceitar a cláusula de não indenizar, exposto, assim, a sempre suportar o prejuízo da perda ou avaria das coisas entregues para transporte.

Permitida é, entretanto, a cláusula de limitação da responsabilidade. Razão não há para proibir a inserção, no contrato, de cláusula penal que fixe o máximo da indenização e facilite a liquidação do dano. Nula será, todavia, se reduzir a importância tão insignificante que sua aceitação equivaleria à cláusula de não indenizar.

No transporte ferroviário, a culpa do transportador é presumida, somente se admitindo, contra a presunção, algumas provas.

243. Conhecimento. A prova do contrato de transporte de mercadorias é documental. Ao recebê-las, o transportador emite o *conhecimento*, no qual registra dados necessários à sua qualificação.²⁰ São enunciações obrigatórias:

- a) a data;
- b) a indicação da natureza, qualidade, quantidade, peso, conteúdo, marca e outros dados que sirvam à identificação da mercadoria;
- c) o nome do destinatário;
- d) o prazo do transporte;
- e) o montante do frete ou de outras despesas.

Em algumas legislações o conhecimento não representa a mercadoria transportada. Outras admitem o conhecimento à ordem, ou ao portador. Sendo emitido à ordem, é um título de crédito, a que se aplicam as regras peculiares.

O conhecimento é transferível por simples endosso. Representa, por conseguinte, as mercadorias que registra, equivalendo sua posse a destas.²¹

No conhecimento à ordem, seu possuidor deve apresentar-se para receber as mercadorias, restituindo ao transportador o título.

244. Transporte de pessoas. No transporte de pessoas, o contrato é mais simples, limitando-se, de regra, à especificação do preço da passagem, do lugar da partida e do ponto de chegada.

O bilhete da passagem contém, entretanto, outras cláusulas, geralmente impressas, quando se trata de certos transportes, como o marítimo e o aéreo.

Distingue-se o transporte individual, do coletivo. Naquele, o transporte é, quase sempre, objeto do contrato de prestação de serviços. Quem usa um táxi não está a estipular contrato de transporte propriamente dito, visto que o condutor fica sob sua direção quanto ao destino, itinerário e até à marcha do veículo, enquanto o transportador não executa o serviço sob o comando pessoal de quem está a transportar.

No transporte coletivo, variam as condições do contrato, conforme o meio de que se utiliza o passageiro. O transporte marítimo, o aéreo, o ferroviário e o rodoviário obedecem a regras distintas por força dos regulamentos a que se acham subordinadas. Esta especialização reflete-se nos respectivos contratos, certos, como é, que reproduzem preceitos regulamentares. Não obstante, apresentam, em traços gerais, a mesma fisionomia.

As empresas de transporte de pessoas oferecem ao público permanentemente seus serviços, não podendo recusar-se a contratá-los com qualquer pessoa que se apresenta, nas condições regulamentares, para comprar o

bilhete de passagem, pagando-o de acordo com a tarifa preestabelecida. [O transportador apenas pode recusar-se a transportar passageiro cujas condições de higiene e saúde o justifiquem, bem como nos casos previstos no respectivo regulamento²²].

A entrega do bilhete contra pagamento torna o contrato perfeito. No transporte por navio ou aeronave exige-se a identidade do passageiro. Nos demais, não se faz a exigência, podendo o bilhete ser livremente cedido já que sua posse dá direito ao transporte.

O passageiro é obrigado a apresentá-lo, tanto que lhe seja pedido, inclusive no curso da viagem. Quando o bilhete é nominativo, deve identificar-se.

O itinerário da viagem é estabelecido no regulamento da empresa, devendo constar da passagem. Sem prévio aviso não pode ser alterado.

Tem o passageiro, de regra, direito a lugar determinado, seja uma cabine, seja poltrona numerada, mas, em certos meios de transporte, o lugar é livre, marcando-se com sua ocupação.

A duração da viagem, prevista no regulamento, determina-se pelo *horário*. Deve o passageiro estar pronto para o embarque na hora fixada para a saída do veículo, nenhum direito lhe assistindo se o perde por ter chegado atrasado, [exceto o reembolso do valor da passagem, se provar que outra pessoa foi transportada em seu lugar²³]. Obriga-se o transportador a conduzir o passageiro no horário preestabelecido, mas se, por qualquer circunstância, não puder cumpri-lo rigorosamente, não tem o passageiro direito a exigir indenização, a menos que comprove o prejuízo, como no caso de transporte sucessivo, oriundo de culpa do transportador. [Tem o passageiro, contudo, direito à indenização por perdas e danos causados pela não-observância do horário e itinerário previstos, salvo motivo de força maior²⁴].

Ao viajante é lícito fazer conduzir, no mesmo veículo, sua bagagem, incluído o transporte no preço da passagem, desde que não exceda o número de volume e o peso determinados no regulamento.

[O passageiro pode resolver o contrato de transporte antes ou mesmo depois de iniciada a viagem. No primeiro caso, fará jus à restituição do valor da passagem, desde que tenha comunicado a desistência em tempo hábil para que o transportador a renegociasse.²⁵ No segundo caso, a restituição subordina-se à prova de que outra pessoa foi transportada em seu lugar.²⁶ Nas duas hipóteses, o transportador pode reter, a título de multa compensatória, 5% (cinco por cento) do valor a ser reembolsado²⁷].

245. Obrigação de segurança. Pela incolumidade do passageiro responde o condutor. Em caso de acidente, é obrigado a reparar o dano causado. Trata-se de responsabilidade contratual. O dever de indenizar resulta, portanto, de sua culpa, mas a dificuldade de prová-la tem levado as legislações a estabelecer a responsabilidade objetiva das companhias de transporte, e assim, independentemente da prova de culpa, impõe-se-lhes obrigação de indenizar, admitindo-se, entretanto, a limitação quantitativa de indenização para permitir o risco coberto pelo seguro, tornado obrigatório. [O transportador responde pelos danos causados ao passageiro ou à sua bagagem, admitindo-se como única excludente a força maior.²⁸ Esta responsabilidade, de índole contratual, não é excluída por culpa de terceiro, cabendo ao transportador, nesse caso, indenizar o passageiro e propor ação regressiva em face do terceiro.²⁹ A indenização, contudo, poderá ser equitativamente reduzida pelo juiz, na circunstância de a vítima ter concorrido para o dano ao transgredir normas ou instruções estipuladas pelo transportador³⁰].

A obrigação de conduzir o passageiro são e salvo a seu destino não pode ser afastada por estipulação que exonere o transportador de sua responsabilidade.³¹ Sua extensão é, entretanto, controvertida. Não existe no transporte clandestino, nem no de favor, mas é discutível no caso, por exemplo, de ter o passageiro mudado de classe, por conta própria, ou de não ter pago a passagem, predominando, no entanto, a opinião de que o transportador é responsável, nesses casos.

Começa a responsabilidade no momento da execução do contrato, como tal entendido, não aquele em que penetra no veículo, mas quando chega à estação de embarque e ingressa no recinto destinado aos viajantes. Cessa no momento em que, chegado ao destino, deixa o veículo ou o local reservado ao desembarque.

¹ [Art. 731 do Código Civil.]

² [Art. 730 do Código Civil.]

³ [V.g., a ação direta de que trata o art. 754 do Código Civil.]

- ⁴ [Arts. 744 e 894 do Código Civil.]
- ⁵ [Arts. 733 e 756 do Código Civil.]
- ⁶ Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, p. 925.
- ⁷ Ripert, *ob. cit.*, p. 495.
- ⁸ [Art. 736 do Código Civil.]
- ⁹ [Art. 738, *caput*, do Código Civil.]
- ¹⁰ [Art. 751 do Código Civil.]
- ¹¹ [Art. 744 do Código Civil.]
- ¹² [V. arts. 746 e 747 do Código Civil.]
- ¹³ [Art. 752 do Código Civil.]
- ¹⁴ [Art. 753 do Código Civil.]
- ¹⁵ [Art. 749 do Código Civil.]
- ¹⁶ [Arts. 754 e 755 do Código Civil.]
- ¹⁷ [Art. 754 do Código Civil.]
- ¹⁸ [Art. 750 do Código Civil.]
- ¹⁹ [Art. 754, *caput e parágrafo único*, do Código Civil.]
- ²⁰ [Art. 744 do Código Civil.]
- ²¹ [Art. 894 do Código Civil.]
- ²² [Art. 739 do Código Civil.]
- ²³ [Art. 740, § 2º, do Código Civil.]
- ²⁴ [Art. 737 do Código Civil.]
- ²⁵ [Art. 740 do Código Civil.]
- ²⁶ [Art. 740, § 1º, do Código Civil.]
- ²⁷ [Art. 740, § 3º, do Código Civil.]
- ²⁸ [Art. 734 do Código Civil.]
- ²⁹ [Art. 735 do Código Civil.]
- ³⁰ [Art. 738, parágrafo único, do Código Civil.]
- ³¹ [Art. 734, *caput*, parte final, do Código Civil.]

Capítulo 28

EMPRÉSTIMO

Sumário: 246. Generalidades. 247. Comodato. 248. Caracteres. 249. Objeto. 250. Conteúdo. 251. Riscos. 252. Extinção. 253. Mútuo. 254. Caracteres. 255. Objeto. 256. Conteúdo. 257. Riscos. 258. Extinção. 259. Usura. [Taxa de juros no mútuo oneroso]. 260. Títulos de crédito.

246. Generalidades. É o *empréstimo* o contrato em que uma das partes recebe, para uso ou utilização, uma coisa que, depois de certo tempo, deve restituir ou dar outra do mesmo gênero, quantidade e qualidade.

Há duas espécies de *empréstimo*:

- a) *comodato*;
- b) *mútuo*.

O *comodato* é *empréstimo de uso*. A coisa emprestada deve ser restituída na sua individualidade, razão por que não pode ser fungível, ou consumível.¹

O *mútuo* é *empréstimo de consumo*. A coisa emprestada, sendo fungível ou consumível, não pode ser devolvida, pelo que a restituição se faz por equivalente, *tantundem eiusdem generis et qualitatis*.²

Distinguem-se porque:

- a) no *mútuo*, a propriedade da coisa se transfere a quem a tomou emprestada, o que não se verifica no *comodato*;
- b) no *mútuo*, a coisa emprestada é *fungível* ou *consumível*; no *comodato*, *não-fungível* e *não-consumível*.

Chamam-se as partes, no *comodato*, *comodante* e *comodatário*; no *mútuo*, *mutuante* e *mutuário*. Quem *empresta* é *comandante* ou *mutuante*; quem *toma emprestado*, *mutuário* ou *comodatário*.

247. Comodato. Comodato é a cessão gratuita de uma coisa para seu uso com estipulação de que será devolvida em sua individualidade, após algum tempo.³ São requisitos do *comodato*:

- a) a *gratuidade*;
- b) a *não-fungibilidade* e *não-consumibilidade* da coisa;
- c) a *temporiedade*.

É da essência do contrato o *uso gratuito da coisa*. Do contrário, haverá *locação*, se a remuneração for em dinheiro, ou *contrato atípico*, se consistir em prestação de fatos.

Visto que deve ser restituída a mesma coisa emprestada, o *comodato* não pode recair em *coisas fungíveis* ou *consumíveis*. As *coisas fungíveis* podem ser substituídas por outras da mesma espécie, quantidade e qualidade, determinando-se pelo número, peso ou medida. A possibilidade de substituição impede que seu empréstimo se caracterize como *comodato*. Não só as coisas fungíveis repugnam a esse contrato, mas também as *consumíveis*. Desde que tais coisas, por definição, destruam-se imediatamente em sua substância pelo uso, não podem ser objeto de um contrato que gera a obrigação de restituí-las na mesma individualidade. O cumprimento dessa obrigação seria impossível desde a origem. Não basta dizer, pois, que o comodato é empréstimo de *coisas não-fungíveis*, pois se

deve incluir, na definição, as *coisas não-consumíveis*. Tanto uma como outras, no entanto, podem ser dadas em comodato, se as partes, intencionalmente, lhes atribuem o caráter de *infungibilidade*, ou de *inconsumibilidade*,⁴ como no caso do comodato *ad pompam*, como quando, por ocasião de uma festa, se exibem coisas que não devem ser usadas.

A *temporiedade* também é da substância do contrato. Só se configura com a condição de que a coisa emprestada seja devolvida. Seu uso há de ser temporário. Do contrário, seria *doação*. O prazo para a restituição pode ser *determinado* ou *indeterminado*.

248. Caracteres. O comodato é contrato unilateral, gratuito, real e *intuitu personae*.

Unilateral porque origina obrigações apenas para o *comodatário*. A entrega da coisa pelo comodante não resulta de obrigação do contrato, pois é condição para a sua formação.

O comodato não seria contrato rigorosamente unilateral, porque também o *comodante* tem obrigações, como a de permitir ao comodatário o uso da coisa nas condições estipuladas e a de ressarcir o dano negativo quando oculta dolosamente o vício ou defeito da coisa emprestada, causando prejuízo ao comodatário.⁵ Converte-se em *contrato bilateral imperfeito* se as circunstâncias obrigarem o comodatário a agir como gestor de negócios, não sendo geneticamente bilateral.

O comodato é contrato essencialmente *gratuito*. Pela cessão do uso da coisa, não pode o comodante receber qualquer retribuição. Se a estipular, terá desfigurado o contrato, convertendo-o em locação.

O comodato é contrato *real*. Só se perfaz com a entrega da coisa.⁶ 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 o *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 em 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.

O comodato é direito pessoal. Não se confunde, portanto, com o direito real de uso.

249. Objeto. O comodato pode ter como objeto tanto um *bem móvel* como um *imóvel*, seja este no todo ou em parte.

Quanto às *coisas móveis*, não podem ser fungíveis ou consumíveis.

Não requer que a coisa pertença ao comodante porque, sendo simplesmente empréstimo de uso, não há transferência de domínio. Não precisa o comodante ser proprietário do bem que empresta. Basta ter sua posse direta. Assim, o locatário de um prédio pode emprestá-lo pela conservação do imóvel e solução do aluguel. Em suma, o *possuidor* pode dar a coisa em comodato.

250. Conteúdo. O *comodatário* é obrigado:

- a) a guardar e conservar a coisa emprestada como se sua fora;
- b) a limitar seu uso ao estipulado no contrato;
- c) a usá-la de acordo com a sua natureza;
- d) a restituí-la *ad nutum*, se não houver prazo estipulado.

Seu direito básico é o de usá-la, mas limitadamente. De regra, traçam-se os limites no contrato. Quando não os estabelece, serão dados pela natureza da coisa. Se abusa, ultrapassando os limites convencionados, ou usuais, responde por *perdas e danos*.⁷ Não se permite ao comodatário *fruir* a coisa emprestada, salvo convenção expressa. Está proibido, igualmente, de ceder o uso mediante subcomodato.

Se fizer despesas com o uso e gozo da coisa emprestada não poderá reco-brá-las do comodante.⁸ Mas se forem extraordinárias faz jus ao reembolso.⁹ Tem *direito de retenção* pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.¹⁰

O *comodato* pode converter-se em *locação*, se o comodatário incorre em *mora* no cumprimento da *obrigação de restituir*. Não responde apenas pelas perdas oriundas do estrago na devolução. Deve pagar aluguéis ao comodante, transformando-se em locatário. Na falta de ajuste, o aluguel [é arbitrado pelo comodante.¹¹ É aplicável nesse caso, por analogia, o art. 575, parágrafo único, podendo o juiz reduzi-lo, quando manifestamente excessivo]. Se tiver por objetivo coisas deterioráveis, a restituição deve ser feita no estado em que se encontrem após o uso normal.

Porque contrato *unilateral*, o comodato não origina obrigações para o *comodante*, mas eventualmente podem nascer:

- a) a de indenizar o comodatário das despesas extraordinárias que fizer para a conservação da coisa;
- b) a indenizá-lo dos prejuízos provenientes do vício ou defeito da coisa.

Os *direitos* do *comodante* correspondem às obrigações do comodatário.

251. Riscos. Aplica-se ao comodato a regra *res perit creditori*, que rege os *contratos unilaterais*. A coisa perece para o *comodante*. Destruída que seja em razão de caso fortuito não é o comodatário obrigado a lhe pagar qualquer indenização.

Sofre a regra importante exceção. Se o objeto do comodato correr risco juntamente com outros do comodatário e ele salvar seus bens antes que o do comodante, responderá pelo dano ocorrido. Suportará, portanto, o risco.¹² Justifica-se atribuição da responsabilidade ao comodatário nessa situação especial, em razão do seu dever especial de zelar pela conservação da coisa, por ser ele quem tira vantagem do contrato. No Direito italiano, também responde pelo perecimento da coisa se esta for estimada no contrato.

252. Extinção. O comodato pode ser estipulado por *prazo determinado* ou *indeterminado*.

A determinação do prazo decorre da *estipulação* do termo final ou resulta das circunstâncias. Desse modo, a duração do contrato se estabelece *expressa* ou *tacitamente*. Quando *expressa*, a obrigação de restituir deve ser cumprida no *dies ad quem*.

Se há *prazo convencional*, o comodante não pode, antes de findo, interromper o uso e gozo da coisa. Não lhe assiste, com efeito, o direito de resilir o contrato *ante tempus*, mas *excepcionalmente* pode exercê-lo antes de expirado o prazo, se tiver necessidade imprevista e urgente da coisa emprestada, necessidade que deve ser reconhecida pelo juiz em sentença.¹³ O direito de interrupção pode ser exercido também quando a duração do contrato se determina *tacitamente*.

O prazo presumido é o necessário para o uso concedido.¹⁴ O comodato extingue-se, nesse caso, ao se esgotar, tornando-se indispensável, se não há restituição espontânea, a interpelação do comodatário.

Nada impede que a coisa seja emprestada por tempo indeterminado. Haverá, então, *comodato precário*, para a dissolução do qual é necessária a declaração de vontade de uma das partes, nem sempre tendo imediata eficácia a do comodante.

No comodato com prazo convencional, pode o comodatário, a todo tempo, resilir o contrato, por isso que, contraído no seu interesse, não está obrigado a conservar coisa de cujo uso se desinteressou.

Pode o comodato ser rescindido pelo comodante antes de expirado o prazo, se o comodatário usa a coisa por modo diverso ou contrário ao estipulado, como, v.g., se, violando proibição contratual, cede a outrem seu uso.

A morte do comodatário não é causa extintiva, salvo se estipulado que o uso da coisa será estritamente pessoal.

253. Mútuo. O *mútuo* é o contrato pelo qual uma das partes empresta a outra coisa fungível, tendo a outra a obrigação de restituir igual quantidade de bens do mesmo gênero e qualidade.¹⁵ A característica fundamental do *mútuo* é a transferência da propriedade da coisa emprestada, que sucede necessariamente devido à impossibilidade de ser restituída na sua individualidade.¹⁶ Daí se dizer que é *contrato translativo*. A propriedade da coisa se transmite com a tradição.

São requisitos do mútuo:

- a) a *gratuidade* [ou onerosidade, no mútuo com fim econômico¹⁷];
- b) a *fungibilidade da coisa*;
- c) a *temporiedade*.

Ao contrário do *comodato*, a *gratuidade* não é da essência do *mútuo*, mas, sim, de sua natureza.¹⁸ Em Direito Civil, só não é gratuito se for expressamente estipulado o contrário. Tal estipulação se permite por isso, [destinando-se a fins econômicos, o mútuo é oneroso, mesmo que não haja estipulação expressa nesse sentido¹⁹]. Toma então o nome de *mútuo feneratício* ou *frutífero*, sendo normalmente a título oneroso o mútuo de dinheiro.

Recai em coisas *fungíveis*. Seu objeto mais comum é o *dinheiro*. Pode incidir, igualmente, em *coisas consumíveis*, e em coisas que devem ser restituídas por seu *valor*.

Se bem que o mútuo se caracterize pela transferência da propriedade da coisa mutuada, só se configura com a estipulação de que, em certo prazo, será devolvida coisa equivalente. Do contrário, seria *doação*, se gratuito, ou *venda*, se oneroso. A *temporiedade* é, assim, de sua *essência*. Há de ser constituído por tempo determinado ou indeterminado, sempre, porém, com a obrigação de restituir.

O *mútuo* transfere ao *mutuário* o domínio da coisa emprestada. Como deve ser restituída em igual quantidade e qualidade, o mutuário há de ter capacidade de obrigar-se. Se feito a *menor*, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver, não pode ser reavido.²⁰ A regra vem do *Direito romano*, no qual se consubstanciara no *senatus-consulto macedoniano*. Comporta, todavia, exceções. Vale, com efeito, se o menor for obrigado a contrair o empréstimo para seus alimentos; se, para obtê-lo, se fizer passar por maior, [agindo maliciosamente; se for posteriormente ratificado por aquele que necessitava autorizar o ato; se o menor tiver bens ganhos com o seu trabalho; ou se o empréstimo reverter em seu benefício²¹].

254. Caracteres. 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.²²

O contrato é, de natureza, gratuito, mas permitido é fixar, por cláusula expressa, juros. Passa a ser, então, contrato oneroso.²³

A estipulação de juros não altera a *unilateralidade* do contrato, pois quem se obriga a pagá-los é a mesma parte que nele figura na qualidade de devedor. O mútuo é o único contrato unilateral oneroso, quando feneratício.

Só se torna perfeito e acabado com a entrega da coisa, isto é, no momento em que o mutuário adquire sua propriedade. É, portanto, contrato *real*. No entanto, tal como se verifica em relação ao *comodato*, algumas legislações o têm como *contrato consensual*. Entre nós, como para a maioria dos códigos, a obrigação de entregar pode ser objeto de *pré-contrato*, denominado *promessa de mútuo*, que pode ser unilateral ou bilateral. O contrato, propriamente dito, só se perfaz com a *tradição* da coisa.

255. Objeto. O mútuo é *empréstimo de consumo*. No *comodato*, a coisa é cedida para *uso*; no *mútuo*, para *consumo*, material ou jurídico. Essa destinação decorre da qualidade das coisas que podem ser mutuadas.

O contrato tem por objeto, comumente, *dinheiro*, coisa fungível por excelência. Mercadorias e títulos constituem, também, embora menos freqüentemente, objeto de *mútuo*. Quanto a estes, tanto faz que se leve em conta a quantia que representam ou igual número de valores da mesma classe.²⁴

Pode-se entregar mercadoria de determinado *valor* para que o mutuário devolva dinheiro. Outrossim, ao mutuante que empresta mercadorias é lícito autorizar sua venda para que o mutuário fique com o preço, o qual passa a ser objeto do *mútuo*. É o negócio jurídico chamado *contractus mohatrae*.²⁵

Visto que o contrato recai em *bens fungíveis*, não há mútuo de *imóveis*.

O *mutuante* deve ser proprietário da coisa mutuada, por ser condição essencial do mútuo a transmissão da coisa do seu patrimônio para o do mutuário. Necessário, ainda, que possa aliená-la. Se não tem o *poder de disposição*, não lhe é permitido emprestá-la.

Notável incremento teve o mútuo com a incorporação do crédito a um título que consubstancia direito autônomo.

256. Conteúdo. O mútuo gera obrigações apenas para o mutuário. O mutuante tem, contra ele, direito de crédito consistente na faculdade de exigir lhe restitua coisa equivalente, e, em se tratando de mútuo feneratício, a de cobrar os juros estipulados.

A obrigação fundamental do mutuário é a de *restituição* de coisa da mesma espécie e qualidade, ou a mesma quantidade quando no empréstimo *non corpora cogitavit, sed quantitatem*.

No *mútuo feneratício*, o mutuário é obrigado a pagar juros. Se deixa de fazê-lo pode o mutuante demandar a resolução do contrato, o que constitui singularidade, pois a resolução por inexecução é própria dos contratos bilaterais ou sinalagmáticos.

Permite-se estipulação de pagamento parcelado da quantia a ser restituída. Diz-se, então, que a dívida é *amortizável*. Se o mutuário se obrigou a fazer *amortizações*, a obrigação de restituir deve cumprir-se em frações, desdobrando-se em várias prestações, sem perder a unidade.

Uma obrigação intercorrente pode nascer se, antes do vencimento, sofrer o mutuário notória mudança no seu patrimônio. Ao mutuante é lícito, nesse caso, exigir *garantia da restituição*.²⁶

257. Riscos. A coisa perece para seu dono. Desde que, no mútuo, o domínio da coisa se transfere ao mutuário com a tradição e esta é requisito essencial à perfeição do contrato, por sua conta correm os *riscos*.²⁷ Não se aplica, por conseguinte, a regra *res perit creditori*, mas, sim, *res perit debitori*.

Tendo o mútuo por objeto *coisas fungíveis*, a questão dos riscos rarefaz-se, pois o gênero não perece.

258. Extinção. Contrato temporário, o *mútuo tem duração determinada*. O prazo para a restituição pode ser fixado convencionalmente. Não havendo estipulação, varia conforme a qualidade da coisa emprestada. Se o mútuo for de dinheiro, presume a lei o prazo de trinta dias.²⁸ Se de produtos agrícolas, entende-se feito até a próxima colheita.²⁹ Se de outra fungível, admite-se feito pelo espaço de tempo que declarar o mutuante.³⁰ A todo tempo poderá o mutuário ser intimado a cumprir a obrigação de restituição, cabendo, porém, ao credor, fixar-lhe prazo razoável. Esta solução é inconveniente. Melhor seria ter deixado ao arbítrio do juiz a fixação do prazo. O devedor, no entanto, não sofre qualquer limitação ao seu direito de restituir em qualquer momento, cumprindo a obrigação quando repute conveniente. Restrição que se fizesse a esse direito seria contrária aos bons costumes, mas, evidentemente, nenhuma vantagem pode pretender com o pagamento antecipado.

Admite-se que se estipule cláusula em virtude da qual o mutuante se compromete a não exigir a restituição durante certo tempo. Quando se permite ao mutuário a amortização da dívida, a impontualidade no pagamento das prestações pode ser causa de resolução do contrato, se for prevista ou resultar das circunstâncias, mas não se presume.

O mútuo feneratício pode ser resolvido pelo mutuante se o mutuário interrompe o pagamento dos *juros*. A resolução por inadimplemento dessa obrigação adquire relevância no mútuo *hipotecário*.

259. Usura. [Taxa de juros no mútuo oneroso]. A usura, sob todas as suas formas, está proibida. É o *mútuo* um dos contratos mais propícios a essa prática, hoje punível. Até certo tempo vigorou o princípio da liberdade de estipulação de juros. Os abusos cometidos inspiraram a política legislativa de repressão à *usura*, através de medidas, dentre as quais se salientam a *limitação da taxa* dos juros convencionais e a proibição do *anatocismo* ou capitalização de juros.

Continua lícita a estipulação de juros no contrato de mútuo, mas, entre nós, a taxa dos *juros convencionais* não pode ser superior ao dobro da taxa dos *juros legais*. Nula será qualquer convenção em contrário, mas a nulidade fulmina apenas a cláusula, que é substituída pela disposição legal. O contrato permanece válido, com essa modificação. O excesso cobrado deverá ser restituído. [A taxa a que se refere o art. 406 do Código Civil.³¹ O art. 406 menciona a “taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”. Muito embora o texto do dispositivo seja bastante claro, duas correntes se contrapõem quanto à taxa a ser utilizada. Para parte da doutrina, tendo em vista que a taxa mencionada pelo art. 406 é a SELIC (Sistema Especial de Liquidação e Custódia), divulgada mensalmente pela Receita Federal, ela é que deverá ser aplicada. Outros autores impugnam a utilização da SELIC por diversos argumentos, propugnado pela utilização da taxa de 1% (um por cento) ao mês, prevista no art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional. Nesse sentido, o Enunciado 20 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “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.”]

[Em regra,] não é permitida a *capitalização* de juros. Estes não podem ser somados ao capital para o efeito de produzir juros. Em suma, não é permitido contar juros de juros, exceto no contrato de *conta corrente*. Proíbe-se, numa palavra, o *anatocismo*.

Os *juros moratórios* não se confundem com os *juros compensativos ou retributivos*. Destinam-se a indenizar os danos causados ao credor pela *mora* do *devedor*. Constituem os juros compensativos a retribuição do capital

mutuado. Embora a lei estabeleça a taxa dos *juros moratórios*, não constitui *usura* a cobrança em taxa superior, até o limite máximo dos *juros convencionais*, se expressamente estipulada no contrato. O preceito legal vigora supletivamente, do mesmo modo que em relação ao *juros retributivos*. Se estes não forem convencionados, presume a lei que a taxa admitida pelas partes foi igual à estabelecida para os *juros moratórios*.³²

260. Títulos de crédito. Empréstimos se realizam pela incorporação da dívida a um título formal, em que se consubstancia o direito literal e autônomo do credor, como a letra de câmbio e a nota promissória.

Os *títulos de crédito* desempenham, na economia moderna, importante função, por serem meios práticos e prontos de realização do direito do credor, além de serem facilmente alienáveis. Documentam o crédito e provam integralmente a existência do direito que nele se incorpora. A *cambial* é considerada um bem em si.³³

As principais características do *título de crédito* são:

- a) a *incorporação*;
- b) a *literalidade*;
- c) a *autonomia*.

A *incorporação* é a consubstanciação do direito de crédito no documento que a representa, necessária à sua validade e para sua circulação.

A *literalidade*, consequência da incorporação, significa que o crédito é o que se acha mencionado no título, tal como consta. A *autonomia* quer dizer independência das obrigações, valendo cada qual, valha ou não a outra, nenhuma sendo acessória e não podendo o devedor opor exceções pessoais aos sucessivos credores.

A *obrigação cartular*, isto é, a dívida incorporada de título, pode ser ligada a uma relação básica que permanece como a sua *causa*, ou ter existência separada. Dividem-se, em consequência, os *títulos de crédito* em *títulos causais* e *títulos abstratos*. A estes aplicam-se as regras do *mútuo*, por analogia, seja qual for a causa – neles abstraída – da emissão, pouco importando que seja empréstimo, pagamento de preço, execução da obrigação de ressarcir e assim por diante.^{34 e 35}

¹ [Art. 579 do Código Civil.]

² [Art. 586 do Código Civil.]

³ [Art. 579 do Código Civil.]

⁴ O próprio dinheiro – bem fungível por excelência – pode ser dado em comodato, se for estipulado que deverão ser restituídas as mesmas cédulas, emprestadas, por exemplo, para uma exposição. Do mesmo modo, uma cesta de frutas.

⁵ Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, t. II, vol. 2º, p. 211.

⁶ [Art. 579, parte final, do Código Civil.]

⁷ [Art. 582, 1ª parte, do Código Civil.]

⁸ [Art. 584 do Código Civil.]

⁹ Eduardo Espínola, *Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro*, p. 246.

¹⁰ Guillaouard, *Traité du Prêt*, p. 72.

¹¹ [Art. 582, 2ª parte, do Código Civil.]

¹² [Art. 583 do Código Civil.]

¹³ [Art. 581, 2ª parte, do Código Civil.]

¹⁴ [Art. 581, 1ª parte, do Código Civil.]

¹⁵ [Art. 586 do Código Civil.]

¹⁶ [Art. 587, 1ª parte, do Código Civil.]

¹⁷ [Art. 591 do Código Civil.]

¹⁸ Eduardo Espínola, *ob. cit.*, p. 247.

¹⁹ [Art. 591 do Código Civil.]

²⁰ [Art. 588 do Código Civil.]

²¹ [Art. 589 do Código Civil.]

²² Sob o aspecto econômico, o *mútuo feneratício* é contrato de prestações correlatas porque o mutuante consente o gozo de coisa emprestada e em compensação tem direito aos juros pagos pelo mutuário. Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, p.

²³ [Art. 591 do Código Civil.]

²⁴ Cons. Enneccerus, Kipp e Wolff, ob. cit., p. 218.

²⁵ Enneccerus, Kipp e Wolff, ob. cit., p. 219.

²⁶ [Art. 590 do Código Civil.]

²⁷ [Art. 587, 2ª parte, do Código Civil.]

²⁸ [Art. 592, inciso II, do Código Civil.]

²⁹ [Art. 592, inciso I, do Código Civil.]

³⁰ [Art. 592, inciso III, do Código Civil.]

³¹ [Cf. art. 591 do Código Civil.]

³² *Vide*, do autor, *Obrigações*, 18ª ed. revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 por Edvaldo Brito, Rio de Janeiro, Forense, 2016, Cap. 28.

³³ Trabucchi, ob. cit., p. 677.

³⁴ Trabucchi, ob. cit., p. 682. Na literatura nacional, Saraiva, *A Cambial*; Magarino Torres, *Nota Promissória*. Na literatura estrangeira, Ascarelli, *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*; Asquini, *Titoli di Credito*; Vassalli, *I Titoli di Credito*; Ferri, *I Titoli di Credito*.

³⁵ *Vide*, do autor, *Obrigações*, 17ª ed. revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 por Edvaldo Brito, Rio de Janeiro, Forense, 2007, Cap. 28.

Capítulo 29

CONTRATOS BANCÁRIOS

Sumário: 261. Contratos bancários. 262. Depósito bancário. 263. Abertura de crédito. 264. Desconto. 265. Contrato de conta corrente. 266. Crédito confirmado. 267. Outros contratos. Financiamento. Aceite bancário. 268. Contratos de custódia ou guarda de valores.

261. Contratos bancários. Com a expressão *contratos bancários* designam-se os negócios jurídicos que têm como uma das partes uma empresa autorizada a exercer atividades próprias dos bancos.

Se estipulados sem a participação de um banco, eles entram nos seus esquemas típicos, salvo um ou outro que, pela substância econômica, somente se configura como operação bancária específica. Os esquemas contratuais comuns, quando inseridos na atividade própria dos bancos, sofrem modificações sob o aspecto técnico, que determinam alterações em sua disciplina.¹ Daí a necessidade de os regular especialmente, agrupando-os sob a rubrica de *contratos bancários*. Sua disciplina passa, assim, a ser *direito especial, ratione subjecti*,² embora as regras a que se subordina não lhe alterem a causa.

Os negócios realizados pelos bancos, no exercício de sua atividade mercantil, chamam-se *operações bancárias*, se a função é creditícia. Concluem-se mediante contratos típicos, como o mútuo, o depósito, a locação, o penhor, com série indeterminada de pessoas, mas as necessidades de crédito determinaram a formação de espécies contratuais *inteiramente novas*, como, por exemplo, a *abertura de crédito*.

Nem todos os contratos bancários são *operações de crédito*.

Distinguem-se as *operações bancárias* em *principais* e *accessórias*. Melhor, porém, qualificar as primeiras como *operações típicas*, para evitar-se ambigüidade. As operações accessórias não dependem das outras, existem sobre si mesmas, assim se denominando, não obstante, porque não constituem a principal atividade dos bancos sob o ponto de vista da função econômica que exercem.

São *operações típicas* as que se realizam para o cumprimento da função creditícia dos bancos. Dividem-se em *operações passivas* e *ativas*. Nas primeiras, o banco assume a posição de *devedor*; nas segundas, de *credor*. Se recolhe capital, tornando-se devedor dos clientes, realiza operação passiva; se aplica suas disponibilidades, concedendo crédito, pratica operação ativa.

As principais *operações passivas* são o *depósito* e o *redesconto*; as *ativas*, a *abertura de crédito*, o *desconto*, a *conta corrente*, o *financiamento* e o *mútuo pignoratício*.

Operações accessórias dizem-se as que o banco realiza para a prestação de serviços que pode executar com maior segurança do que o particular, facilitando, ademais, a clientela. As principais são a *custódia de valores* e o *aluguel de cofres*.

Pertencem as *operações bancárias* à categoria das que somente se tornam praticáveis se realizadas em massa e coordenadas a determinado fim econômico, como as de seguro. Não de realizar-se com número indeterminado de clientes, influenciando esse aspecto técnico na sua ordenação jurídica.

Torna-se necessária, primeiramente, para que se possam realizar regularmente, a organização de empresas especializadas, destinadas unicamente a esse fim. Assim como em relação aos seguros, possível não é sua prática individual por pessoa física ou esporadicamente por pessoa jurídica. Nada impede, de certo, que realizem contratos compreendidos na atividade própria dos bancos, mas não serão *operações bancárias*. Para assim se qualificarem, importa figure no contrato, como uma de suas partes, um banco.

Nem todas as pessoas jurídicas estão autorizadas a exercer o comércio bancário. Nenhum banco pode funcionar, entre nós, sem carta-patente obtida da competente autoridade, permanecendo seu funcionamento subordinado à fiscalização e controle de órgãos próprios do Poder Público. Justificam-se tais limitações pela função que os bancos desempenham e em vista da necessidade, de ordem técnica, de preencherem certas condições para que possam lograr sua finalidade. Deve a empresa revestir, ademais, a forma jurídica da sociedade anônima.

Por outro lado, cumprindo-lhes exercer a atividade profissionalmente, orga-nizam-se os bancos de sorte que suas relações jurídicas possam travar-se de modo uniforme e simples com a série indeterminada dos clientes. Daí, dupla necessidade: a da estandardização dos esquemas e condições dos contratos, mediante fórmulas uniformes, geralmente impressas; e a da simplificação das relações jurídicas, através da adoção de documentos e títulos de crédito por efeito dos quais substitui o controle de uma situação jurídica material pelo de situação jurídica meramente formal.³ Assim, por meio de contratos-tipo e da materialização de títulos, alcançam os objetivos que lhe impõe a necessidade de realizar operações em massa.

262. Depósito bancário. Quando um banco recebe certa soma em dinheiro, obri-gando-se a restituí-la em determinado prazo, ou *ad nutum* de quem a entrega, realiza o contrato de *depósito bancário*.

Adquire, nesse caso, pleno gozo da quantia depositada. Não a recebe para guardá-la. Aceitando-a, não está a prestar serviço ao depositante, como ocorre no depósito regular. Depositando, o cliente empresta ao banco, em última análise, a soma depositada. O depósito bancário não se confunde com a *custódia*, que é depósito regular. Nesta, o depositante não perde a propriedade da coisa depositada. Naquela, torna-se simples credor do banco.

O depósito é a mais comum e constante operação passiva do banco. Constitui inequívoco negócio de crédito, pois o cliente lhe transfere certa soma de dinheiro, para receber, mais adiante, o *tantundem*. Em suma, empresta as quantias que deposita. Distingue-se esse empréstimo, todavia, do mútuo ordinário, pois de regra pode ser aumentado, diminuído ou desfeito pelo mutuante. Realiza-se mediante *abertura de conta*, que o depositante passa a movimentar, alterando *ad libitum* o saldo, através de retiradas ou novos depósitos. Procedese à escrituração dessas entradas e retiradas pelo sistema de conta corrente.

Variam as contas de depósito. Os que se fazem *à vista* são objeto de conta corrente de movimento, denominada, na técnica bancária, *conta corrente sem limite*. Admite-se o depósito a prazo fixo, em conta especial que não pode ser movimentada. Outros tipos de contas não passam de modalidades particulares dessas duas espécies, como a conta simples e a de aviso prévio.

O depósito bancário documenta-se com a ficha do banco e a *caderneta* que entrega ao depositante, na qual se fazem também os lançamentos, hoje em desuso. Tais anotações constituem a prova específica das relações entre o banco e o cliente, prevalecendo, em caso de divergência, sobre a ficha interna ou o extrato. Prova-se ainda com o recibo de depósito, mais usado hoje.

O contrato de depósito bancário há de ter como depositário um estabelecimento de crédito autorizado a recebê-lo: banco, casa bancária ou cooperativa de crédito. A organização e funcionamento dessas empresas sujeitam-se a regras constantes de leis especiais.⁴

O depositante pode ser pessoa física ou jurídica. Não se requer capacidade especial. Até certo tempo exigiu-se, para o depósito efetuado por mulher casada, autorização do marido, hoje dispensada. A conta de pessoa absolutamente incapaz deve ser aberta e movimentada por seu representante legal. O relativamente incapaz pode, entretanto, abri-la e movimentá-la, se devidamente autorizado, não sendo necessária a assinatura, no cheque, da pessoa legitimada a dar a autorização.

Permite-se abertura de *conta conjunta* na qual figurem como depositantes duas ou mais pessoas. O *depósito conjunto* pode ser levantado, total ou parcialmente, por qualquer dos depositantes, independentemente, se prevista a solidariedade. Nada obsta, entretanto, se convencie a movimentação conjunta da conta. Neste caso, o cheque deve ser assinado por todos os titulares da conta, não podendo ser pago se contém apenas a assinatura de um deles. Na conta conjunta para movimentação por qualquer dos depositantes, muito comum entre marido e mulher, verifica-se *solidariedade ativa*. Válida é, por conseguinte, a restituição, total ou parcial, a qualquer dos credores, ainda quando um deles haja falecido. A rigor, a conta conjunta requer, na retirada, a manifestação da vontade de todos os depositantes. Na prática, porém, costuma-se designar por essa expressão a *conta solidária*.

Por meio do *cheque* movimenta o depositante sua conta. Preenchendo-o, emite, contra o banco, ordem de pagamento à vista. A quantia por esse modo retirada é debitada em sua conta, que constitui documento de grande

importância nas relações entre o depositante e o banco porque prova a retirada. Vale qualquer que seja o tempo de sua apresentação.

Pouco importa que a conta seja movimentada através das diversas modalidades em uso do cheque: nominal, ao portador, visado, ou cruzado. Interessa apenas que seja documento hábil ao levantamento da quantia nele indicada.

Se o depósito bancário vence juros, constitui uma das obrigações do banco pagá-los, no tempo devido. A liberdade de estipulação é limitada. Não pode o banco obrigar-se a pagá-los acima dos limites máximos estabelecidos em normas baixadas pelas autoridades competentes. Taxas menores podem, entretanto, ser convencionadas.

Os juros capitalizam-se quando o depositante não os retira da conta.

O depósito à vista pode ser levantado a todo tempo. Direito assiste, assim, ao depositante, de exigir que o banco lhe restitua a quantia depositada, o saldo da conta, em qualquer momento, salvo, evidentemente, se estiver bloqueado para determinado fim, ou penhorado.

O *depósito bancário* é contrato de natureza controvertida.

Para alguns, não passa de forma *irregular* do depósito comum; para outros, tem a configuração do *mútuo feneratício*; predomina, entretanto, a opinião de que constitui *contrato típico, misto*, formado pela conjunção de prestações características de outros contratos.

O cliente do banco tem fundamental interesse na guarda, por estabelecimento de sua confiança, do capital depositado, para o ter à sua disposição. Esse interesse influi na causa do contrato que assim não coincide com a do mútuo, embora, do ponto de vista do banco, o interesse de obter recurso para a realização de operações ativas empreste ao contrato função análoga ao *utendum dare* daquele.⁵

Será um misto de depósito e mútuo, mas, com tais *particularidades*, que se torna impraticável aplicar-se-lhe as disposições concernentes aos dois contratos. Rege-se, realmente, por normas próprias.

263. Abertura de crédito. A *abertura de crédito* é o contrato por via do qual se obriga um banco a colocar à disposição do cliente determinada soma para ser utilizada, mediante saque único ou repetido.

Pode a prestação do banco consistir também em aceite, fiança ou aval. No primeiro caso, o crédito se diz de aceitação ou de firma, sendo autorizadas a concedê-las as instituições financeiras que operam no mercado de capitais.

O crédito permanece aberto durante certo prazo, nada impedindo, entretanto, que seja este indeterminado. Sua utilização dá-se de uma só vez ou parceladamente. Finalmente, a disponibilidade ocorre em favor do próprio cliente ou de terceiro por ele indicado, podendo o crédito, nesta última hipótese, ser confirmado pelo banco se a soma creditada comportar saque mediante a apresentação dos documentos comprovantes de operação comercial realizada entre o cliente e o terceiro.

O que mais distingue esse contrato de outras operações ativas dos bancos é a obrigação que estes assumem. Não transferem eles a quantia que emprestam, mas simplesmente põem-na à disposição do cliente, ou de terceiro. A soma posta à disposição permanece na caixa do banco até ser utilizada. Por esse motivo, viram alguns comercialistas, no contrato de abertura de crédito, operação complexa, resultante da combinação de dois contratos distintos, o mútuo e o depósito. Como o cliente não retira imediatamente a soma creditada, mantém-na, no banco, a título de depósito, utilizando-a como lhe convém. A decomposição do contrato nessas duas operações facilita a explicação do seu mecanismo, mas quebra sua unidade resultante da causa e dá relevância jurídica à operação de depósito que representa apenas um dos modos de execução *prática do contrato*.

Fundamental, para caracterizá-lo, como prestação típica, é o fato de o banco pôr à disposição do cliente certa importância, abrindo-lhe crédito limitado. O creditado adquire, contra o banco, a pretensão de pagamento da soma posta à sua disposição. Torna-se, numa palavra, titular de um direito de crédito, que exercerá conforme o estipulado, como se tivesse a quantia emprestada por título próprio.

Consiste seu direito em utilizá-la. Para outro fim não fica à sua disposição. Cessa, portanto, uma vez exercido pelo todo. Mas, como se permite a utilização parcelada, a disponibilidade reduz-se à proporção que o crédito é utilizado. Possível, entretanto, que as retiradas se compensem com entradas para que a disponibilidade não fique reduzida a limite inconveniente no interesse do creditado, intercorrendo, em sentido inverso, as relações de crédito e débito.

A utilização verifica-se mediante saques na conta, que criam, para o creditado, novas obrigações, como a de pagamento de juros sobre o saldo devedor e a de restituição das quantias utilizadas.

A *abertura de crédito* pode ser *simples* ou em *conta corrente*. Na abertura simples, tem o creditado direito a utilizar o crédito sem possibilidade de reduzir parcialmente, com entradas, o montante da dívida. A disponibilidade vai se reduzindo à medida da utilização, se não saca de uma só vez a soma posta à sua disposição. Não é portanto a utilização pelo todo que caracteriza a abertura de crédito simples. Na abertura de crédito conjugado a conta corrente, o creditado tem o direito de efetuar reembolso, utilizando novamente o crédito reintegrado. Se um banco abre um crédito de cem mil reais, conjugando-o a conta corrente, e o creditado utiliza a metade dessa soma, mas, alguns dias depois, efetua depósito no valor da importância sacada, a disponibilidade volta a ser a que fora originariamente assegurada. À abertura de crédito em conta corrente aplicam-se também regras que disciplinam esta operação.

Distingue-se ainda a abertura de crédito *a descoberto* da garantida. Na primeira, contenta-se o banco com a responsabilidade do crédito pela confiança que lhe inspira. Na segunda, exige penhor, caução, fiador ou avalista. Costuma-se ainda vincular à operação títulos do creditado para utilização de seu produto na recuperação das somas utilizadas, tomando alguns bancos, para facilitá-la, até notas promissórias emitidas pelo próprio creditado, que, assim, se torna devedor, por dois títulos distintos. Tal vinculação não constitui, todavia, *garantia real*, porquanto não assegura ao banco direito de preferência, como o penhor e a hipoteca, nem representa garantia fidejussória, porque o direito resultante não recai no patrimônio de outra pessoa.

A garantia, real ou fidejussória, não se extingue senão quando cessa a relação principal. Permanece íntegra até se extinguir o contrato, prestada, como é, para assegurar o pagamento de débitos cujo montante somente se define no momento da extinção. Pouco importa, assim, que o creditado efetue reembolsos para recuperação da disponibilidade; a garantia real não se reduzirá proporcionalmente.

É controvertida a situação do fiador em caso de prorrogação de contrato de abertura de crédito. Para alguns, cessa sua responsabilidade com o advento do tempo originário. Entendem outros, porém, que, não implicando a prorrogação novo contrato, estende-se a responsabilidade aos créditos utilizados após a decadência do prazo inicial. Esse entendimento tem a seu favor princípios aceitos em relação a outros contratos, sendo certo que a prorrogação importa modificação no conteúdo do contrato de garantia. Necessário, portanto, que o fiador declare expressamente a vontade de prorrogar a garantia oferecida.

Pode o banco executar a garantia sem perda do direito de haver do devedor principal, a qualquer tempo, o saldo. Nem pelo fato de exigi-lo deste, ficará privado de obtê-la do garante.

A utilização do crédito faz-se pelo modo convencionado, podendo dar-se exclusivamente para o fim determinado no contrato, livremente, de uma só vez ou parcialmente, na sede do banco ou em suas filiais, mediante cheque ou contra recibo.

Não tem o banco a faculdade de cortar o crédito no curso do contrato, e, se este é por tempo indeterminado, a rescisão deve ser precedida de aviso. Permitir que revogue livremente o crédito aberto seria admitir que a obrigação do banco estaria sujeita à condição meramente potestativa, que é defesa. Possível, entretanto, subordiná-la a outras condições, como, por exemplo, a de utilização do crédito até certa data, ou a de regularidade dos negócios do creditado.

Ao banco são lícitos juros sobre as importâncias utilizadas, a partir do dia da utilização, admitida ainda a percepção de *comissão* incidente no valor do contrato, seja o crédito utilizado ou não. Calcula-se seu montante em relação ao limite da conta, constituindo remuneração que paga o creditado a título de imobilização do capital posto à sua disposição.

Extingue-se o contrato de abertura de crédito pelo advento do termo final, se por tempo determinado, e, pela denúncia, do creditor ou do creditado, caso seja por tempo indeterminado. Conseqüência natural da extinção é a obrigação do creditado restituir ao banco as importâncias utilizadas no decurso do contrato.

O efeito da denúncia é imediato se houver justa causa. Caso contrário, deve haver prazo para a extinção, que se deverá subordinar, assim, a *aviso prévio*. Entende-se, porém, que, ainda na denúncia motivada, a extinção imediata ocorre apenas em relação à faculdade de utilização do crédito, devendo ser estipulado prazo para o cumprimento da obrigação de restituir, como prescrevem algumas legislações. Se a lei, entretanto, não o marca, o creditado deve cumprir imediatamente sua obrigação. Nos contratos por tempo determinado, não se justifica o aviso prévio nem prazo posterior ao advento do termo para pagamento das quantias utilizadas.

Considera-se justa causa para a rescisão do contrato por parte do banco todo fato que importe modificação nas bases essenciais do contrato a ponto de impedir a continuação da relação, como, por exemplo, a destinação das

somas utilizadas a fins diversos dos previstos, o inadimplemento da obrigação de pagar juros, a falta de reintegrações estipuladas, a declaração de falência, a morte do creditado.⁶

A natureza jurídica da operação bancária realizada mediante o contrato de abertura de crédito é controvertida, havendo numerosas explicações. Seria, para alguns, simples *contrato preliminar* de outros contratos; para outros, contrato normativo, *contrato misto*, *promessa de mútuo*, e tantas outras relações jurídicas. Não há maior interesse no exame dessas teorias porque, em verdade, a abertura de crédito é hoje contrato bancário típico, de feição própria, irredutível a outra figura jurídica do Direito contratual. Aproxima-se claramente do *mútuo*, mas dele se distingue porque sua prestação característica, a disponibilidade, impede a assimilação. Não se pode considerá-lo empréstimo *condicional* porque o objeto de um contrato é insuscetível de ser posto sob a forma de condição.⁷

Trata-se de contrato típico. Sua essência consiste na atribuição ao creditado do poder de pretender do banco a prestação de certa soma, ou de aceite, aval ou fiança. Os atos de utilização do crédito constituem mera execução do contrato, sendo necessário conjugá-lo ao de conta corrente para que os saques se *realizem mediante cheques* e a disponibilidade possa ser continuamente renovada.

264. Desconto. É o *desconto* o contrato por via do qual o banco, deduzindo antecipadamente juros e despesas da operação, empresta à outra parte certa soma em dinheiro, correspondente, de regra, a crédito deste, para com terceiro, ainda não exigível.

O comerciante que vende mercadorias a prazo emite conta assinada pelo comprador, denominada *duplicata*, que, entre nós, é título negociável. Leva-o ao banco, que lhe antecipa certa importância, tornando-se, mediante endosso, proprietário do título, com todas as ações que lhe são próprias.

Admite-se também o *desconto* simples pelo qual o título oferecido pelo cliente é promessa de pagamento por ele firmado sem constituir adiantamento de importância devida por terceiros. Neste caso, a operação realiza-se mediante *nota promissória* e tem todas as características do mútuo, também se chamando desconto, mas impropriamente, visto que falta o crédito para com terceiro.

Podem ser objeto de desconto créditos não incorporados a títulos e créditos cartulários. Os títulos de crédito mais usados nas operações de descontos são as *letras de câmbio*, as *promissórias* e as *duplicatas*. Descontáveis, ainda, o *warrant* e o *conhecimento de transporte*.

O contrato de desconto bancário é de uso freqüente por ser instrumento hoje indispensável às operações mercantis. De ordinário, as relações entre industriais e comerciantes ou destes entre si são vendas a crédito. Precisam os vendedores, entretanto, para a continuidade de sua atividade econômica, do numerário representado pelas vendas efetuadas. Vão buscá-lo nos bancos, descontando os títulos representativos das mercadorias vendidas, que não podem obter tão logo efetuem a venda. Cedem o crédito, não exigível ainda, para que o banco adiante a correspondente quantia, deduzidos os juros e despesas. Além dos direitos de cessionário, que o banco pode exercer contra o devedor do cedente, usando das ações próprias dos títulos, conserva ele o de exigir deste a importância que lhe emprestou, porque a cessão não será *pro soluto*, mas *pro solvendo*.

O desconto é contrato *unilateral*. Por ele, obriga-se o cliente a restituir ao banco a soma que lhe antecipou com base em crédito ainda não vencido. Dá-se a cessão *pro solvendo*, de sorte que se o terceiro não resgatá-lo no tempo devido, quem o descontou fica obrigado a restituir ao banco a importância dele recebida por antecipação. É *contrato real*, porque, para sua perfeição, mister se faz não só a entrega do dinheiro pelo banco como a cessão do crédito. Tais atos não constituem execução do contrato, senão pressupostos de sua conclusão. O desconto é, por fim, *contrato oneroso*.

É simples a operação. Quem possui título de crédito oriundo, por exemplo, de venda de mercadoria, vencível noventa dias após sua emissão, endossa-o ao banco para obter de logo o valor que ele representa, deduzida soma correspondente aos juros e demais despesas da operação. Para o comerciante que se serve do desconto bancário, é como se houvesse vendido à vista, porque realiza imediatamente crédito a prazo, não precisando esperar o vencimento da dívida para o competente embolso. Antecipa-lhe o banco o numerário, cobrando juros sobre o montante da dívida contraída pelo cliente ao descontar o título ou efeito. Representam os juros e a comissão o preço da operação.

Compreende o *desconto* a cessão de um crédito, respondendo o cliente pela solvência do devedor. Adquire o banco a propriedade do título descontado, sempre, entretanto, os direitos e ações contra o cedente, oriundos da natureza da cessão. Operando-se a transferência por *endosso*, o direito do banco de cobrar do endossador seu valor

requer, para se tornar exercitável, o protesto do título nas quarenta e oito horas subsequentes ao vencimento. Não o recebe, portanto, *pro soluto*.

Para alguns escritores o desconto bancário é operação de *compra de um crédito a prazo*, por preço inferior a seu valor nominal. Para outros, *mútuo*, garantido pelo efeito descontado, ou, ainda, simples *cessão de crédito*. Tais explicações não satisfazem. Padecem do defeito de se querer aplicar, a institutos próprios do Direito Comercial, regras de Direito Civil. Essas explicações decorrem de visão estreita da operação. Seus arautos somente enxergam uma de suas faces, a aquisição do crédito, como nas teorias da compra e da cessão, ou antecipação, como na teoria do mútuo. O desconto é, em verdade, contrato autônomo resultante da coordenação funcional de elementos próprios de outros contratos, entre os quais o mútuo e a cessão.⁸

Trata-se de contrato típico de operação bancária. Tem o banco direito a exigir o reembolso do que antecipou com o *ônus*, e não a obrigação, de cobrar do devedor do título o valor que representa, visto que somente em caráter subsidiário se dirige contra o cliente.

Extingue-se o contrato com o *pagamento*, a *novação* e a *falência* do cliente.

265. Contrato de conta corrente. A *conta corrente bancária* é o contrato no qual intercorrem relações continuadas de débito e crédito entre o banco e o cliente. Obriga-se o banco a inscrever em partida de débito e crédito os valores monetários retirados ou remetidos pelo cliente. Crédito do banco e débito do cliente poderiam ser liquidados à medida que se constituíssem, cumprindo o devedor a obrigação de saldar a dívida, mas, pelo mecanismo da conta corrente, estipula-se a liquidação por diferença, mediante compensação de débitos contrapostos. Per-mite-se, desse modo, que o cliente, no curso do contrato, aumente ou reduza o montante da dívida. As remessas são anotadas na conta, tornando-se inexigível até ser fechada. Por outras palavras, os valores inscritos na conta corrente perdem sua exigibilidade autônoma. O banco somente pode reclamar o saldo da conta no seu vencimento. Tanto são autônomas as relações de crédito que os juros, embora computados periodicamente, se calculam de cada partida, “aumentando ou diminuindo”, conforme o cliente retire ou deposite qualquer importância. Não corre a prescrição, entretanto, de cada partida isolada.

Elemento característico do contrato é a *compensabilidade* dos créditos com os débitos.⁹

Sustenta-se, entretanto, que a liquidação mediante compensação não tem importância causal, mas sim a concessão recíproca de crédito. O traço decisivo do contrato seria a paralisação da exigibilidade do crédito com a transferência do saldo para o momento em que a conta é fechada. A verdade, porém, é que a conta corrente bancária constitui-se sem implicar verdadeira concessão de crédito a uma das partes do contrato. Realmente, o cliente, ao fazer suas remessas, não está a conceder crédito ao banco.

Chama-se *remessa*, na conta corrente bancária, o ato pelo qual o cliente, depositando certa importância, se torna credor da mesma importância, podendo retirá-la a qualquer tempo. Realiza-se para efeito de compensação, influenciando no cálculo dos juros. Mas, segundo entendem alguns, a compensação não se opera a cada remessa porque os créditos são inexigíveis. No curso de relação, formar-se-iam duas massas homogêneas de crédito inexigível, destinadas a se liquidarem por diferença.¹⁰ Não se compensariam, portanto, à medida que se fosse formando o saldo. Outros pensam que a inexigibilidade dos créditos não constitui obstáculo a uma compensação progressiva.

Na conta corrente bancária, o problema não tem relevo porque não há reciprocidade de remessas.

O contrato de conta corrente pertence à categoria dos *contratos normativos*, porque se destina a disciplinar relações futuras que podem originar-se de outros negócios jurídicos, mas, na conta corrente bancária, não raro se restringe a relação, ao tomarem a forma de depósito, as retiradas e remessas do cliente ínsitas ao próprio contrato.

Conclui-se por simples acordo de vontades, reduzido a escrito. Ao banco assiste o direito de cobrar uma comissão de abertura. Pode a conta ser garantida, ou não. Assim como no contrato de abertura de crédito, a garantia toma, indiferentemente, feição real ou fidejussória. O prazo é ordinariamente limitado. Admite-se, porém, a conta corrente por tempo indeterminado.

A subordinação de algumas operações bancárias a um regulamento de conta corrente significa apenas a adoção de determinada forma contábil para os movimentos quantitativos de relação única, não se confundindo com o contrato de conta corrente propriamente dito, que pressupõe a concessão de créditos recíprocos.

Distingue-se, da *extinção do contrato*, o *fechamento da conta*. Tem esta como efeito a liquidação do saldo, que pode ocorrer no curso do contrato sem acarretar a cessação do contrato. Numa conta corrente estipulada pelo prazo de dois anos, podem as partes convencionar que será fechada de seis em seis meses.

Extingue-se o contrato pelo advento do termo, pelo distrato e por denúncia. A rescisão unilateral ocorre mediante simples comunicação de uma parte à outra, de efeito imediato, ou consistente em aviso prévio, se o contrato é por tempo indeterminado, não importando, em algumas legislações, a imediata exigibilidade do saldo. Ao devedor concede a lei prazo para liquidá-lo.

A morte e a falência do correntista também determinam a extinção do contrato, mas, no último caso, o banco tem direito a se habilitar ao recebimento do saldo.

266. Crédito confirmado. Pelo contrato de *crédito confirmado* obriga-se o banco a pagar a determinada pessoa quantia sacada por um cliente nos limites do crédito que lhe abriu.

Ao terceiro, a quem deve ser paga, declara o banco a existência do crédito, confirmando-o. Da confirmação nasce para o banco a obrigação de manter o crédito à disposição da pessoa a quem o confirmou. Permanece o crédito bloqueado até sua utilização.

A obrigação contraída pelo banco resulta, assim, de ordem irrevogável de pagamento. Diz-se, por isso, que é irrevogável o crédito confirmado pelo banco.

Não se harmonizam os tratadistas na explicação da natureza jurídica do crédito confirmado. Entendem alguns que se trata de modalidade do contrato de *comissão*, outros que é *estipulação em favor de terceiros* e, por fim, que a operação configura *delegação*. Para os que aceitam a última teoria, o comprador, como delegante, faria, do banco, devedor direto do vendedor. A função do banco consiste apenas em bloquear certa soma em proveito do vendedor, mantendo-a à sua disposição, qualquer que seja o resultado da operação concluída entre o vendedor e o comprador.¹¹ Apresentados os documentos, o pagamento deve ser efetuado, não podendo o banco recusá-lo, a menos que não estejam em ordem. Tem o vendedor, assim, a ação direta contra o banco. Embora a obrigação deste seja pagar o preço da venda, visto que outro não é o fim da confirmação do crédito, desliga-se ele da operação, uma vez que, independentemente de outras indagações, deve efetuar-se se a documentação está completa.

267. Outros contratos. Financiamento. Aceite bancário. Realizam os bancos outras operações que não apresentam, todavia, particularidades dignas de notas. Tais o *mútuo pignoratício*, o *hipotecário*, o *empréstimo* sob garantia de *cédulas rurais* respectivas, o desconto garantido por *warrants*, enfim, *adiantamentos* sobre títulos ou sobre mercadorias, e, até, sobre créditos.

Modalidade interessante de operação bancária é o *financiamento*.

Por esse contrato, adianta o banco ao cliente recurso necessário a certo empreendimento, reservando-se a faculdade de receber de devedores do financiado os créditos que este lhe cedeu, ou caucionou. Quando ocorre a cessão de crédito, recebe o banco em nome próprio. Quando há simples caução, representando o financiado.

Pelo fato de se substituir a este na relação com terceiro, não perde o banco as ações que contra ele pode propor para recebimento integral do que adiantou. Se terceiros devedores não pagam, o banco se voltará contra o financiado, entendido que a cessão do crédito é *pro solvendo*.

O *financiamento* conjuga-se, de regra, a outro contrato.

São também operações bancárias as que realizam as companhias criadas para o financiamento, por intermediação de crédito da compra de bens duráveis.

Assimiladas aos bancos pelo exercício da função creditícia, tais empresas se distinguem, entretanto, porque não são autorizadas a receber depósito, nem admitem a movimentação de suas contas mediante cheques.

Operam no mercado de capitais com a finalidade principal de financiar, a prazo médio, o industrial, o comerciante e o próprio consumidor. Tornaram-se, assim, instrumento utilíssimo na circulação da riqueza, que possibilita e favorece particularmente as vendas em prestações, permitindo o acesso, a certos bens, de maior número de consumidores.

Como não possuem os vastos recursos de que precisam para o financiamento a que se dedicam e não lhes é permitido receber depósitos, vendem títulos de crédito, assegurando aos compradores condições que tornam interessante essa modalidade de aplicação de capital.

Os contratos que realizam também se concluem para movimentação de crédito. As sociedades organizadas para a prática desse comércio executam, igualmente, a intermediação no crédito, isto é, fazem-se intermediárias entre os que dispõem e os que precisam de capitais. Realizam, em suma, *negócios creditícios* que se distinguem das operações próprias dos bancos comerciais principalmente pela finalidade do financiamento por prazo que estas não comportam.

Dentre as operações permitidas, adquirem relevo especial as que, em vez de serem à disposição do cliente capitais, empenham sua própria responsabilidade. Nesses casos, emprestam crédito, mediante *aceite*.

Aceita o banco letra de câmbio, contra ele sacada, responsabilizando-se pelo seu pagamento no vencimento, como se houvesse dado aval.¹²

O mecanismo da operação supõe *abertura de crédito* ao cliente, para que sirva como provisão, embora não se realize imediatamente.¹³ É que somente se torna necessária se, no vencimento, não possuir o cliente fundos bastantes para o pagamento. Caso contrário, torna-se desnecessária, reduzindo-se a operação a simples aceite.

O crédito pode ser garantido ou a descoberto. No primeiro caso, as mercadorias ou os títulos representativos ficam vinculados à liquidação do crédito aberto.

Diz-se *direto* o crédito, quando o cliente, ou a pessoa por ele designada, saca contra a instituição financeira que deu o aceite, e *indireto*, se ele se dirige a seu próprio banqueiro que tem o crédito de aceitação e saca por ordem desse banqueiro.¹⁴

Nada impede que o banco cobre, além da comissão de abertura de crédito, uma *comissão de aceite*, a título de remuneração do risco a que se expõe.

A utilidade do *aceite bancário* tem sido ressaltada como instrumento jurídico que favorece a mobilização de capitais, a importação de mercadorias e a movimentação do mercado de valores. Permite a obtenção de fundos em praça estrangeira, facilita a produção, a distribuição e o consumo de bens duráveis, desempenha, em suma, relevante função de ordem econômica e financeira. Aos próprios bancos presta auxílio considerável, não obstante os riscos a que os expõe, porque lhes possibilita atenderem a clientela sem imobilizarem seus capitais.¹⁵

O aceite bancário é considerado operação de abertura de crédito. Do contrário, não teria causa.¹⁶ Mas quando o banco o dá não põe à disposição do cliente fundos, obrigando-se, tão-somente, a pagar ao credor, como se fora avalista, sendo indiferente que o devedor possua ou não, no vencimento, a disponibilidade necessária ao pagamento.

Entre o crédito do banco, para seu cliente, e a responsabilidade que assume para com o credor daquele, nenhuma relação se estabelece. Obrigando-se o banco a pagar o título, pouco importa que o emitente não haja cumprido sua obrigação de proporcionar, a tempo, os meios de pagamento. Ao portador do título não interessa, em suma, o procedimento de quem deu a ordem de pagamento aceita pelo banco. Claro é que ao banco se assegura o *direito de regresso*.

Admitida a teoria da propriedade dos títulos de crédito, que os equipara às coisas, passam a ser objeto de venda, tornando-se negociáveis como qualquer mercadoria. Assim, as vendas de letras, com aceite bancário prestado pelas companhias de financiamento, tornou-se fator de mobilização de capitais.

268. Contratos de custódia ou guarda de valores. A custódia de títulos de valor e a guarda de objetos são serviços prestados pelos bancos, que não participam, todavia, de sua atividade peculiar.

Realizam-se através de dois contratos, o *depósito* e o *aluguel de cofre*. Oferecem os bancos maior segurança na guarda de títulos, particularmente os títulos ao portador, difundindo-se, principalmente por essa razão, a prática de sua custódia pelos estabelecimentos bancários.

Entre o banco e o cliente trava-se a relação jurídica tipificada no *contrato de depósito*, cujas cláusulas são estabelecidas, via de regra, por aquele, de modo uniforme, tornando-se perfeito e acabado com a entrega, pelo cliente, dos valores que permanecerão em custódia. A uniformidade das condições contratuais estipuladas por uma das partes empresta ao depósito a fisionomia de contrato de adesão.

É freqüente a união do depósito com o mandato para o banco receber rendimentos produzidos pelos títulos depositados.

Configura-se a custódia como contrato de depósito comum, que poderia ser celebrado por qualquer pessoa que não exerça atividade bancária. Os títulos são individuados, fornecendo o banco ao depositante relação documentada, com seu número e valor, pela qual se prova seu recebimento. Se forem ao portador, convertem-se, evidentemente, em títulos nominativos.

Pela custódia dos valores costumam os bancos cobrar determinada taxa, nada impedindo, porém, que os guardem gratuitamente, para atrair clientela.

As obrigações do banco, bem como sua responsabilidade, são as de um depositário comum, devendo, pois, restituir os títulos, logo reclamados pelo depositante.

Outro contrato em uso é o de *aluguel de cofre*, assim impropriamente designado o negócio pelo qual o banco põe à disposição do cliente, para que deposite documentos, títulos, objetos preciosos, escaninhos de cofre sitos em

sua casa-forte.

A natureza desse contrato é discutida. Não se trata, à evidência, de depósito, posto se destine à cessão de uso do cofre para guarda de valores, mas o banco não os recebe, ignorando mesmo o conteúdo do escaninho alugado, e continuando a existir mesmo quando está vazio. Também não é locação, embora assim se denomine, porquanto esse contrato não exaure o conteúdo de relação, por numerosas prestações de outra natureza cumpridas pelo banco locador, como a atividade do pessoal que concorre para a abertura e fechamento da casa-forte, a custódia do local onde se encontra, a integridade externa do recipiente, havendo, por conseguinte, concurso de elementos da locação de coisas e da prestação de serviços.¹⁷ Não tem o cliente, ademais, livre acesso à casa-forte para abrir o cofre como deveria ter, se de locação se tratasse. Em face da dificuldade de enquadrá-lo em uma das figuras típicas do contrato, diz-se que é *contrato atípico*, cuja causa, entretanto, se aproxima do depósito, porquanto seu fim econômico é a guarda de valores.

Forma-se o contrato com a entrega da chave do cofre ao cliente. É válida a prática de subordinar a abertura do cofre a duas chaves, uma das quais fica em poder do banco. Desde então, poderá o cliente usá-lo nas condições contratuais, nos dias e horas estabelecidos pelo banco para a abertura da casa-forte.

Pela cessão do uso do cofre, cobra o banco determinada taxa, denominada *aluguel*. O contrato é, portanto, oneroso.

Ao banco não é lícito abrir o cofre, salvo, evidentemente, para salvar seu conteúdo, pois não responde pelos objetos que nele se acham guardados. Sua responsabilidade cinge-se à guarda e vigilância do recipiente, cessando se é destruído por força maior.

Responde, no entanto, por sua integridade e inviolabilidade, não pelo conteúdo, que permanece sigiloso para o próprio banco.

¹ G. Ferri, “Attività e Organizzazione Bancaria”, in *Enciclopedia del Diritto*.

² Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, p. 774.

³ Ferri, verbete cit.

⁴ Lei de Reforma Bancária, 1964.

⁵ Trabucchi, ob. cit., p. 776. Realmente, o interesse do depositante é confiar ao banco a guarda da soma que deposita para tê-la à sua disposição.

⁶ Ferri, “Apertura di Credito”, in *Enciclopedia del Diritto*.

⁷ Ripert, ob. cit., p. 828.

⁸ Donadio, *Lo Sconto*, pp. 14. e segs.

⁹ Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, vol. 3º, p. 209.

¹⁰ Morando, *Il Contrato di Conto Corrente*, p. 84.

¹¹ Ripert, ob. cit., p. 850.

¹² Silvio Marcondes, *Aceite Bancário*, p. 20.

¹³ Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, p. 848.

¹⁴ Ripert, ob. cit., p. 849.

¹⁵ Valdemar Ferreira, *Tratado de Direito Mercantil Brasileiro*, II, p. 148.

¹⁶ Ripert, ob. cit., p. 849.

¹⁷ Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, vol. 3º, p. 207.

Capítulo 30

DEPÓSITO

Sumário: 269. Generalidades. 270. Caracteres. 271. Objeto. 272. Espécies. 273. Conteúdo. 274. Direitos especiais do depositário. 275. Riscos. 276. Depósito irregular. 277. Extinção. 278. Prisão do depositário. 279. Seqüestro. 280. Depósitos especiais.

269. Generalidades

Pelo contrato de *depósito*, recebe alguém objeto móvel para guardá-lo e res-tituí-lo, por certo prazo.¹

Quem entrega a coisa para ser guardada chama-se *depositante*.² Quem a recebe, para tê-la em custódia, depositário.

O termo *depósito* emprega-se em duplo sentido. Ora significa a relação contratual; ora, seu objeto, [como se vê no art. 630 do Código Civil].

O contrato perfaz-se com a entrega da coisa.

Podem ser objeto de depósito, entre nós, somente as coisas móveis. A limitação, como se verá adiante, quadra melhor à função econômico-social do contrato. Em algumas legislações permite-se, contudo, o depósito de *imóveis*.

A guarda deve ser temporária, uma vez que é da essência do contrato a obrigação de restituir a coisa depositada. Todavia, pode ser estipulado por *prazo determinado* ou *indeterminado*.

A característica do *depósito* é a obrigação de custódia. Distingue-se do mandato e do comodato, porque não têm estes como *causa* a guarda e conservação das coisas, posto envolvam-nas.

270. Caracteres. O *depósito* é contrato *unilateral*, *gratuito*, *real* e *intuitu personae*. Converte-se eventualmente em *contrato bilateral*, [quando for oneroso]. Passando, então, da unilateralidade para a bilateralidade.

Apresenta-se [o depósito gratuito] como *contrato unilateral*, a originar obrigações exclusivamente para o *depositário*. Não raro, porém, vê-se ele forçado a despesas com a conservação da coisa. Nasce-lhe, em conseqüência, direito contra o *depositante*, que obrigado fica a pagá-las.³ E desse modo, o contrato, que era geneticamente unilateral, transforma-se, no curso da execução, em contrato *bilateral*, por se ter produzido obrigação para o depositante.

[O depósito oneroso é aquele em que o depositário faz jus à remuneração pelo desempenho da atividade de guarda e conservação do bem. Além da hipótese de haver remuneração expressamente convencionada, são tidos como onerosos os depósitos resultantes de atividade negocial e aqueles em que o depositário realiza sua prestação de modo profissional,⁴ além do depósito necessário⁵].

Se [devida] remuneração para o *depositário*, o contrato será *bilateral*. A obrigação de guardar a coisa e a de pagar o salário do depositário são interdependentes. Verifica-se, pois, o *sinagma* característico dos contratos bilaterais.

A *gratuidade* não é, [assim], da essência do contrato. Se, em direito civil, está presumida obsoletamente, de regra, [o depósito] se tornou *oneroso*, forma ordinariamente utilizada atualmente.

O *depósito* é *contrato real*. Para se tornar perfeito e acabado, não basta o consentimento das partes, é necessário a efetiva entrega da coisa ao depositário, a menos que já esteja em sua posse.

Em relação ao *depositário*, é contrato *intuitu personae*. Compreende-se. Ninguém entrega objeto para ser guardado senão a pessoa que lhe inspire confiança. Trata-se de negócio jurídico, no qual, como intuitivo, a *pessoalidade* constitui elemento natural, embora em certos tipos de depósito essa nota pessoal se dispense.

271. Objeto. Só as *coisas móveis* podem ser objeto de depósito.⁶

O depósito de *imóveis* é admitido em algumas legislações. Repele-o a maioria. A principal razão para excluí-los é que sua guarda exige atos de administração incompatíveis com a função econômico-social do contrato. Seria, assim, um *contrato de guarda*, vizinho do depósito. A tendência é, no entanto, para admitir o depósito de imóveis, já permitido no *seqüestro*.

272. Espécies. Pode o depósito ser *voluntário* ou *obrigatório*, subdividindo-se este em *depósito legal* e *depósito necessário* ou *miserável*.

Depósito voluntário é o que se faz espontaneamente, mediante contrato entre os interessados. *Depósito obrigatório*, o que se realiza em consequência de circunstâncias que o impõem. Diz-se *legal* o *depósito obrigatório* efetuado em desempenho de obrigação prescrita na lei, como o das bagagens nos hotéis. Chama-se *miserável* o *depósito* que se faz necessariamente por ocasião de alguma calamidade, como o dos móveis retirados de casa que está incendiando. Ao *depósito obrigatório* aplicam-se disposições legais particulares. Só subsidiariamente, no silêncio ou deficiência de tais preceitos, invocam-se as regras do depósito voluntário.⁷ Não se presume gratuito,⁸ nem requer, para ser provado, forma escrita.⁹ Considerada a coisa depositada, apresenta-se o *depósito* sob forma *regular* ou *irregular*. *Depósito regular* é o de coisa individuada, não consumível. Necessária a restituição da própria coisa depositada.¹⁰ Por isso, não deve ser fungível, nem consumível. Contudo, admite-se o depósito de *coisas fungíveis* em que o depositário se obriga a restituir outras do mesmo gênero, qualidade e quantidade. A esse *depósito* chama-se *irregular*. Caso típico é o *depósito bancário*. Como desvirtua a natureza do contrato, alterando-lhe a causa, não se lhe aplicam as regras concernentes ao *depósito*; regula-se pelas do *mútuo*.¹¹ Sob o ponto de vista da vantagem que possa o depositário ter, divide-se o depósito em *gratuito* e *salariado*. Neste, faz jus à remuneração estipulada no contrato. No *depósito necessário*, o depositário deve ser gratificado.¹² Poder-se-ia ainda registrar como espécie de *depósito* o de *coisa litigiosa*. Chama-se *seqüestro*.

Parece mais acertado considerá-lo, porém, categoria autônoma, em vista das suas particularidades.

273. Conteúdo. O *depósito gratuito* origina obrigações apenas para o *depositário*. O *depósito salariado* dá nascimento a obrigações interdependentes, a cargo do depositante e do depositário.

A *custódia* da coisa constitui a principal obrigação do *depositário*. Incumbe-lhe guardá-la e conservá-la com o cuidado e diligência que costuma ter com as coisas que lhe pertencem, procedendo, numa palavra, como *bonus pater familias*.¹³ Não a recebe para outro fim.

Tão importante para a caracterização do contrato é essa obrigação, que deve constituir o *conteúdo único*, ou ao menos principal, do negócio jurídico. É, por dizê-lo, a sua *obrigação típica*. Tanto assim que, se a guarda do bem se apresenta como condição para a execução de obrigação de outro contrato, não o desfigura, quer por absolvição, quer por união ou fusão.¹⁴

Deve a *custódia* ser exercida pessoalmente pelo depositário.

Não se tolera a transferência desse dever a terceiro, salvo com permissão do depositante.¹⁵ [Nesta hipótese, o depositante responderá se escolheu o terceiro com culpa¹⁶]. Proibido não está, porém, de cumprir a obrigação de guarda com auxílio de pessoas a seu serviço, conservando-se, não obstante, responsável exclusivo perante o depositante.

Ao depositário não consente servir-se da coisa depositada. A faculdade de usá-la desvirtuaria o contrato. Se exercida gratuitamente, o transformaria em *comodato*; se mediante retribuição, em *locação*. Admite o Direito pátrio, no entanto, que use a coisa depositada com expressa licença do depositante. Na hipótese de usá-la sem permissão, não autoriza o depositante a resilir o contrato, limitando-se a declarar que o depositário responderá por perdas e danos.¹⁷ A outra obrigação fundamental do *depositário* é *restituir* a coisa tão logo lhe exija o depositante. Deve devolvê-la com os acessórios.¹⁸ Tal obrigação deve ser imediatamente cumprida no momento em que exigida, ainda que o contrato estipule prazo para a restituição. Não importa, assim, que seja *por tempo determinado*. Pode extinguir-se a todo tempo, pouco se dando que o prazo não esteja esgotado. Justifica-se semelhante particularidade por ser o depósito um contrato que se realiza no interesse do depositante. Tanto assim que o depositário não pode devolver a coisa antes que se esgote o prazo. Prevê a lei hipóteses nas quais assegura ao depositário a faculdade de desatender a exigência do depositante, feita *ante tempus*.¹⁹ A restituição *ad nutum* não tem cabimento no *depósito vinculado*, isto é, naquele em que o termo se estipula a favor do depositário.

No depósito sem prazo, a obrigação de restituir deve ser cumprida tanto que exigida. Assiste ao depositário, porém, o direito de efetuar a devolução se, por motivo plausível, não puder guardar a coisa. Se o depositante não quiser recebê-la, ao depositário é facultado requerer *depósito judicial* da coisa.²⁰

O lugar do cumprimento da obrigação de restituir é o estipulado para a guarda da coisa. Ao depositante incumbe retirá-la, portanto, de onde estiver depositada, [salvo estipulação em contrário, correndo as despesas de restituição por conta do depositante.²¹ Quando o depósito for feito no interesse de terceiro, com o conhecimento do depositário, ele deve pedir o consentimento do terceiro antes de restituir a coisa ao depositante²²].

Do contrato de depósito podem nascer obrigações para o depositante. Assim, se o depositário fizer despesas com a coisa ou provierem prejuízos do depósito, o depositante é obrigado a pagá-las ou a indenizá-los.²³ São essas obrigações que, nascendo, fazem do depósito um *contrato bilateral imperfeito*.

Mas, se oneroso, é geneticamente *bilateral*. Às partes se consente estipulem o *depósito salariado*. Nesse caso, obriga-se o *depositante* a pagar a remuneração ajustada. [Na ausência de estipulação convencional ou legal acerca da retribuição devida ao depositário, será ela determinada em função dos usos do lugar ou, inexistentes estes, mediante arbitramento²⁴]. Não havendo estipulação quanto ao tempo em que a obrigação deve ser cumprida, entende-se que deva ser paga ao termo do contrato.²⁵ Ordinariamente se fraciona o pagamento em unidades de tempo com intervalos invariáveis. De qualquer modo, costuma-se obedecer à regra do *post numeratio*; ao depositário incumbe satisfazer a prestação em primeiro lugar, aguardando, para receber a remuneração, que seja exaurida.

274. Direitos especiais do depositário. Além dos direitos que lhe assistem ou podem assistir em razão do sinalagma genético ou funcional do contrato,²⁶ que se concretizam em *pretensões* contra o depositante, cabem ao *depositário*, por determinação legal, outros tantos que lhe são outorgados como faculdades que visam a dar-lhe segurança no exercício da função quando se apresentam determinadas circunstâncias. Tais são:

- a) o direito de retenção;²⁷
- b) o direito de compensação;
- c) o direito de requerer o depósito judicial da coisa.²⁸

O *direito de retenção* da coisa depositada lhe é conferido para garantia de duas *pretensões*:

- 1ª) a de ser reembolsado das despesas feitas com a coisa;
- 2ª) a de ser indenizado dos prejuízos provenientes do depósito.

Até que o depositante lhe pague o líquido valor das despesas, ou dos prejuízos, provados imediatamente, pode recusar-se a restituir a coisa.

A recusa também se justifica:

- 1º) quando o objeto depositado é judicialmente embargado;
- 2º) quando sobre a coisa pende execução de que tenha conhecimento oficial;
- 3º) quando tiver suspeita de que a coisa foi [obtida dolosamente²⁹].

A *execução de compensação* só se admite, entre nós, se noutra depósito se fundar. Em outras legislações, autoriza-se seu exercício em todas as hipóteses em que possa nascer, seja qual for o fundamento.

O *direito de requerer depósito judicial* admite-se:

- 1º) obrigatoriamente, quando o depositário tiver suspeita de que está guardando coisa [dolosamente obtida³⁰];
- 2º) quando, por motivo plausível, não possa guardar a coisa e o depositante não queira recebê-la;³¹
- 3º) quando o depositário se tornar incapaz, hipótese na qual seu curador deverá recolhê-la ao depósito público, se o depositante recusar-se a recebê-la.³²

275. Riscos. No *depósito*, é o depositante quem suporta os *riscos*. Aplica-se a regra *res perit creditori*. Não responde o depositário, por conseguinte, pelo caso fortuito, mas, para se eximir de responsabilidade terá de provar,

obviamente, que a coisa depositada pereceu ou se deteriorou sem culpa sua.³³ Responderá, no entanto, se estiver em mora no cumprimento da obrigação de restituir.

Se o depositário perder a coisa por força maior, e tiver recebido outra em seu lugar, não tem o direito de locupletar-se com a perda, incorporando ao seu patrimônio o que houver recebido em substituição, como, v.g., a indenização de seguro, mas ao contrário, é obrigado a entregá-la ao depositante e a ceder-lhe as ações, que no caso tiver contra o terceiro, que se obrigará a substituir a coisa por equivalente.³⁴ Dá-se, em suma, o *cômodo de representação, ejus est commodum cujus est periculum*.

276. Depósito irregular. Sob essa denominação se conhece um negócio jurídico que mais se aproxima do *mútuo* de que propriamente do *depósito*.³⁵ Conquanto, porém, se regule predominantemente pelas disposições concernentes àquele contrato, com ele não se confunde inteiramente. As afinidades, no entanto, são copiosas. Porque recai sobre *coisas fungíveis*, ou *consumíveis*, a obrigação de restituir, tal como no *mútuo*, tem como objeto não a mesma coisa depositada, mas outra do mesmo gênero, quantidade e qualidade. Verifica-se, do mesmo modo que no *mútuo*, a transmissão da propriedade da coisa depositada. Mas *depósito irregular* não é *mútuo*. Distinguem-se pelo *fim econômico*.³⁶ O *depósito irregular* é feito no interesse do depositante, enquanto o *mútuo* se faz no interesse do mutuário. Conseqüências práticas decorrem dessa diversidade de causa. Dentre outras, saliente-se a de que, no depósito irregular, a parte que entrega a coisa pode exigir que seja restituída igual quantidade, em qualquer momento, mesmo que se tenha estipulado prazo fixo para a devolução. Esta possibilidade, própria do *depósito*, não existe no *mútuo*, a menos que prevista expressamente. Aceitável, assim, a opinião dos que entendem que o *depósito irregular* não é *mútuo* nem depósito propriamente dito, mas *negócio especial*.

O depósito de valores mobiliários identificáveis por números e outras características será regular, se não for estipulado que o depositário pode consumi-los, obrigando-se apenas a restituir a mesma quantidade. Pactuada essa cláusula, será *irregular*.

Não se confundem o *depósito irregular* e o *depósito coletivo*. Verifica-se este quando sejam dois ou mais os depositantes e divisível a coisa que dão a guardar conjuntamente. Apesar da fungibilidade do objeto, a propriedade não se transfere ao depositário.³⁷ No que diz respeito à obrigação de restituir, varia a solução, conforme haja, ou não, solidariedade entre os depositantes. Havendo, o depositário poderá devolver toda a coisa a qualquer dos depositantes. Não havendo, a cada um só entregará a respectiva parte.³⁸

277. Extinção. Extingue-se o contrato de depósito pelo vencimento do prazo, mas a fixação deste não impede que o depositante lhe ponha termo *ante tempus*, por conveniência própria, salvo no *depósito vinculado*. Assiste-lhe, com efeito, o direito a exigir, em qualquer momento, a restituição da coisa depositada.³⁹ O depositário tem também a faculdade de promover a rescisão do contrato, pelo recolhimento da coisa ao depósito público, nos casos permitidos. Quando desconfia que a coisa [foi dolosamente obtida] o juiz examina se a suspeita tem fundamento e, se alega que não pode guardá-la, se há justificativa para livrar-se da obrigação de custódia. Nesta, o depósito judicial cabe, verificada a existência de motivo plausível, se o depositante não quiser receber a coisa.⁴⁰

Outra causa extintiva do contrato é o perecimento da coisa depositada, ou, também, a incapacidade superveniente do depositante.

Sendo o depósito contrato *intuitu personae*, visto que a pessoa do depositário tem importância decisiva para a sua realização, a *morte* deste contratante determina sua extinção.

278. Prisão do depositário. Singularidade do depósito é a prisão do depositário remisso. Constitui um dos raros casos de *prisão civil*.⁴¹ Ao princípio de que ninguém pode ser preso, por dívida, abre-se essa exceção, que se justifica como sanção à infidelidade. 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. Quer se considere a prisão do depositário pena ou simples meio coercitivo de obrigá-lo a cumprir a obrigação de restituir, a verdade é que tem caráter violento, conservando-se, nas legislações, como resquício da prática odiosa da prisão por dívida. Contudo, procura-se suavizá-la, dificultando-se sua decretação. É preciso que a ação de depósito seja julgada procedente e o depositário descumpra o mandado para a entrega da coisa.⁴²

O depositário que não devolver a coisa depositada, quando reclamada, é assim compelido a restituí-la. Pouco importa que o depósito seja *voluntário* ou *necessário*. Indiferente também que o inadimplemento da obrigação de restituir seja intencional ou fruto de negligência. Doloso ou culposo, sujeita-o à coerção.

Destina-se a prisão a compelir o depositário a devolver a coisa em seu poder, mas evidentemente não poderia ter duração ilimitada. A lei fixa o prazo máximo de um ano. Claro que o depositário pode obter a liberdade antes que expire, e a todo tempo, cumprindo a obrigação, ou se a coisa é apreendida.

Ademais da prisão o depositário infiel tem de ressarcir os prejuízos resultantes de seu comportamento condenável.

279. Seqüestro. O depósito de coisa litigiosa chama-se *seqüestro*. O termo empre-ga-se freqüentemente para designar todo *depósito judicial*, mas, a rigor, deve ser reservado para nomear o depósito de coisa sobre cuja propriedade litigam duas pessoas, resulte de acordo entre os interessados ou de decisão judicial.

O fim do *seqüestro* é deixar uma coisa em poder de terceiro, até se decidir a quem deva ser entregue. Para caracterizá-lo, importa que seja litigiosa, sendo indiferente que o depósito se faça voluntária ou compulsoriamente. Nem sempre, com efeito, o *seqüestro* é *judicial*. Admite-se, também, o *seqüestro voluntário* ou *convencional*, que se caracteriza por provir de um acordo entre os litigantes no qual escolhem a pessoa do depositário. Já o *seqüestro judicial* perfaz-se por ordem do juiz, seja no curso de uma ação, seja como simples medida preparatória para a sua propositura.

O *seqüestro* difere do *depósito* propriamente dito pelo *objeto* e pela *natureza*. Recai exclusivamente em *coisas litigiosas, móveis* ou *imóveis*. O *depósito*, além de incidir em bens que pertencem inequivocamente ao depositante, não pode ter por objeto, entre nós, as *coisas imóveis*. O *seqüestro* não se presume gratuito como o *depósito*. Ao contrário. O seqüestrário deve ser remunerado, não se admitindo, em algumas legislações, que exerça gratuitamente a função. Tem, pois, natureza onerosa. Ademais, enquanto, no depósito, o depositário pode devolver a coisa antes de findo o contrato, no seqüestro é obrigado a guardá-la até que se decida a quem deve entregá-la, a menos que seja liberado por acordo das partes, ou por justa causa.

A despeito dessas diferenças, o *seqüestro* rege-se pelas disposições concernentes ao *depósito*. Aplicam-se-lhe, outrossim, as regras do *mandato*, se o seqüestrário tiver a obrigação de administrar a coisa, como ocorre, v.g., se é imóvel.

280. Depósitos especiais. Casos especiais de depósito justificam ligeira apreciação. Primeiramente, o de bagagem no contrato de hospedagem. Distinguem-se os objetos consignados pelos hóspedes dos que consigo conduz, mas, por seu valor, devem ser objeto de custódia expressamente feita, como as jóias. Por estes responde o hospedeiro somente se lhe forem entregues para guarda em lugar apropriado, ou se proceder culposamente. Pelos outros, só se exonera de responsabilidade se consegue provar a culpa do hóspede ou que a perda ocorreu por força maior ou em consequência de defeito da própria coisa.

Modalidade interessante é também a do depósito de automóveis em garagens, a que se aplicam os mesmos princípios, embora, quase sempre, outras obrigações assumidas pelo depositário transformem o depósito em contrato misto.

O depósito em trapiche e armazéns gerais rege-se por disposições especiais.

¹ [Art. 627 do Código Civil.]

² Chama-se *depositário* quem recebe a coisa em depósito

³ [Art. 643 do Código Civil.]

⁴ [Art. 628 do Código Civil.]

⁵ [Art. 651 do Código Civil.]

⁶ [Art. 627 do Código Civil.]

⁷ [Art. 648, *caput*, do Código Civil.]

⁸ [Art. 651 do Código Civil.]

⁹ [Art. 648, parágrafo único do Código Civil.]

¹⁰ [Art. 629 do Código Civil.]

¹¹ [Art. 645 do Código Civil.]

¹² [Art. 651 do Código Civil.]

¹³ [Art. 629 do Código Civil.]

- ¹⁴ Enneccerus, Kipp e Wolff, ob. cit., p. 358.
- ¹⁵ [Art. 640 do Código Civil.]
- ¹⁶ [Art. 640, parágrafo único, do Código Civil.]
- ¹⁷ [Art. 640 do Código Civil.]
- ¹⁸ [Art. 629, parte final, do Código Civil.]
- ¹⁹ [Art. 633 do Código Civil.]
- ²⁰ [Art. 635 do Código Civil.]
- ²¹ [Art. 631 do Código Civil.]
- ²² [Art. 632 do Código Civil.]
- ²³ [Art. 643 do Código Civil.]
- ²⁴ [Art. 628, parágrafo único, do Código Civil].
- ²⁵ Enneccerus, Kipp e Wolff, ob. cit., p. 363.
- ²⁶ Direito à remuneração, direito ao reembolso de despesas, direito à indenização de prejuízos advindos do depósito.
- ²⁷ [Art. 644 do Código Civil.]
- ²⁸ [Arts. 634, 635 e 641 do Código Civil.]
- ²⁹ [Art. 633 do Código Civil.]
- ³⁰ [Art. 634 do Código Civil.]
- ³¹ [Art. 635 do Código Civil.]
- ³² [Art. 641 do Código Civil.]
- ³³ [Art. 642 do Código Civil.]
- ³⁴ [Art. 636 do Código Civil.]
- ³⁵ [Art. 645 do Código Civil.]
- ³⁶ Enneccerus, Kipp e Wolff, ob. cit., p. 367; Trabucchi, *Ist.*, p. 760.
- ³⁷ Enneccerus, Kipp e Wolff, ob. cit., p. 368.
- ³⁸ [Art. 639 do Código Civil.]
- ³⁹ [Art. 633 do Código Civil.]
- ⁴⁰ [Arts. 634 e 635 do Código Civil.]
- ⁴¹ [Art. 652 do Código Civil.]
- ⁴² Cód. de Processo Civil, art. 904. Sem prejuízo da prisão do réu pode o depositante promover a busca e apreensão da coisa (art. 905).

Capítulo 31

MANDATO

.....

Sumário: 281. Generalidades. 282. Conceito e caracteres. 283. Sujeitos e objetos. 284. Espécies. 285. Conteúdo. 286. Extinção. 287. A procuração. 288. Substabelecimento. 289. Procuração em causa própria e procuração irrevogável.

281. Generalidades. Se o interessado na realização de um negócio jurídico não pode, ou não quer, praticá-lo, tem a possibilidade de efetuar-lo por intermédio de outra pessoa. Quando esse fato se verifica, diz-se que há *representação*. Em sua forma *direta* ou própria, a *representação* importa outorga de poderes a alguém para concluir atos jurídicos cujos efeitos correspondem à pessoa em nome da qual foram praticados. A representação consiste, em suma, na atuação jurídica em nome de outrem, com poderes para isso, se genuína. Esses poderes derivam da *lei* ou do *negócio jurídico*.¹ Na primeira hipótese, diz-se que há *representação legal*. Na outra, *representação voluntária* ou negocial.

O *negócio jurídico* que pode ser fonte da *representação voluntária* não é, exclusivamente, como se supunha, o *contrato de mandato*. O *mandato* com representação é apenas um desses negócios jurídicos. Outros, porém, desempenham a mesma função, como, v.g., certos contratos de trabalho. Admite-se, ademais, que a *representação* tenha fonte em ato jurídico sem natureza contratual. É possível, outrossim, a existência de *mandato* sem *representação*, como admitia o Direito romano e atualmente os códigos suíço, alemão e italiano. Não se deve, pois, confundir *mandato* com *representação*.

O *mandato* é a relação contratual pela qual uma das partes se obriga a praticar, por conta da outra, um ou mais atos jurídicos. O contrato tem a finalidade de criar essa obrigação e regular os interesses dos contratantes, formando a *relação interna*, mas, para que o mandatário possa cumpri-la, é preciso que o mandante lhe outorgue o *poder de representação*, se tem, ademais, interesse em que aja em seu nome. O *poder de representação* tem projeção exterior, dando ao agente, nas suas relações com terceiras pessoas, legitimidade para contratar *em nome* do interessado, com o inerente desvio dos efeitos jurídicos para o patrimônio deste último.^{2 e 3} A atribuição desse poder é feita por ato jurídico *unilateral*, que não se vincula necessariamente ao *mandato* e, mais do que isso, tem existência independente da relação jurídica estabelecida entre quem o atribui e quem o recebe. Esse ato unilateral carece, em nossa terminologia jurídica, de expressão que o designe inconfundivelmente. O termo *procuração*, que o definiria melhor, é empregado comumente para designar o *instrumento* do ato concessivo de poderes, mas tecnicamente é o vocábulo próprio. Até os que conceituam a procuração erroneamente como instrumento do *mandato* admitem que possa ser verbal, embora confundindo-a com o *mandato*, isto é, sem que tenha a forma instrumental. Justamente porque se faz essa confusão e não há vocábulo próprio para qualificar o negócio jurídico unilateral de atribuição de poderes de representação, este é denominado também *mandato*, como se não fosse coisa diferente do contrato que tem esse nome. O resultado dessa sinonímia absurda é a confusão entre *mandato* e *representação*, que leva à falsa idéia de que toda *representação voluntária* é *mandato*. Há que distinguir, pois, o *contrato* do *ato jurídico unilateral*, o *mandato* da *procuração* em sentido técnico. A própria contextura da *procuração* denuncia o caráter unilateral do negócio jurídico nela consubstanciada, pois, nesse ato, o representante não intervém.⁴

Feita essa indispensável distinção, cumpre discorrer sobre o *contrato de mandato*, restringindo o exame ao *mandato com representação*.

[O Código Civil de 2002 reservou um capítulo no Livro III da Parte Geral para disciplinar a representação em geral.⁵ Trata separadamente, portanto, da representação e do mandato, atendendo à distinção examinada pelo autor].

282. Conceito e caracteres. O *mandato* é o contrato pelo qual alguém se obriga a praticar atos jurídicos ou administrar interesses por conta de outra pessoa.⁶

A determinação de seu *traço característico* não é feita segura e uniformemente. Para alguns escritores, seria a *gratuidade*, como no Direito romano; para outros, a *representação*. Como, porém, se admitem *mandato salariado* e *mandato sem representação*, a gratuidade e a representação não podem constituir elemento distintivo do contrato. Recorre-se à qualidade dos atos a cuja prática se obriga o *mandatário*, havendo mandato, se for incumbido de realizar *atos jurídicos*, embora também possa encarregar-se da prática de *atos materiais*. É difícil, não obstante, isolar traço suficiente ao pronto reconhecimento do mandato. Certos contratos, como o de prestação de serviços, se lhe assemelham, notadamente quando envolvem *poder de representação*. Nesses casos, a diferença é puramente de matiz, “fazendo-se, menos por critérios de lógica jurídica do que por inspiração de necessidades práticas, por ponderação de resultados”.⁷

O *mandato* é contrato *unilateral, gratuito, simplesmente consensual e intuitu personae*.

No momento em que se forma, gera obrigações apenas para o mandatário. O mandante assume a posição exclusiva de *credor*. O contrato, por conseguinte, é unilateral. Mas pode converter-se em contrato *bilateral*, conservando-se *gratuito*, se, no curso de sua execução, nascer, para o mandatário, um direito de crédito contra o mandante. Será, então, *contrato bilateral imperfeito*. Em algumas legislações admite-se, ademais, que seja *bilateral perfeito* desde a formação. Sê-lo-á se não *for gratuito*, pois também do lado do mandante haverá obrigações.

A *gratuidade* é, em alguns códigos, da essência do mandato. Nestes, uma vez estipulada qualquer remuneração para o contratante que se obriga a exercer a atividade prevista no contrato, converter-se-á em [prestação] *de serviço* ou *empreitada*. Outros, porém, [como o Código Civil brasileiro,] reputam-na apenas *natural*. O contrato pode ser oneroso. Presume-se, apenas, que é *gratuito*, [exceto quando o seu objeto é tratado pelo mandatário profissionalmente ou com intuito de lucro⁸]. Trata-se de *gratuidade* singular porque o contrato não atribui vantagem patrimonial ao credor, nem a obrigação do devedor implica, se cumprida, diminuição em seu patrimônio.⁹ Na prática, o *mandato* é ordinariamente oneroso.

Não é necessária a prática de qualquer ato do mandante para o contrato se tornar perfeito e acabado. Basta o simples consentimento das partes, sendo, por isso, *simplesmente consensual*.

Por fim, pertence à categoria dos *contratos fiduciários*. O elemento subjetivo da confiança governa o comportamento do mandatário desde a formação do contrato até a sua extinção. Só a alguém em quem se confia se concedem poderes para a prática de negócios jurídicos ou administração de interesses. Estipula-se o contrato em consideração à pessoa do mandatário. É, em suma, contrato *intuitu personae*.

283. Sujeitos e objetos. No contrato de mandato, *as partes* chamam-se *mandante* e *mandatário*.

Este é a pessoa que contrai a obrigação de vincular a outra. Sua figura só se delineia em razão dessa obrigação. Se não a assume, ficando com a faculdade de não praticar atos jurídicos previstos, mandatário não será. Nesse caso, poderá ser *representante*, jamais *mandatário*.

A capacidade das partes obedece às regras gerais. Mas, além da capacidade, deve-se verificar se o mandante está legitimado a celebrar o contrato. Quanto ao mandatário, a capacidade sofre restrições particulares.

A prática de qualquer negócio jurídico pode ser *objeto* de mandato. Quando o mandato constitui a relação jurídica subjacente do ato de atribuição do poder de representação, não se permite que o mandatário se obrigue a praticar certos atos que, por sua natureza personalíssima, somente o mandante pode efetuar, como, v.g., o testamento.

O mandato pode ser convencionado no interesse exclusivo do mandante – *mandatum mea gratia* –, no do mandatário – *mandatum tua tantum gratia* – ou no interesse comum dos dois – *mandatum tua et mea gratia*. Conclui-se também no interesse de terceiro – *mandatum aliena gratia*.

284. Espécies. A classificação das espécies do mandato deve ser feita tendo-se em vista o contrato e não a procuração, como se costuma proceder por assimilação condenável.

O mandato compreende modalidades classificáveis de acordo com os seguintes critérios:¹⁰

- a) das relações entre as partes;
- b) do modo de declaração da vontade;
- c) da forma;

- d) do conteúdo;
- e) do fim.

Consideradas as relações entre o mandante e o mandatário, pode ser *oneroso* ou *gratuito*, conforme a atividade do mandatário seja remunerada, ou não. [O mandato é oneroso em virtude de cláusula expressa, ou da circunstância de o mandatário realizar a prestação que dele é objeto por ofício ou profissão lucrativa¹¹].

Quanto ao modo de declaração da vontade, divide-se em *mandato expresso* ou *tácito*. Neste, a aceitação do encargo dá-se por atos que presumem, como se verifica se há começo de execução.¹²

Encarado sob ponto de vista da *forma*, por que se celebra, é *verbal* ou *escrito*.¹³ Não se deve confundir, porém, mandato com *procuração*. Também esta pode ser escrita ou verbal, devendo ter, indeclinavelmente, a primeira dessas formas, se os atos que ao procurador cumpre praticar exigem instrumento público ou particular.¹⁴ Mas o contrato de mandato pode ser verbal, e a procuração, escrita.

Pelo conteúdo, classifica-se em *mandato civil e mercantil* conforme as obrigações do mandatário consistam, ou não, na prática de atos ou na administração de interesses comerciais. Enquanto o *mandato civil* se presume gratuito se não foi estipulada retribuição ou tiver por objeto atividade ou gestão que o mandatário exerce por ofício ou profissão lucrativa, o *mandato mercantil* é normalmente oneroso.

Levando-se em conta o fim para o qual o mandatário contrai a obrigação, pode-se dividi-lo em diversas espécies, mas interessa, principalmente, a distinção entre *mandato judicial* e *extrajudicial*. O primeiro destina-se a obrigar o advogado a agir em Juízo. A ação do mandatário fora desse âmbito resulta do *mandato extrajudicial*.

285. Conteúdo. O *mandato* produz obrigações somente para o mandatário, mas, em certas circunstâncias, o mandante as contrai, apesar da gratuidade do contrato, passando este a ser bilateral imperfeito.

A primeira *obrigação do mandatário* é aplicar toda a diligência no desempenho do encargo de que se incumbiu.¹⁵ Deve exercê-lo pessoalmente, consentindo-se, no entanto, que do serviço encarregue outrem. Estando investido no *poder de representação*, transfere-o mediante substabelecimento, mas continua responsável perante o mandante pelos danos ocorridos por culpa do substabelecido, a menos que o substabelecimento tenha sido expressamente autorizado. Embora o mandatário deva cumprir sua obrigação pessoalmente, não está proibido de admitir *auxiliares*. Há casos, porém, em que somente o próprio mandatário pode agir, quando a natureza do negócio assim o exige ou esta for a intenção das partes.

O mandatário é obrigado a exercer sua atividade conforme as *instruções* do *mandante*, dadas contemporaneamente à conclusão do contrato ou no curso de sua execução. Tais instruções não se confundem com as *ordens* que o empregador dá ao empregado na execução do contrato de trabalho, mas importam direção do comportamento de um contratante pelo outro. Existe, com efeito, *subordinação* do mandatário ao mandante que, embora mais suave do que a dependência pessoal do empregado, dificulta, em certas circunstâncias, a distinção entre o mandato e determinadas modalidades do contrato de trabalho. As *instruções* não se confundem, outrossim, com os *poderes* outorgados pelo mandante ao mandatário, pois participam da *relação* interna, embora possam ser projetadas exteriormente, se há interesse em que sejam conhecidas de terceiros. Estes, ao contrário, delimitam a atuação externa do mandatário.

Outra obrigação do mandatário é manter o mandante informado a respeito do estado em que se encontram os negócios de que cuida, sempre que solicitado a prestar informações.

Concluída sua atividade, o mandatário tem obrigação de dar contas ao mandante, respondendo pelos prejuízos a que der causa por sua culpa.

Deve-lhe transferir as vantagens obtidas e os proveitos granjeados. Cabe-lhe entregar, pois, o que recebeu, e devolver o que não gastou.¹⁶

Em relação ao *terceiro* com o qual deve entender-se, o mandatário é obrigado a exhibir o instrumento em que constem seus *poderes*, para que este os *conheça*, pois o mandante não responde pelo excesso.¹⁷ O mandatário deve concluir negócio começado ainda ciente da morte, interdição ou mudança de estado do mandante. Mas só é obrigado a completá-lo, se houver perigo na demora.¹⁸

O mandante tem pelo menos uma obrigação correlata à do mandatário, embora o contrato seja gratuito. Quando a execução do mandato implica despesas, o mandante, se não estipulou o contrário, é obrigado a proporcionar ao mandatário o indispensável numerário para que possa atendê-las, ficando a execução do mandato, nesse caso, na

dependência do cumprimento dessa obrigação, e assim podendo o mandatário abster-se provisoriamente de executá-la, se não for atendido.¹⁹ Não tem obrigação de satisfazê-las para exigir reembolso.²⁰

Se no curso da execução do mandato o mandatário fizer gastos necessários, o mandante é obrigado a pagá-los. O cumprimento dessa obrigação é tão necessário que a lei confere ao mandatário *direito de retenção*, até se reembolsar do que no desempenho do encargo despendeu.²¹ Ocorrendo a hipótese, o mandato passa a ser *contrato bilateral imperfeito*.

O mandante é obrigado a ressarcir as perdas que o mandatário sofrer com a execução do mandato, a menos que resultem de culpa deste. O dever de indenizar surge, com maior razão, se o dano ocorre por culpa do *mandante*.²² Havendo culpa concorrente, a obrigação de indenizar poderá nascer para o mandante, em menor expressão do que no caso de imputabilidade exclusiva, se foi o principal causador dos prejuízos.

A sanção imposta ao mandante, quando culpa nenhuma lhe cabe nas perdas, é injustificável. A circunstância de ter, no seu interesse, posto em atividade o mandatário, não é suficiente para fundamentar o *dever de indenizar*.²³

No *mandato oneroso*, o mandante é obrigado a pagar a *remuneração ajustada*. Tal remuneração é *à forfait*, pouco importando, assim, que o negócio tenha surtido o efeito esperado, eis que o mandatário não contrai *obrigação de resultado*, senão de *meios*.²⁴ [Sendo a lei e o contrato omissos acerca da remuneração devida ao mandatário, ela será fixada com base nos usos do lugar ou, na falta deles, mediante arbitramento²⁵].

Quanto à pessoa com a qual trata o mandatário, está obrigado o *mandante* a cumprir todas as obrigações contraídas nos limites dos *poderes* atribuídos. Mas não estará vinculado à atuação do mandatário se este houver exorbitado, excedendo os poderes, salvo se *confirmar* os atos excessivos.²⁶ À atuação exorbitante não se identifica a atuação contrária às *instruções*. Se o mandatário não as observa, o terceiro não será prejudicado, por isso que a infração não exonera o mandante de satisfazer as obrigações contraídas, se os poderes não forem excedidos. Como as *instruções* participam apenas da *relação interna*, o mandante terá ação contra o mandatário somente pelas perdas e danos resultantes de sua inobservância.²⁷

No *mandato com representação* o mandatário tem simultaneamente uma *obrigação* e um *poder* – obrigação para com o mandante, *poder* em relação a terceiros.

286. Extinção. Cessa o *mandato*²⁸ pela:

- a) revogação;
- b) renúncia;
- c) morte, interdição ou mudança de estado de uma das partes;
- d) extinção do prazo;
- e) conclusão do negócio.

Revogação é declaração de vontade pela qual o mandante põe termo ao mandato. Justifica-se a extinção por outro modo porque o mandato tem como suporte a confiança do mandante no mandatário. Nada impede, porém, que as partes estipulem a *irrevogabilidade*.²⁹ Tão natural é, no entanto, a faculdade de demissão *ad nutum* do mandatário que, a despeito da cláusula de irrevogabilidade, se tem entendido que o mandante pode extinguir o contrato por esse modo. A chamada *procuração em causa própria* não envolve, entretanto, mandato propriamente dito, porque é *negócio dispositivo*.

A *revogação* produz efeitos *ex nunc*. Os atos praticados não são atingidos. Necessário que os terceiros tenham conhecimento de que os poderes foram revogados. O mandante deve também notificar o mandatário. A *declaração* é *receptícia*.

A *renúncia* é a declaração de vontade pela qual o mandatário põe termo ao mandato. Tal como a *revogação*, tem a natureza de *declaração receptícia*, devendo ser levada ao conhecimento do mandante. Embora possa o mandatário renunciar a qualquer tempo, sujeita-se ao pagamento de indenização se o mandante for prejudicado pela sua inoportunidade ou falta de tempo para a substituição, [salvo se o mandatário comprovar que a manutenção do contrato lhe teria acarretado prejuízo considerável e não lhe era dado substabelecer³⁰]. Se a *renúncia* dispensasse *justa causa* não teria sentido a obrigação assumida pelo mandatário. A rigor não se trata de renúncia propriamente dita, porque o procurador não extingue, com o ato, direito algum.³¹

A *morte do mandante*, ou do *mandatário*, é outra causa extintiva do mandato. Mas, se do mandante, o contrato cessa somente quando o mandatário tiver conhecimento, sendo válidos os atos praticados enquanto a desconhecia.³²

A validade do *mandatum post mortem* é, no entanto, admitida excepcionalmente, para os atos que não se refiram diretamente à *sucessão* nos direitos do mandante. Se a morte é do mandatário, transmitem-se aos herdeiros certas obrigações, como, v.g., a da prestação de contas. Tendo estes ciência do mandato, são obrigados a avisar o mandante e providenciar como as circunstâncias exigirem, inclusive continuando a gestão do negócio até que o mandante possa resolver a situação.³³ Daí a opinião de alguns de que, em certas circunstâncias, o mandato se considera subsistente a despeito da morte do mandatário, como do mandante, se houver perigo na interrupção brusca.

À morte equipara-se a *incapacidade superveniente* de qualquer das partes, de que decorra sua *interdição*.

Cessa, também, o mandato, nas mesmas condições, pela *mudança de estado* que inabilite o mandante para conferir os poderes, ou o mandatário, para os exercer.

Se o mandatário for contratado para gerir negócio durante prazo determinado, o advento do termo final determina a cessação automática do mandato. A determinação do prazo pode resultar, outrossim, da natureza do negócio de que se tenha encarregado o mandatário. Claro é que, uma vez concluído, o contrato se extingue por falta de objeto.

Bem é de ver que o mandato também termina por outras causas extintivas dos contratos em geral.

287. A procuração. Para o mandatário *representar* o mandante é necessário estar munido de *poderes*, conhecidos dos terceiros, com os quais deve tratar. Importa saibam estes que os efeitos do negócio a se realizar com o mandatário se produzem para o mandante. A esse fim deve haver a *autorização representativa* que consiste, segundo a doutrina alemã, hoje dominante, em uma declaração de vontade do representado dirigida a terceiros.³⁴ Não se confunde essa autorização com o *mandato*, pois pode existir independentemente deste, mas geralmente o acompanha, como condição indispensável a que o mandatário possa agir em nome do mandante.

A *autorização representativa* consubstancia-se ordinariamente na *procuração*. Com esse vocábulo designam-se ao mesmo tempo o negócio unilateral de outorga do poder de representação e a forma de sua realização. É nessa última acepção que se diz ser a procuração instrumento do mandato, mas as disposições legais, que a regulam, dirigem-se ao ato tanto no seu aspecto substancial como no formal, que devem, no entanto, ser separados.

Quando a lei disciplina a *capacidade* do constituinte e do procurador, encara a procuração como ato de *autorização representativa*. Pode ser dada por todas as pessoas no gozo de seus direitos civis. Necessária, porém, a plenitude da capacidade, pois as pessoas relativamente incapazes precisam ser assistidas no ato.³⁵ Quando a lei regula o modo por que deve ser dada a autorização representativa considera a *procuração* no seu aspecto formal. Sob esse aspecto, pode ser: a) *verbal*; b) *escrita*. Esta se faz por *instrumento público* ou *particular*.

A *procuração verbal* não é de uso freqüente devido à imprestabilidade do meio para levá-la ao conhecimento de terceiros. Não se admite, ademais, para os atos que exigem instrumento público ou particular.

Forma comum é a *procuração escrita*. Quando feita e assinada no livro de notas de tabelião, o instrumento é público. A procuração por *instrumento particular* faz-se do próprio punho de seu autor, e é por ele assinada. Permite-se, no entanto, que seja datilografada. Admite-se, inclusive, que se passe *por telegrama*. A tendência é para simplificar as formalidades. Todavia, exige-se que o instrumento particular de procuração contenha designação do [lugar] (Estado, cidade ou circunscrição civil) em que foi passado, a data, [a qualificação] do outorgante e do outorgado, o objetivo da outorga, a designação e extensão dos poderes conferidos.³⁶ A procuração por *instrumento particular* pode ser passada para qualquer fim, mas se o ato a ser praticado pelo outorgado exige escritura pública não terá valor, pois, nesse caso, a lei a obriga.

Forma especial de procuração lavra-se nos autos de uma causa, pelo escrivão, perante o juiz. Chama-se procuração *apud acta*. Na esfera do *mandato judicial*, admite-se, ainda, que o advogado pratique atos de defesa do seu constituinte sem estar ainda autorizado a procurar. A fim de poder agir sem autorização deve se comprometer a exibi-la em prazo certo, dando garantia de que a apresentará. Denomina-se *caução de rato* tal garantia. Hoje é dispensada.

Em conclusão: a autorização representativa não precisa constar, necessariamente, de instrumento formal, servindo qualquer escrito desde que sua autenticidade possa ser comprovada e sua finalidade alcançada. A *procuração* não se confunde, em sua natureza e efeitos, com o contrato em que está compreendida.

Considerada a pessoa do procurador, pode a procuração ser *singular* ou *plural*, conforme a autorização seja dada a um só ou a vários procuradores.³⁷ A *procuração plural* subdivide-se em procuração *conjunta*, *solidária*, *fracionária* e *substitutiva*. Se os procuradores não podem agir separadamente, é *conjunta*. Se cada qual pode agir isoladamente, independente da ordem de nomeação, a procuração é *solidária* ou *in solidum*; se a esfera de ação de

cada procurador está delimitada para cada qual agir exclusivamente em seu setor, é *fracionária*; se finalmente um procurador somente pode agir na falta de outro, pela ordem de nomeação, a procuração é *substitutiva*.

Diz-se *coletiva* a procuração outorgada por várias *mandantes*, num só ato, para negócio de interesse comum.

Para que a substituição de alguém por outrem seja plenamente eficaz, é necessária a intercorrência de uma declaração da pessoa substituída, atribuindo ao substituto o chamado *poder de representação*. A declaração pode, entretanto, vir a ser emitida *a posteriori*, mediante *ratificação*, isto é, por um ato pelo qual o substituído declara aprovar o que em seu nome foi feito, outros entendendo, ao contrário, que, embora torne eficaz o negócio, não significa *autorização representativa*, pois que há sempre de precedê-lo.

A *natureza da procuração* é controvertida, mas atualmente predomina o entendimento de que se trata de um *negócio unilateral* receptício, e não de um contrato entre representado e representante.

Destinatários da *procuração* são o *terceiro* e o *procurador*, este não podendo agir antes de recebê-la.

Insista-se no esclarecimento de que a *procuração* é negócio jurídico independente do contrato entre representante e representado. Trata-se de *negócio autônomo*, valendo se não houver relação jurídica subjacente ou se for nula. No entanto, cessa quando tal relação se extingue, como no caso do gerente de uma firma, que é despedido.

Extingue-se a procuração pelas causas previstas no código para a extinção do *mandato*, independentemente da *forma*. Necessário, no caso de *revogação*, que o terceiro, destinatário certo ou indeterminado, seja comunicado, pois valem os atos do procurador aparente realizados com terceiro de boa-fé.³⁸

Procuração nula, como a que é outorgada por pessoa *absolutamente incapaz*, é tratada do mesmo modo que qualquer negócio concluído em nome de outrem, sem *poder de representação*.³⁹

288. Substabelecimento. Pode o procurador transferir a outrem os poderes recebidos do outorgante. O ato de transferência chama-se *substabelecimento*.

O *substabelecimento* pode ser feito se a procuração o permite expressamente, se é omissa, e, até, se o proíbe.

Interessa distinguir as hipóteses, porque varia a responsabilidade do procurador que substabelece.

Tendo autorização para substabelecer, o procurador só será responsável pelos atos do substabelecido [se tiver agido com culpa em sua escolha ou nas instruções a ele dadas⁴⁰].

Sendo omissa a procuração, o procurador responde somente se o substabelecido proceder culposamente.⁴¹

Havendo proibição, ainda assim não estará tolhido de substabelecer, mas sua responsabilidade se agrava. Nesse caso, responde até pelos prejuízos resultantes do caso fortuito, a menos que prove sobreviriam ainda não houvesse substabelecimento⁴². [O mandante, por sua vez, não será obrigado pelos atos praticados pelo substabelecido nessas circunstâncias, salvo ratificação expressa⁴³].

O *substabelecimento* não obedece a forma especial. Ainda que a procuração tenha sido passada por instrumento público, o substabelecimento pode ser por instrumento particular. Em suma, não acompanha necessariamente a forma de procuração, nem precisa ser feito no mesmo instrumento.

A transferência de poderes pode ser *total* ou *parcial*. Ao substabelecer, o procurador pode reservar para si todos os poderes transmitidos, parte deles, ou não. No *substabelecimento com reserva de poderes*, ao procurador é dado reassumi-los em qualquer momento. Trata-se de transferência provisória. No *substabelecimento sem reserva de poderes*, a transferência é definitiva. Quem substabelece desse modo renuncia, em verdade, ao poder de representação.

289. Procuração em causa própria e procuração irrevogável. Com esse nome designa-se um negócio jurídico que de procuração tem apenas a forma, ou, quiçá, a aparência. Trata-se, a rigor, de negócio de alienação, gratuita ou onerosa.

A cláusula *in rem suam* desnatura a procuração, porque o ato deixa de ser *autorização representativa*. Transmitido o direito ao procurador em causa própria, passa este a agir em seu próprio nome, no seu próprio interesse e por sua própria conta.

Sendo o *negócio translativo*, há de preencher os requisitos necessários à validade dos atos de liberalidade ou de venda. Transfere crédito, mas não a propriedade. Será, pois, em relação a esta, um título de transmissão, a ser transcrito para que se opere a translação. Quando tem por objeto bem imóvel, a procuração em causa própria exige a forma de escritura pública.

Intuitivamente, a *procuração em causa própria* é irrevogável não porque constitua exceção à revogabilidade do mandato, mas porque implica transferência de direitos. [O mandato com cláusula “em causa própria” sujeita-se a regras específicas: sua revogação é ineficaz, não se extingue pela morte das partes, o mandatário é dispensado de prestação de contas e pode transferir a si mesmo o bem objeto do mandato⁴⁴].

Além da procuração em causa própria, outras admitem a cláusula da irrevogabilidade. Quando a proibição de revogar se origina da obrigação assumida espontaneamente pelo outorgante, o descumprimento dessa *obrigação de não fazer* o sujeita ao pagamento de perdas e danos pura e simplesmente.^{45 e 46} A doutrina mais antiga sustentava que era nulo o ato de revogação praticado pela pessoa que concedera poderes irrevogáveis. A revogação não é, por outra palavra, ineficaz, nem razão haveria para se aplicar a sanção de nulidade. Fazendo o que se obrigara a *não fazer*, o representado (outorgante da procuração) torna-se inadimplente da obrigação assumida no contrato subjacente, que é mais freqüentemente o mandato.

Deve ser interpretada [de outro] modo a *irrevogabilidade*, quando a procuração é condição de [um negócio bilateral ou foi estipulada no interesse exclusivo do mandatário. Nessa hipótese, a revogação será ineficaz⁴⁷].

¹ [Art. 115 do Código Civil.]

² Galvão Teles, *Dos Contratos em Geral*, p. 270; Mosco, *Rappresentanza Volontaria*; Pugliatti, *Rappresentanza*; José Paulo Cavalcanti, *A Representação Voluntária no Direito Civil*; Plácido e Silva, *Tratado do Mandato*; Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, vol. IV.

³ [Art. 116 do Código Civil.]

⁴ Galvão Teles, *ob. cit.*, p. 270.

⁵ [Arts. 115 a 120 do Código Civil.]

⁶ [Art. 653 do Código Civil.]

⁷ Blas Perez e J. Alguer, “Notas a Enneccerus”, no *Tratado de Derecho Civil Alemán*, vol. 2º, t. II, p. 320.

⁸ [Art. 658 do Código Civil.]

⁹ Enneccerus, *ob. cit.*, p. 320.

¹⁰ *Vide* Carvalho de Mendonça, *Contratos no Direito Civil Brasileiro*.

¹¹ [Art. 658 do Código Civil.]

¹² [Art. 659 do Código Civil.]

¹³ [Art. 656 do Código Civil.]

¹⁴ [Art. 657 do Código Civil.]

¹⁵ [Art. 667 do Código Civil.]

¹⁶ [Art. 668 do Código Civil.]

¹⁷ [Art. 118 do Código Civil.]

¹⁸ [Art. 674 do Código Civil.]

¹⁹ Enneccerus, *ob. cit.*, p. 330.

²⁰ [Art. 675 do Código Civil.]

²¹ [Arts. 664 e 681 do Código Civil.]

²² [Art. 678 do Código Civil.]

²³ Enneccerus, *ob. cit.*, p. 331.

²⁴ [Art. 676 do Código Civil.]

²⁵ [Art. 658, parágrafo único, do Código Civil.]

²⁶ [Arts. 662 e 665 do Código Civil.]

²⁷ [Art. 679 do Código Civil.]

²⁸ [Art. 682 do Código Civil.]

²⁹ [Vide o item 288 a seguir.]

³⁰ [Art. 688 do Código Civil.]

³¹ José Paulo Cavalcanti, *A Representação Voluntária no Direito Civil*, p. 74, nota 133.

³² [Art. 689 do Código Civil.]

³³ [Arts. 690 e 691 do Código Civil.]

³⁴ Para o Direito Brasileiro: Clóvis Beviláqua, *Código Civil Comentado*, vol. V; Carvalho de Mendonça, J. X., *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VI; Carvalho de Mendonça, M. I., *Contratos no Direito Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XVIII; Eduardo Espínola, *Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro*; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. XIV; J. P. Cavalcanti, ob. cit.

³⁵ [Art. 654 do Código Civil.]

³⁶ [Art. 654, § 1º, do Código Civil].

³⁷ [Art. 672 do Código Civil].

³⁸ [Art. 686 do Código Civil].

³⁹ José Paulo Cavalcanti, ob. cit., p. 108.

⁴⁰ [Art. 667, § 2º, do Código Civil].

⁴¹ [V. art. 667, § 4º, do Código Civil].

⁴² [Art. 667, § 1º, do Código Civil].

⁴³ [Art. 667, § 3º, do Código Civil].

⁴⁴ [Art. 685 do Código Civil].

⁴⁵ José Paulo Cavalcanti, ob. cit., p. 74. O Direito alemão e o italiano adotam essa orientação.

⁴⁶ [Art. 683 do Código Civil].

⁴⁷ [Art. 684 do Código Civil].

Capítulo 32

COMISSÃO

Sumário: 290. Conceito e distinções. 291. Representação imperfeita. 292. Disciplina legal do contrato. 293. Objeto. 294. Direitos e obrigações do comissário. 295. Responsabilidade do comissário. 296. Contrato do comissário consigo mesmo. 297. Direitos e obrigações do comitente. 298. Comissão *del credere*.

290. Conceito e distinções. Pelo contrato de comissão obriga-se alguém a *vender* ou *comprar* bens em seu próprio nome, mas por conta de outrem, em troca de certa remuneração.¹ *A comissão é mandato sem representante.*

A parte que age em seu próprio nome chama-se *comissário*.

A outra, *comitente*. Designa a palavra *comissão*, também, a remuneração do comissário. O comissário não é gestor de negócios do comitente, nem seu procurador, posto conclua os negócios por conta deste e no seu interesse. Para que haja comissão, necessário se torna que o comissário realize as operações em seu próprio nome, sendo, portanto, *imperfeita* a representação.²

Indispensável ainda, para alguns, que o comissário exerça profissionalmente a atividade. Não basta que uma pessoa pratique eventualmente um negócio jurídico de compra e venda por conta de outrem. A natureza da atividade do comissário exige que exerça habitualmente a profissão, que, numa palavra, seja comerciante. [A comissão mercantil era disciplinada nos arts. 165 a 190 do Código Comercial de 1850, revogados com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, definindo--se como o contrato em que o comissário se qualifica como comerciante e tem por objeto negócios mercantis.³ Com a nova disciplina da comissão no Código Civil, perde interesse a distinção entre comissão mercantil e civil. Atualmente, portanto, o comissário pode ou não ser empresário, embora normalmente o seja].

Não se confundem, entretanto, as figuras do *comissário* e do *representante comercial* ou *agente*. Este tem liberdade de ação para concluir negócios em nome do representante, aproxima-se do comissário quando se lhe confere a faculdade de discutir as condições do contrato. O *comissário* contrata em nome próprio, ignorando o comprador, ou o vendedor, a circunstância de estar ele agindo por conta de outrem. O *agente* ou representante comercial age ostensivamente para o representado ou preponente. A representação é direta, agindo o representante não apenas por conta do outro, mas também em seu nome, enquanto na comissão é *indireta*.

A profissão assemelha-se à do corretor. O comissário não é, porém, intermediário, eis que seu mister não consiste em aproximar pessoas que desejam contratar. O comissário celebra, ele próprio, os contratos e assume responsabilidade por execução. Não raro, porém, se chama corretor quem, na verdade, é comissário. Trata-se, nestas situações, de simples confusão terminológica.

O contrato de comissão tem caráter pessoal porque aciona o mecanismo da *representação*. Conclui-se, portanto, *intuitu personae*. Não poderia ser de outro modo em face dos poderes do comissário para representar os interesses do comitente. Isso não impede, porém, que a função seja exercida por uma sociedade mercantil, em vez de pessoa física.

Freqüentemente, converte-se a comissão em mandato pela ratificação do comitente, que toma a si o contrato realizado pelo comissário. Dando-se a conversão, passa o comitente a ter ação direta contra a parte que contratou com o comissário.

291. Representação imperfeita. O comissário representa os interesses do comitente, não agindo, porém, em nome deste. Não é, portanto, seu representante direto. Diz-se que, na comissão, há representação indireta ou imperfeita, que não configuraria, entretanto, a representação propriamente dita como forma típica de cooperação de alguém na conclusão de um negócio jurídico. Ocorreria a interposição real, ou simples gestão de negócios, mas predomina a opinião de que, ao lado da representação direta, se deve admitir a indireta ou mediata, da qual constitui expressão típica, precisamente, a *comissão*.

Seu mecanismo é conhecido. Nada indica que o comissário, parte formal no contrato, o celebre com o propósito de transmitir os efeitos ao comitente. Do ponto de vista externo, a relação jurídica apresenta-se como vínculo exclusivo entre o comissário e a pessoa a quem vende ou de quem compra determinados bens: mercadorias ou títulos. Internamente, porém, e sem aparecer, o comissário está vinculado a outra pessoa por conta da qual age. Gere, por esse modo, interesses do comitente, transmitindo ao *dominus* o resultado da gestão. Posto aja em nome próprio, na verdade representa interesses alheios, substituindo a quem poderia curá-los pessoalmente, tomando lugar de quem não o quer geri-los ostensivamente.

É a comissão, desse modo, modalidade de mandato *sem* representação que produz efeitos análogos aos deste contrato, mas se distingue pelo modo de agir do representante. No mandato, o representante age em nome do representado; na comissão, em nome próprio. Distingue-se pelo modo de agir e não pelo modo de produção dos efeitos, embora a expressão “representação indireta” tenha significação mais próxima do último critério distintivo. Num e noutro, necessidade não há de novo ato para transmissão dos efeitos ao representado.

292. Disciplina legal do contrato. A disciplina do contrato de comissão obedece mais a usos do que a preceitos legislativos. Não têm os legisladores procurado condensá-los no propósito de uniformizá-los, tornando-os, ademais, preciosos. É condenável o processo de remissão a usos, principalmente quando não podem ser determinados com facilidade.

A despeito, porém, da preferência pelo direito consuetudinário, não se descaram inteiramente os legisladores da disciplina do contrato em preceitos codificados. [A disciplina da comissão foi prevista no Código Civil de 2002,⁴ mas em diversas oportunidades a lei remete aos usos como fonte de integração do contrato.]

Assim é que a lei presume o comissário autorizado a conceder prazo de pagamento na conformidade dos usos locais se o comitente não o proibir, ou o dispuser diversamente. Tais usos são os do lugar onde o comissário realiza a operação.⁵ Normalmente, o de seu domicílio.

Se, apesar da proibição, concede o comissário dilação para o pagamento, terá de pagar ao comitente no prazo e condições prescritas nas instruções por este dadas.⁶ Pertence-lhe, entretanto, a vantagem decorrente da dilação. Se deve vender, por exemplo, à vista, mas, contrariando a instrução, vende a prazo e em compensação cobra superpreço, a ele cabe a vantagem (Formigini).

Comissário que conceda prazo para pagamento deve informá-lo ao comitente, indicando, além disso, a pessoa a quem o concedeu. [Se não o fizer, poderá o comitente exigir que o comissário lhe pague incontinenti, ou responda pelas conseqüências da dilação concedida⁷].

Autoriza a lei a revogação da ordem para o comissário concluir o negócio, se ainda não realizado. Além da faculdade de revogar a autorização, tem o comitente a de alterar as instruções. [Segundo o artigo 704 do Código Civil, salvo disposição em contrário pode o comitente, a qualquer tempo, alterar as instruções dadas ao comissário, entendendo-se por elas regidos também os negócios pendentes].

A revogação sem justa causa pode dar lugar à indenização do prejuízo sofrido pelo comissário.⁸ Praticada quando as negociações preliminares exigiram despesas e esforço do comissário, justo é que não seja prejudicado. Mas, do mesmo passo, se conclui o negócio apesar de revogada a ordem, responde perante o comitente, como perante o terceiro, pelos danos causados. [O Código Civil traz dois dispositivos acerca da dispensa do comissário. Dispõe que o comissário terá direito a ser remunerado pelos serviços úteis prestados ao comitente, ainda que tenha dado motivo à dispensa, ressalvada eventual responsabilidade pelos prejuízos sofridos pelo comitente.⁹ E prescreve que, na hipótese de dispensa sem justa causa, terá o comissário direito a ser remunerado pelos trabalhos prestados, bem como a ser ressarcido pelas perdas e danos resultantes da extinção do contrato¹⁰].

Finalmente, interessante preceito relativo ao mandato, aplicável à comissão, é o que estabelece a sobrevivência do contrato à morte ou incapacidade do comitente.

Não pode o comissário [afastar-se das ordens e instruções do comitente] no exercício da atividade. Contudo, o excesso se justifica, como o admite a lei em dois casos:

1º – quando traz vantagem ao comitente;

2º – quando a conclusão do negócio não comporta retardamento [e o comissário agir em conformidade com os usos¹¹].

Em qualquer hipótese, a aprovação do comitente sana o excesso, podendo ser expressa ou tácita.

293. Objeto. Objeto do contrato de comissão é a aquisição ou venda de bens por conta de outrem. Nessas operações, consiste a atividade do comissário. Refere-se a comissão, essencialmente, aos negócios de compra e venda, não se compreendendo mais, no seu âmbito, a conclusão de outros, com a expedição de mercadorias por conta do comitente, hoje objeto de contrato autônomo.

A compra ou venda de bens no próprio nome, mas por conta de outra pessoa, pode ocorrer habitual ou ocasionalmente. Comissário é, entretanto, [normalmente quem pratica essa atividade de modo profissional]. Contudo, não se desfigura o contrato pela circunstância de celebrá-lo esporadicamente quem realiza a operação. Subordina-se, do mesmo modo, à disciplina legislativa a que está sujeita a relação jurídica do comissário profissional. Caracteriza-se o contrato, numa palavra, pelo *objeto*. Insistem comercialistas, todavia, no requisito da profissionalidade, observando Mossa que não tem sentido falar-se de *comissão* fora do exercício comercial do comissário. [O Código Civil, como já se viu, não exige, contudo, nenhum requisito vinculado à qualidade das partes do contrato de comissão].

294. Direitos e obrigações do comissário. O comissário tem, primeiramente, a obrigação de concluir o negócio.

Deve realizá-lo em seu próprio nome. Não tem, entretanto, plena liberdade, visto que age por conta do comitente. Cumpre-lhe, portanto, observar as instruções ou ordens recebidas.¹² Distingue a doutrina as instruções de *caráter imperativo* das meramente indicativas. Aquelas são obrigatórias; estas lhe deixam liberdade de apreciação. No caso de desobedecer às instruções, responde pelos danos causados não somente perante o comitente, mas também perante terceiros, na hipótese de se recusar aquele a executar o contrato ou a executá-lo de acordo com as instruções que dera.

Uma vez que o contrato é concluído no interesse do comitente, deve ele suportar as despesas da operação. Tem, assim, o comissário direito a ser reembolsado das que efetuou, salvo estipulação contrária. [Para garantir este reembolso, bem como o recebimento das comissões devidas, tem o comissário direito de retenção sobre os bens e valores detidos em razão do contrato¹³].

A quantia por ele desembolsada vence juros a partir do desembolso,¹⁴ mas, evidentemente, a eles não faz jus o comissário, se houve adiantamento por parte do comitente.

Se, no desempenho da comissão, tiver prejuízos, fará jus ao ressarcimento.¹⁵ Pelo serviço que presta, tem direito o comissário a uma remuneração, fixada de acordo com os usos da praça, caso não tenha sido ajustada.¹⁶ Não se realizando o negócio em via de conclusão, o comissário faz jus à remuneração proporcional à importância dos atos praticados, se não o conclui por fato independente de sua vontade.¹⁷ Se, entretanto, não se formar o contrato por intercorrer sua dispensa sem justa causa, o comitente é obrigado a lhe pagar a remuneração [pelos trabalhos prestados, bem como perdas e danos¹⁸].

De regra, calcula-se a remuneração mediante percentagem sobre o valor do negócio. Trata-se, por conseguinte, de remuneração variável. Designa-se pelo próprio nome do contrato. A denominação generalizou-se, passando a significar toda forma de remuneração proporcional ao valor do negócio realizado ou encaminhado.

Pelas comissões ou reembolsos, o comissário é credor privilegiado na falência do comitente.¹⁹ Age o comissário em nome próprio, não sendo, portanto, obrigado a declarar o nome do comitente. Por essa razão, as pessoas com as quais o comissário contrata não têm direito de ação contra o comitente, ao menos diretamente.²⁰ Concluído o negócio, deverá o comissário comunicá-lo ao comitente. Responde pela omissão. Não basta, porém, a comunicação. Necessário, ainda, prestar contas e remeter ao comitente, com ou sem as deduções autorizadas, conforme o contrato ou o uso, ou importância que houver recebido com o preço da venda efetuada. Constitui abuso de confiança sua retenção.²¹ O *comissário* pode concluir *contrato consigo mesmo* se a compra é de títulos ou mercadoria com preço de bolsa.²²

295. Responsabilidade do comissário. O comissário é responsável:

a) pelo prejuízo a que der causa [por ação ou omissão, salvo força maior²³];

- b) se cometer excesso no exercício da representação;
- c) se não prestar contas;
- d) se não segurar as mercadorias;
- e) se não conservar os bens confiados à sua guarda;
- f) pelas avarias que atingirem mercadorias consignadas, se não comunicá-las de pronto ao comitente;
- g) se não diligenciar a imediata apuração da causa do perecimento ou deterioração dos bens que estiverem em seu poder.

Pela insolvência do terceiro responde o comissário somente se [agiu com culpa ou em se tratando de comissão *del credere*²⁴].

Não responde, igualmente, pelas obrigações do terceiro, salvo se entrou no negócio sendo a comissão *del credere*, isto é, se garantiu ao comitente a execução do negócio por parte de terceiro contraente.²⁵

296. Contrato do comissário consigo mesmo. A propósito da comissão, debate-se o problema do autocontrato ou contrato consigo mesmo. Indaga-se da possibilidade de o comissário adquirir para si as coisas que deve vender. [O contrato do representante consigo mesmo é anulável, nos termos do art. 117 do Código Civil. Contudo, tendo em vista que o comissário não é representante, a doutrina majoritária afasta a aplicação analógica desta regra.²⁶ No que diz respeito ao contrato do comitente consigo mesmo parece necessário, portanto, construir regra autônoma em relação à contida no art. 117].

Sendo o comissário representante do comitente, que age, porém, em nome próprio, nada impede, do ponto de vista jurídico, que realize a operação com contraparte. Em vez de vender o bem a terceiro, ele próprio o compra. Intervém no contrato uma só pessoa, que declara, entretanto, duas vontades, a própria, como adquirente, e a que produz efeitos na esfera jurídica da pessoa por conta de quem realiza o contrato.

Trata-se, entretanto, de operação perigosa, cujos inconvenientes têm sido ressaltados. Para diminuí-los, subordina a lei sua validade a certas exigências. Proíbe-a, se feita à revelia do comitente. Desenvolve-se, porém, a tendência para permiti-la sempre que este não a proíbe, entendendo-se, desse modo, que, se o contrato de comissão não contém cláusula proibitiva, pode o comissário contratar consigo mesmo. Necessária não será, portanto, permissão expressa, se aceita essa orientação. Tendência oposta observa-se nos códigos que exigem autorização específica do comitente para a conclusão do contrato, sob pena de sua anulação.

Ainda nos sistemas orientados para a *permissão implícita*, não se admite o *autocontrato* se seu conteúdo se determina por forma que revela a existência de conflito de interesses. Daí a exigência, na comissão de venda, de que a mercadoria seja das que têm preço corrente, não sujeito a oscilações.²⁷ Em suma, tende-se a aceitar a validade do contrato consigo mesmo, realizado pelo comissário sempre que esteja sujeito a ordens imperativas do comitente, suficientes a impedir que fixe arbitrariamente as condições do contrato. É preciso, por outras palavras, que a situação se configure por traços que tornem indiferente, para o comitente, realize o comissário contrato com terceiro ou consigo próprio. Contesta-se, todavia, a persistência do contrato de comissão estipulada nessas condições, achando alguns que se desnatura.

Admitida a conservação de sua causa, não perde o comissário direito à remuneração, que, no fundo, passa a ser desconto no preço da mercadoria adquirida.

A dúvida quanto à possibilidade do autocontrato na representação indireta surge em relação à vontade e ao interesse, jamais com referência à ação em nome próprio ou alheio.²⁸ O comissário age no interesse do comitente, mas também no interesse próprio se quer adquirir os bens que deve vender a terceiros.

297. Direitos e obrigações do comitente. Obriga-se o comitente pela execução de contrato concluído pelo comissário na conformidade de suas instruções.

Se a operação consistiu na venda de mercadorias, cumpre-lhe pô-las à disposição do comissário no tempo previsto para sua entrega.

É prática muito comum a remessa das mercadorias ao comissário antes da venda. Nesse caso, o comissário torna-se depositário de tais bens, convertendo-se em *consignatário*. Tal depósito é denominado *consignação*. Conserva o comitente a propriedade das mercadorias consignadas, podendo, portanto, reivindicá-las na falência do comissário, se identificáveis.

Não sendo o comitente parte no contrato celebrado pelo comissário com o comprador, não tem este, contra o primeiro, ação direta para exigir o preço das mercadorias compradas, ou fazer outras exigências.²⁹ Pensa desse modo a maioria dos tratadistas; mas prospera, na doutrina mais recente, a opinião contrária. O comitente, segundo essa corrente, exerce direito próprio quando se dirige diretamente ao terceiro para lhe exigir o pagamento do que comprou. O comissário é formalmente titular do crédito, mas pertence ele, em verdade, tanto sob o ponto de vista econômico como jurídico, ao comitente. A este corresponde, efetivamente, porque é por sua conta que o comissário age. O titular formal deve exigir ou reclamar o pagamento na condição de credor, resultante de sua posição no contrato, mas seu direito de ação não impede que o comitente promova diretamente a realização do crédito, pois a ele interessa o recebimento. Entendem alguns que, com esse procedimento, não está o comitente a exercer *ação sub-ro-gatória*, substituindo-se processualmente ao comissário, porque tal ação supõe a inércia do titular do direito. Age, assim, por direito próprio, embora possa o terceiro opor-lhe as exceções pessoais que poderia levantar contra o comissário.

Outros escritores sustentam que o comissário não pode mover ação contra o terceiro sempre que este conhece a existência da comissão.

Para justificar o poder de agir do comitente, sem se lhe reconhecer direito próprio, recorrem alguns à *sub-rogação*, que teria como conteúdo poder jurídico de se apropriar alguém de um direito alheio para realização de interesse que seria sacrificado se não o defendesse em juízo.

Exigem outros, finalmente, a cessão dos direitos do comissário. Não terá o comitente ação direta nem indireta contra o terceiro. Para obter a tutela judicial do crédito há de se tornar seu cessionário. Substituindo-se, por esse método, ao comissário, agirá por direito próprio, como, de resto, qualquer pessoa que obtivesse a cessão. Não havendo cessão, somente lhe assistiria direito contra o comissário. [Esta foi a solução adotada no art. 694 do Código Civil].

A *comissão* devida pelo comitente deve ser paga depois de concluído o negócio, nada impedindo, entretanto, que tome a forma de *provisão*, quando o comissário a receba adiantadamente.

O direito ao recebimento da comissão não é condicionado à execução do contrato, nascendo com sua conclusão.

Mediante estipulação contratual ou simplesmente em decorrência de uso observado em certas praças, pode o comissário fazer jus à parte da remuneração quando não chegou a realizar a operação. Nesse caso, o comitente é obrigado a pagá-la, posto nenhum proveito lhe traga a atividade do comissário.

298. Comissão *del credere*. Modalidade interessante de comissão realiza-se com a cláusula *del credere*. Trata-se de pacto adjeto ao contrato, pelo qual o comissário assume a responsabilidade de pagar o preço da mercadoria que vendeu, [solidariamente com as pessoas com quem contratou em nome do comitente,] garantindo desse modo a execução do contrato.³⁰ Não assume propriamente um risco segurável, nem se apresenta ao comitente como fiador da dívida contraída pelo terceiro, mas simplesmente contrai a obrigação de pagá-la, [em solidariedade com os terceiros com quem contratou].

Tal obrigação pode ser assumida em relação a toda a dívida ou somente em parte, quase sempre determinada em percentagem sobre o prejuízo do comitente.

O principal objetivo do pacto é servir de estímulo à criteriosa seleção dos negócios, evitando que o comissário, atraído pela comissão, possa concluir para o comitente negócios prejudiciais.

A comissão *del credere* deve ser estipulada expressamente, não se subentendendo nem podendo ser inferida de circunstâncias, como, por exemplo, a taxa alta de comissão.

Como a garantia de execução do contrato agrava a responsabilidade do comissário, recebe ele, de regra, em compensação, melhores comissões.³¹ A obrigação de garantia cessa se a inexecução se dever à força maior ou a fato do comitente. Se este não satisfaz a prestação necessária à execução do contrato, não pode o comissário responder pela obrigação do terceiro.

Contestada a natureza fidejussória da obrigação assumida pelo comissário, acham alguns que responde solidariamente pelas obrigações do terceiro, mas, verdadeiramente, interessa ao comitente que seja ele devedor principal que paga por conta daquele a quem vendeu.

- ¹ [Art. 693 do Código Civil].
- ² [Sobre a representação, vide Orlando Gomes, Introdução ao direito civil, Cap. 30].
- ³ [Art. 165 do Código Civil].
- ⁴ [Vide arts. 693 a 709 do Código Civil.]
- ⁵ [Art. 699 do Código Civil.]
- ⁶ [Art. 700 do Código Civil.]
- ⁷ [Art. 700, última parte, do Código Civil.]
- ⁸ [Art. 705 do Código Civil.]
- ⁹ [Art. 703 do Código Civil.]
- ¹⁰ [Art. 705 do Código Civil.]
- ¹¹ [Art. 695, parágrafo único, do Código Civil].
- ¹² [Art. 695, *caput*, do Código Civil].
- ¹³ [Art. 708 do Código Civil].
- ¹⁴ [Art. 706 do Código Civil.]
- ¹⁵ [Art. 678 do Código Civil, aplicável por analogia.]
- ¹⁶ [Art. 701 do Código Civil.]
- ¹⁷ [Art. 702 do Código Civil.]
- ¹⁸ [Art. 705 do Código Civil.]
- ¹⁹ [Art. 707 do Código Civil.]
- ²⁰ [Art. 694 do Código Civil.]
- ²¹ [Art. 668 do Código Civil, aplicado por analogia.]
- ²² [Regra análoga consta do art. 1.735 do Código Civil italiano.]
- ²³ [Art. 696, parágrafo único, do Código Civil.]
- ²⁴ [Arts. 697 e 698 do Código Civil.]
- ²⁵ [Art. 698 do Código Civil.]
- ²⁶ [Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, tomo XLIII, p. 288 (discorrendo sobre o art. 1.133, inciso II, do Código Civil de 1916).]
- ²⁷ [Vide, por exemplo, o art. 1.735 do Código Civil italiano.]
- ²⁸ **Cariota Ferrara, *El negocio jurídico*, p. 604.**
- ²⁹ [Art. 694 do Código Civil.]
- ³⁰ [Art. 698 do Código Civil.]
- ³¹ [Art. 698 do Código Civil.]

Capítulo 33

CONTRATO DE AGÊNCIA OU REPRESENTAÇÃO COMERCIAL

Sumário: 299. Elementos configurativos. 300. Figuras características. 301. Qualificação profissional do agente. 302. Agentes, viajantes e praticistas. 303. Cláusula de exclusividade. 304. Obrigações e direitos do agente. 305. Direito à retribuição. 306. Resilição do contrato.

299. Elementos configurativos. A autonomia do contrato de *agência*, *agenciamento* ou *representação* está reconhecida em algumas legislações.¹ Por esse negócio jurídico, uma das partes obriga-se, contra retribuição, a promover habitualmente a realização [de certos negócios,] por conta da outra, em determinada zona, de operações mercantis, agenciando pedidos para esta [e, eventualmente, represen-tando-a na conclusão dos contratos].

No Direito brasileiro, o tipo contratual em questão foi regido inicialmente pela Lei nº 4.886/65,² que trata da atividade profissional do representante comercial autônomo. A nomenclatura desta lei sofreu críticas em virtude de o contrato nela disciplinado não envolver, necessariamente, *representação* de uma parte pela outra (o que decorre claramente do art. 1º, *caput* e parágrafo único, do próprio diploma legal). Preferível, de fato, designá-lo como *contrato de agência*.

O Código Civil de 2002, contudo, alterou profundamente o regime do contrato de agência, ora previsto em seus arts. 710 a 721. Deve-se reconhecer, não obstante, que a Lei nº 4.886/65 continua em vigor, seja por não ter sido expressamente revogada, seja em função do disposto no art. 712 do Código Civil, pelo qual ao contrato de agência aplicam-se as regras “constantes de lei especial”. Cabe, então, à doutrina e a jurisprudência, no silêncio do legislador, a tarefa de compatibilizar os dispositivos da lei do representante comercial com os do Código Civil.

Em primeiro lugar, da análise comparativa dos dois textos legais parece não haver dúvida de que se trata do mesmo tipo contratual. Com efeito, a função econômico-social do contrato descrito no art. 710 do Código Civil é idêntica à do contrato regulado pela Lei nº 4.886/65, a saber, a realização de determinada atividade (promoção de negócios em certa área, à conta e, eventualmente, também em nome de outrem) contra uma retribuição.

A distinção entre eles cinge-se apenas ao fato de que o art. 1º da Lei nº 4.886/65 limita a atividade do agente à promoção de “negócios mercantis”, ao passo que o art. 710 do Código Civil de 2002 refere-se, de modo mais amplo, à promoção de “certos negócios”. A mudança deve-se à unificação do direito das obrigações operada pelo novo Código.

Desse modo, atualmente o contrato de agência encontra-se regulado precipuamente pelas normas gerais contidas no Código Civil de 2002, mas também pelas normas da Lei nº 4.886/65. O que justifica a manutenção de dois corpos normativos a regular o mesmo tipo contratual é a peculiaridade da agência regulada na Lei nº 4.886/65. Esta, ao contrário do tipo previsto no Código Civil, tem por objeto a promoção de negócios *mercantis*, de modo a constituir um *subtipo* do contrato de agência. Poder-se-ia cogitar, em tese, da aplicabilidade da lei do representante comercial à atividade de promoção de quaisquer negócios empresariais, não somente os mercantis, por força do disposto no art. 2.037 do Código Civil. Parece-nos, contudo, que o esvaziamento da distinção entre a agência regulada no Código Civil e aquela prevista na Lei nº 4.886/65 não foi o objetivo do legislador. Caso contrário, não se justificaria a permanência de uma *lei especial*, nem a observação de que ao contrato de agência do Código Civil aplicam-se, *no que couber*, as regras constantes desta lei especial.³

Dito isto, deve-se analisar a recíproca influência existente entre o Código Civil e a lei do representante comercial. Tendo em vista que as regras gerais do primeiro fixam a disciplina básica do tipo contratual, devem ser

consideradas revogadas as normas da Lei nº 4.886/65 incompatíveis com as do Código Civil. É o caso, v.g., do art. 31, parágrafo único, segundo o qual a exclusividade da prestação, em favor do agente, não se presumia caso não houvesse ajuste expresso, norma contrária à primeira parte do art. 711 do Código Civil; e também do art. 34, que condicionava a rescisão unilateral do contrato, quando celebrado por tempo indeterminado, a aviso prévio de 30 (trinta) dias, incompatível com o art. 720 do Código Civil, que exige aviso prévio de, no mínimo, 90 (noventa) dias, podendo ser superior quando necessário em virtude dos investimentos realizados pelo agente.

Por outro lado, dada a peculiaridade do subtipo de agência regulado na Lei nº 4.886/65, somente a ele se aplicarão as normas específicas nela contidas, notadamente aquelas relativas à obrigatoriedade de inscrição do agente no respectivo Conselho Regional dos Representantes Comerciais. Entretanto, as normas de índole geral constantes da lei do representante mercantil poderão ser aplicadas ao contrato de agência cujo objeto for a promoção de negócios não-mercantis. É o caso, v.g., da regra que enumera as causas justificativas da rescisão unilateral do contrato, contida nos arts. 35 e 36 do diploma legal.

Entram em sua composição [do contrato de agência] os seguintes elementos:

- 1) a obrigação do agente de promover a conclusão de contratos por conta do preponente, [também, chamado, no Código Civil, “proponente”];
- 2) habitualidade do serviço;
- 3) delimitação da zona onde deve ser prestado;
- 4) direito do agente à retribuição do serviço que presta;
- 5) exclusividade e independência de ação.

O traço marcante é a autonomia na prestação de serviço.

Os direitos e obrigações principais das partes não revelam, sem outros traços, o seu perfil. Dentre os elementos de caracterização, salientam-se: a estabilidade da relação jurídica, a delimitação da zona de atividade, a ação autônoma do agente, concessionário, distribuidor ou representante, e, [no tocante à agência regulada pela Lei nº 4.886/65,] o registro em órgão competente.⁴

Há [o agente] de exercer profissionalmente a atividade. A habitualidade é, por outras palavras, necessária à configuração do contrato. A relação contratual não é de prestação única, que se esgote com o cumprimento, mas, sim, de duração.

O contrato deve delimitar a zona em cujos limites se há de circunscrever a atividade do agente. Pouco importa sua extensão. Tanto pode ser um país como um distrito, mas a delimitação é indispensável. Contrato que não a estipule de agência não é. Não podem as partes, portanto, prescindir da determinação desse elemento natural do contrato.

A prerrogativa de exclusividade não é intrínseca à relação de agência; tanto para o agente como para o preponente. Admissível, assim, que se valha este, contemporaneamente, de vários agentes para a venda de suas mercadorias na mesma zona, como nada obsta a que o agente, na mesma circunscrição territorial, promova operações para diversos preponentes. Posto se convencione, de ordinário, a exclusividade, não constitui elemento natural do contrato. Por isso, permitem as leis que a cláusula de *exclusividade* seja eliminada. [A inexistência de exclusividade, entretanto, deve ser expressamente pactuada⁵].

A independência da ação do agente permite distingui-lo do *empregado*. Não há subordinação hierárquica na relação do representante comercial com o preponente; quando existe, o contrato passa a informar uma relação de emprego. Subordinação inexistente, em princípio, se entendida na acepção estrita de vínculo de natureza pessoal que implica direção dos serviços a serem prestados. Subordinação, entretanto, existe, porque o trabalho do agente há de ser executado conforme as instruções do preponente,⁶ a quem deve, a mais, prestar contas da atividade exercida, embora, no seu exercício, goze o agente de autonomia. Tanto não existe a dependência pessoal que uma pessoa jurídica pode ser agente, o que não se admite no contrato de trabalho, no qual o serviço há de ser prestado, necessariamente, por pessoa física. Nada impede que quem preste serviços próprios dos agentes execute a prestação na condição de empregado. Pouco importa, finalmente, que a lei dispense ao agente proteção similar à de certa categoria de empregados. A política legislativa não subverte a natureza do contrato nem atribui a uma de suas partes condição diversa.

O Direito alemão subdivide os *agentes* em duas classes: os *autônomos* e os *empregados*, inspirando, no particular, o legislador pátrio.

Tendo, pois, causa específica e se distinguindo por traços peculiares, o contrato de agência ou representação comercial, outrora inominado, passou a integrar, como contrato típico, o elenco das relações contratuais especialmente reguladas nos Códigos, devido à importância econômica que granjeou, tornando-se *usual*.

Distingue-se de outras espécies contratuais, tais como o mandato, o contrato de trabalho, o de prestação de serviços, a mediação e a comissão.

Do mandato pela natureza da atividade exercida pelo agente, extensão de sua responsabilidade e natureza de sua colaboração, que não é ocasional.⁷

Do contrato de trabalho, porque a atividade do agente não está subordinada ao poder de comando que tem o empregador sobre o empregado. O trabalho de agente é *autônomo*, mas nem por isso se confunde com o contrato de prestação de serviço, porque é de caráter duradouro e deve ser encarado globalmente.

Da mediação distingue-se, finalmente, porque os encargos do agente têm de ser cumpridos habitual, e não eventualmente. Ademais, caracteriza-se a mediação pela imparcialidade e porque o corretor não tem parte ativa no contrato.

Por último se distingue da *comissão* porque o *comissário* age em nome próprio por conta de outrem, enquanto o *agente* não atua em nome próprio, nem por conta própria.

[Não obstante as distinções apontadas, prescreve o art. 721 do Código Civil que à agência aplicam-se, no que couber, as regras do mandato e da comissão].

300. Figuras características. A exigência econômica de representação em determinada zona dos interesses de industriais e comerciantes sem os ônus e despesas de uma filial ou outra dependência própria deu causa à expansão de um contrato inominado que passou a ser regulado com a denominação de *contrato de agência*.

Várias categorias de *agentes* se formaram, desde aquele que organizou grande empresa ao modesto trabalhador economicamente dependente do comitente.

Figuras características e atípicas de agentes surgiram, tais como a do *agente depositário*, a do *agente livreiro*, a do *agente propagandista*, a do *agente cinematográfico*, a do *agente esportivo* e *tantos outros*.⁸

O *agente depositário* encarrega-se de armazenar (depósito) do preponente ou dele próprio, entregando a mercadoria diretamente ao comprador. Não se trata de contrato misto ou coligado ao de depósito.

O *agente livreiro* incumbe-se de promover a venda de livros por conta das editoras, mediante comissão, em determinada zona, geralmente com exclusividade.

O *agente propagandista*, utilizado habitualmente na indústria farmacêutica, exerce atividade colateral pela distribuição de amostras, só se caracterizando como *trabalhador autônomo* se o serviço de propaganda tiver retribuição proporcional ao montante das vendas de produtos dos quais tinha feito a propaganda.

O *agente cinematográfico* ou *teatral* celebra contrato de agência somente quando exerce, por exclusiva conta do autor, uma atividade de colaboração contínua para a obtenção de contratos. Distingue-se do *agente* que se encarrega de promover contratos, em determinada zona, para a exibição de produções cinematográficas ou teatrais.

Tem igual configuração o *agente esportivo*.

Figura muito conhecida por ser necessário *auxiliar* e colaborador muito estreito das companhias seguradoras é o *agente de seguros*. Trata-se de agente que pode exercer sua atividade numa relação de trabalho autônomo ou subordinado. O primeiro distingue-se pelo *poder de representação* que lhe assegura a faculdade de concluir contratos, e por não ser preposto de filial ou agência da própria companhia que esteja sujeito à direção do respectivo administrador ou gerente.

301. Qualificação profissional do agente. Nas legislações, [como a nossa,] que disciplinam o contrato de agência como espécie autônoma, somente se considera agente quem se obriga a promover habitualmente negócios por conta de outrem, em determinada zona.⁹ Qualificam-no, portanto, objetivamente. Por outras palavras: é sua posição na relação contratual de agência que lhe define a qualificação profissional.

Pela natureza de sua atividade e modo de exercício, deve incluir-se [o agente entre os empresários], não só porque a habitualidade constitui elemento essencial do contrato, mas, também, porque, ainda sendo pessoa física, organiza-se, inevitavelmente, sob a forma de empresa. Promovendo negócio por conta de outrem, concorre o agente para a circulação da riqueza, no exercício de atividade com fim lucrativo.

Agentes, nesse sentido, não devem ser considerados, por conseguinte, os que realizam os mesmos atos na condição, porém, de empregado. Para evitar a confusão, preferem alguns qualificar o agente propriamente dito como

distribuidor ou como *representante comercial*.

Por outro lado, submetem-se a disciplina jurídica particular certas relações contratuais que se não ajustam perfeitamente ao esquema legal típico e se qualificam como agentes certas pessoas que, objetivamente, não têm tal condição. Assim, os agentes de navegação, de turismo, de expedição e de colocação. Agentes de seguros se denominam, não raro, simples corretores. Confundem-se, outrossim, o mero praticista com o agente genuíno. Em suma, a qualificação profissional do agente requer perfeito ajustamento de sua atividade aos elementos distintivos do contrato para evitar-se a aplicação de suas regras a comissários, concessionários, mediadores ou simples empregados.

Do contrato devem constar necessariamente a indicação do objeto da representação, a determinação da zona em que será exercida, a garantia da exclusividade e o importe da indenização por rescisão sem justa causa.

302. Agentes, viajantes e praticistas. Dos *agentes* propriamente ditos distinguem-se os *viajantes* e *praticistas*. Vendem estes também por conta e risco de outrem, mas em condições jurídicas diferentes. Aproximam-se, porque não são vendedores em nome próprio e exercem habitualmente a atividade. Afastam-se, entretanto, porque viajantes e praticistas integram a empresa a que prestam serviços, enquanto o agente se conserva do lado de fora, constituindo, ele próprio, uma empresa.

A atividade dos viajantes e praticistas, posto compreendida no âmbito da empresa a que pertencem, se exerce fora do estabelecimento, distinguindo-se, por esta circunstância, de outros vendedores, denominados balconistas, que desempenham suas funções internamente. Praticistas e viajantes são vendedores externos.

O viajante é o preposto encarregado de vender mercadorias em diversas praças que deve visitar periodicamente e praticista quem se incumbem de vendê-las em uma só praça. O centro de atividade deste é fixo, exercendo-a no local do estabelecimento, seja ou não sua sede. Já o viajante, pela própria natureza de sua profissão, tem de se deslocar de praça em praça, percorrendo a zona destinada ao exercício de sua atividade. A diferença entre um e outro reside, assim, na extensão da zona de trabalho, que, sendo maior para o viajante, lhe enseja naturalmente maior liberdade de ação.

Viajantes e praticistas não são mandatários, embora a natureza dos serviços que prestam exija que representem o preponente. A representação, no caso, não tem como suporte o contrato de mandato, mas a própria relação jurídica de emprego.

As peculiaridades da profissão exigem que o contrato de praticistas e viajantes seja disciplinado por disposições particulares. No sistema jurídico de alguns povos, entre os quais o do país,¹⁰ essa particular modalidade de contrato de trabalho é objeto de lei especial.

Enquanto, pois, o agente é auxiliar autônomo [da empresa], os viajantes e praticistas são empregados, trabalhando sob a dependência do preponente, e sujeitos, portanto, à disciplina legal diversa.

Distingue-se, em suma, o agente do viajante ou praticista pelo modo de exercício da atividade. Age o primeiro com autonomia, os outros com subordinação. É o agente trabalhador autônomo. São trabalhadores subordinados os praticistas e viajantes. Como, entretanto, o agente deve obedecer a certas diretrizes traçadas pelo preponente, e os viajantes precisam agir com relativa autonomia, assim como outros vendedores-empregados, não é fácil, em certas situações, definir a condição do preposto. Como indicação, podem aceitar-se os seguintes elementos de caracterização do viajante, embora sejam alguns circunstanciais: a colocação à disposição da empresa da energia de trabalho durante certo lapso de tempo, diário, semanal ou mensal; a obrigação de comparecer pessoalmente; a obrigação de obedecer aos métodos de venda da empresa; a fixação de período para a viagem pela empresa; o recebimento de instruções sobre o aproveitamento da zona; a elaboração de relatório de visitas e ocorrências; e a obediência ao regulamento da empresa.¹¹

Nada impede, entretanto, que a atividade seja exercida para mais de um preponente, simultaneamente, sem quebra do vínculo de subordinação, não sendo a exclusividade, portanto, decisivo elemento de caracterização da condição de viajante ou praticista.

303. Cláusula de exclusividade. A cláusula de exclusividade constitui a regra no *contrato de agência*. Em princípio, não pode o preponente valer-se de mais de um agente na mesma zona. Não deve este, do mesmo modo, incumbir-se da promoção de negócios, no ramo de atividade, para mais de um preponente. A concorrência natural entre preponentes impede, obviamente, que o agente trabalhe ao mesmo tempo para os que produzem ou vendem

mercadorias similares. Prevalece, assim, a seguinte norma: para toda zona e todo ramo de atividade, um só agente; e um só preponente para cada agente.¹²

Não é, porém, a exclusividade requisito essencial do contrato de agência. Mediante ajuste expresso, pode o agente exercer sua atividade na mesma zona e no mesmo ramo de atividade, para mais de um preponente e esse manter mais de um agente.¹³ Esse ajuste não desnatura de modo algum o contrato de agência.

Pode a exclusividade ser *unilateral* ou *recíproca*. De regra, reveste a última forma. A exclusividade unilateral não favorece a atividade do agente nem convém aos interesses do preponente.

A exclusividade recíproca não impede ao preponente a realização direta de negócios na zona reservada ao agente. A este se assegura, porém, o direito a remuneração correspondente às operações diretamente concluídas pela outra parte. Perceberá, portanto, a comissão como se houvesse interferido na conclusão do negócio.¹⁴ A despeito dessa vantagem, seria inadmissível a liberdade ilimitada do preponente de realizar negócios sem a interferência do agente, visto que seu exercício acabaria por subtrair a clientela deste, tornando-o dispensável. Impossível, não obstante, traçar, na lei, os limites da liberdade do preponente.

O inadimplemento da obrigação de respeitar a exclusividade em favor da outra parte constitui justa causa de rescisão de contrato.

304. Obrigações e direitos do agente. Surgem do contrato de agenciamento para ambas as partes direitos e obrigações recíprocas.

Deve o agente exercer sua atividade conforme as instruções recebidas do preponente.¹⁵ Conquanto se lhe reconheça relativa autonomia na execução dos serviços que presta, há de conformar-se às determinações dadas. Transgressão que cometa constitui justa causa para rescisão do contrato.

Obrigação inerente à sua função é a de transmitir à outra parte informações das condições do mercado e perspectivas de vendas. Cumpre-lhe ainda prestar esclarecimentos a respeito da solvabilidade da clientela e atuação dos concorrentes, bem como sobre a marcha dos negócios a seu cargo.¹⁶ Em certos contratos costuma-se estipular a obrigação do agente de dar um mínimo de produção.

Direito lhe assiste, por outro lado, a que sejam atendidos seus pedidos, proporcionadas as condições, portanto, para que possa exercer profissionalmente sua atividade. Caso não esteja previsto no contrato o volume de negócios que lhe incumbe promover, o agente tem liberdade de ação, não podendo, entretanto, realizá-los em número que exceda a capacidade de produção do preponente.

Dois direitos do agente justificam considerações mais longas: o *direito de exclusividade* e o *direito à remuneração*. O primeiro não se presume. [só pode ser afastado mediante ajuste expresso¹⁷].

Deve o agente diligenciar para que os clientes recebam com regularidade as mercadorias compradas, entendendo-se que ele é representante do preponente para receber as reclamações relativas à inexecução contratual, plena, ou não, como, por exemplo, as que dizem respeito aos vícios das mercadorias recebidas.

Salvo estipulação em contrário, correm à conta do agente as despesas decorrentes do exercício de sua atividade profissional, ainda as indiretas, incluídas as de propaganda do produto.¹⁸ Cumpre, finalmente, ao agente prestar contas dos negócios realizados no interesse do preponente, mas essa obrigação não implica a de subordinação da eficácia de seus pedidos à aceitação do preponente. Limita-se a avisá-lo da conclusão definitiva dos negócios. A necessidade de ratificação do preponente desfiguraria o contrato.

Tem o agente a liberdade de organizar sua atividade do modo que lhe pareça mais conveniente, empregando seu tempo como quer. Permitido lhe é admitir, sob sua responsabilidade, subagentes, que trabalhem sob sua imediata direção.

305. Direito à retribuição. Pelo exercício de sua atividade, faz jus o agente à retribuição, que se calcula na base de percentagem sobre o valor do negócio concluído. Nesse caso, recebe *comissão*. Nada impede, todavia, que perceba remuneração fixa para promover certo número de operações. Combinam-se, não raro, duas formas de pagamento: fixa e variável.

Quando a retribuição se estipula sob a forma de *comissão*, o direito a percebê-la condiciona-se à execução do contrato celebrado com o comprador. Se por fato independente da vontade do comitente o negócio não se realiza, a comissão não é devida. Se a execução foi parcial, reduz-se proporcionalmente. Não é, pois, a conclusão do contrato a causa determinante do direito do agente a perceber a comissão, mas sua regular execução.

Contudo, se a inexecução se deve a causa imputável ao preponente, não deve o agente suportar as conseqüências desse comportamento. Assiste-lhe, portanto, direito à comissão, como se o contrato fora regularmente executado.¹⁹

Nos contratos de execução fracionada em prestações, o agente não faz jus ao recebimento da comissão de uma só vez, mas à medida que as prestações se vencem. Sobrevive esse direito à extinção do contrato, sendo devidas as comissões que se venceram quando o agente já esteja desvinculado do preponente.

A retribuição deve ser paga ao agente exclusivo, se, em sua zona, realizam-se negócios sem sua participação.²⁰ A conclusão direta desses negócios não o priva da comissão. Admite-se ainda que faça jus à sua percepção, sem ter concluído o respectivo contrato, quando subagentes são autorizados, sob essa condição, a trabalhar na mesma zona.

Todas essas regras admitem estipulação em contrário. Prevalecem, por conseguinte, se as partes não houverem ajustado diferentemente as condições de remuneração.

Na hipótese de não terem estipulado a forma e o montante da retribuição, será fixada segundo os usos dominantes na praça, devendo o juiz levar em conta o modo de proceder em relação à distribuição de mercadorias congêneres ou aos contratos análogos. O contrato de agenciamento é essencialmente oneroso, não se admitindo que a falta de estipulação dos proventos devidos ao agente signifique sua gratuidade.

Cumpra distinguir as hipóteses de execução do contrato para o fim de separar os modos de percepção da comissão. Pode o cliente pagar ao agente o preço das mercadorias adquiridas ou efetuar o pagamento diretamente ao comitente. No primeiro caso, o agente, ao transferir a quantia recebida, deduz sua comissão. No segundo, o comitente a estorna, creditando-as ao agente para acertos periódicos, geralmente mensais.

Nenhuma retribuição é devida ao agente se a falta de pagamento resulta de insolvência de comprador ou desfazimento da compra por ele próprio.

306. Resilição do contrato. Na resilição por vontade de uma das partes, cumpre distinguir o contrato por tempo determinado do que se estipula sem determinação de prazo. Na primeira hipótese, somente se justifica a resilição *ante tempus* se uma das partes violar obrigação contraída. Caso contrário, sujeita-se ao pagamento [da remuneração até então devida, inclusive sobre negócios pendentes, bem como] de perdas e danos.²¹ Se o contrato é por tempo indeterminado, qualquer das partes pode denunciá-lo, a todo tempo, com ou sem justa causa. Ocorrendo inadimplemento contratual, a relação pode ser dissolvida sem conseqüências para a outra parte. [Nessa hipótese, o agente tem direito à remuneração pelos serviços úteis prestados ao preponente, ressalvada eventual indenização pelos prejuízos causados ao preponente em decorrência da extinção do contrato²²]. Não havendo motivo justo deve a resilição ser precedida de aviso, ficando o rescindente obrigado a pagar ao outro contratante a indenização competente.²³ O pré-aviso é de [no mínimo 90 (noventa) dias, ou prazo compatível com os investimentos realizados pelo agente²⁴].

A resilição por declaração unilateral de vontade assemelha-se, na forma e efeitos, à do contrato de trabalho. Conservam as partes o direito potestativo de denunciar o contrato, em qualquer momento, por mero arbítrio. Como, entretanto, a resilição brusca pode ocasionar danos, exige a lei o aviso prévio, e prevê o pagamento de indenização específica. A denúncia imotivada é mais grave, no contrato de trabalho, para o empregado; no contrato de agência o uso da faculdade de resilir pelo agente traz mais sérias conseqüências para o preponente, pela desorganização dos negócios que lhe acarreta, na zona, não raro em razão da perda da clientela.

As exigências legais não se limitam, porém, ao aviso prévio. A parte que toma a iniciativa de resilir o contrato deve, ademais, pagar indenização à outra, que, quanto ao agente, se aproxima da que cabe ao empregado. No Direito italiano é verdadeira indenização de antiguidade, consistindo no pagamento de importância calculada sobre a média de comissões e os anos de trabalho. Entre nós, sendo omissa o contrato, o montante não deve ser inferior a [1/12 (um doze avos)] do total da retribuição auferido no exercício da representação.²⁵ Sustentam alguns que o direito do agente à indenização não se condiciona à natureza do contrato, pouco importando que seja por tempo determinado ou indeterminado. Segundo os partidários dessa teoria, a expiração do contrato por tempo determinado também daria lugar ao pagamento da indenização.

Vigora em relação ao contrato de agência o princípio segundo o qual se converte em contrato por tempo indeterminado o que continua pela recondução tácita.²⁶ Não enunciam as leis as justas causas de resilição do contrato de agência. Esta não é, entretanto, a orientação da lei brasileira; pois discrimina tanto os motivos justos para a rescisão do contrato pelo *representado* como os que justificam a resilição pelo *representante*. Os primeiros são: *a)* [incumprimento ou cumprimento desidioso] das obrigações contratuais [por parte do agente]; *b)* prática de

atos que importem descrédito comercial do representado; c) condenação por crime infamante; [d) força maior²⁷]. São motivos justos para o *agente* ou *representante* rescindir o contrato:

- a) redução da zona de atividade;
- b) quebra de exclusividade, se prevista no contrato;
- c) prática de atos tendentes a impossibilitar o exercício regular da atividade do representado;
- d) mora no cumprimento da obrigação de retribuir o representado;
- [e) força maior.²⁸

Na hipótese de o preponente cessar o atendimento das propostas ou reduzi-las de modo a tornar o contrato antieconômico, fará o agente jus à indenização²⁹].

Ocorrendo *justa causa* para a rescisão do contrato, pode o preponente reter comissões devidas ao agente.³⁰ Qualquer que seja a causa para rescisão, se for dada pelo representado, o representante faz jus à indenização como se fora imotivadamente dispensado.

A Justiça comum é que tem exclusiva *competência* para julgar as controvérsias entre representante e representado.³¹

¹ Alemanha, Áustria, Suécia, Noruega, Dinamarca, Holanda, Itália (Código Civil italiano), França.

² [Alterada pela Lei nº 8.420/92.]

³ [Art. 721 do Código Civil.]

⁴ V. Rubens Requião, *Do Representante Comercial*, p. 32. Sustenta, com Pontes de Miranda, que são distintas as figuras do agente e do representante comercial.

⁵ [Art. 711 do Código Civil.]

⁶ [Art. 712 do Código Civil.]

⁷ V. Baldi, *Il Contratto di Agenzia*, pp. 32 e segs.

⁸ Baldi, *Il Contratto di Agenzia*, pp. 259 e segs., para quem a distinção reside no objeto do contrato: no *mandato*, cumprimento de atos jurídicos; na *agência*, atos materiais e, quando este envolve representação, o poder de decisão permanece sempre com o preponente.

⁹ [Art. 710 do Código Civil.]

¹⁰ Lei nº 3.207, de 18 de julho de 1957.

¹¹ M. Cardone, *Viajantes e Pracistas no Direito do Trabalho*.

¹² Barbero, *Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano*, vol. II.

¹³ [Art. 711 do Código Civil.]

¹⁴ [Art. 714 do Código Civil.]

¹⁵ [Art. 712 do Código Civil.]

¹⁶ [Art. 28 da Lei nº 4.886/65.]

¹⁷ [Art. 711 do Código Civil.]

¹⁸ [Art. 713 do Código Civil.]

¹⁹ [Art. 716 do Código Civil.]

²⁰ [Art. 714 do Código Civil.]

²¹ [Art. 718 do Código Civil e art. 27, § 1º, da Lei nº 4886/65.]

²² [Art. 717 do Código Civil.]

²³ [Art. 720 do Código Civil e art. 27, alínea j, da Lei nº 4.886/65.]

²⁴ [Art. 720 do Código Civil.]

²⁵ [Art. 27, alínea j, da Lei nº 4.886/65.]

²⁶ [Art. 27, § 2º, da Lei nº 4.886/65.]

²⁷ [Art. 35 da Lei nº 4.886/65.]

²⁸ [Art. 36 da Lei nº 4.886/65.]

²⁹ [Art. 715 do Código Civil.]

³⁰ [Art. 37 da Lei nº 4.886/65.]

³¹ [Art. 39 da Lei nº 4.886/65.]

Capítulo 34

CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

Sumário: 307. Agenciamento e distribuição. 308. Caracterização. 309. Conteúdo. Obrigações do concedente. 310. Obrigações do concessionário. 311. Extinção.

307. Agenciamento e distribuição. O exercício da profissão de agente confunde-se, às vezes, com a do *distribuidor* ou *concessionário de venda*, mas as duas figuras são distintas. O *distribuidor* é comerciante autônomo. Negocia por sua conta e risco. Constitui categoria econômica correspondente ao exercício de atividade lucrativa peculiar.

Consiste essa atividade na revenda de produtos, mercadorias ou artigos que compra ao fabricante e distribui com exclusividade, comercializando-os em certa zona, região ou área.

A *concessão de venda* formaliza-se mediante *contrato de adesão*. Para todos os distribuidores da rede, o fabricante estabelece *condições gerais*, isto é, *cláusulas uniformes*, aceitas sem discussão.

A contrapartida da vendas que faz não é como sucede com os *agentes*, uma *comissão* calculada sobre o preço, mas o *lucro* obtido com as vendas, feitas, que são, no interesse próprio, enquanto o agente, mesmo exclusivo, vende mercadoria de outrem, por conta e no interesse deste. O *agenciamento* supõe *representação*; a *distribuição* é incompatível com esta.

Em ambos os contratos é usual a determinação da quantidade mínima de produtos que tem de ser comercializada, mas no *contrato de agência* a falta de cobertura da quota não acarreta prejuízos patrimoniais, como na *distribuição*.

A atividade *distribuidora* economicamente mais importante no país é a que consiste na revenda autorizada de veículos automotores – automóveis, caminhões, ônibus, tratores, motocicletas e similares. A implantação de fábricas produtoras de tais veículos provocou a disseminação, no território nacional, de empresas constituídas para sua comercialização. As relações dessas empresas com os fabricantes não tinham disciplina legal própria, nem encontravam regras aplicáveis num esquema normativo típico de caráter geral. Vem, afinal, o diploma especial¹ reclamado pela rede distribuidora. 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.

O contrato de *distribuição* é denominado, na lei, *concessão comercial*. Adotada esta terminologia, ter-se-ia de chamar às *partes*, respectivamente, *concedente* e *concessionário*, mas como estes termos se empregam em relações jurídicas bastante diferentes, preferiu-se chamá-las *produtor* e *distribuidor*. Melhor fora designar o produtor – vocábulo genérico – como *fabricante*, por isso que tem esta condição, basicamente no contrato de distribuição, o industrial que fabrica as máquinas, que realiza a fabricação, como se exprimiu o legislador. O fabricante é sempre uma *sociedade* proprietária da empresa. A outra parte, a *distribuidora*, é a pessoa física ou jurídica que se obriga a *revender* os produtos comprados ao industrial e, conforme o objeto da concessão, a prestar assistência técnica às máquinas revendidas.

Objeto do contrato é a *comercialização* dos bens produzidos e fornecidos pelo fabricante. Completa-se, não raro, com a obrigação de prestar assistência técnica e com a de usar a marca da fábrica.

Quanto à *forma*, exige-se que o contrato se celebre por instrumento particular, impraticável como seria, em face da complexidade da relação, o emprego da forma verbal. Na *distribuição* de veículos automotores, a *forma escrita*

deve ser *padronizada* em relação a cada *marca*. Condições indeclináveis não de integrar o conteúdo do contrato, tais como a especificação dos produtos, a demarcação da área, a quota mensal de compra.

[O Código Civil de 2002 não contribuiu para dirimir a confusão, por vezes feita, entre agência e distribuição. Ao contrário, designou como “distribuição” a modalidade de contrato de agência em que o agente tem à sua disposição a coisa a ser negociada.² Deve-se observar, contudo, que a posse da coisa a ser negociada, em depósito ou consignação, não transforma a agência no contrato de distribuição propriamente dito, caracterizado, como visto, pela atividade empresarial de revenda de bens, por conta e risco do distribuidor. Conclui-se que o contrato de distribuição previsto no Código Civil não se identifica com o tipo social do contrato de distribuição, o qual, não obstante vir tratado com o mesmo nome do tipo legal, possui características dele distintas. A distribuição, no sentido de *revenda de bens por conta e risco do distribuidor*, permanece contrato atípico no direito brasileiro, à exceção da revenda de veículos automotores.³ É neste sentido, tecnicamente mais correto e mais relevante do ponto de vista prático, que a expressão vem empregada no presente capítulo].

308. Caracterização. O contrato de distribuição é *sinalgmático, oneroso, comutativo, simplesmente consensual, formal, de adesão*.

Com efeito, os direitos e obrigações das partes são recíprocos e interdependentes geneticamente; há entre as prestações troca de valores equivalente das coisas vendidas pelo fabricante e seu preço; produz efeitos desde o momento em que o fabricante e o distribuidor firmam-no; conclui-se por escrito; e suas cláusulas *padronizadas* costumam ser predeterminadas pelo industrial e aceitas, sem alternativa, pelo comerciante.

Algumas cláusulas contratuais têm de ser reprodução de regras incluídas na lei para defender e proteger os *distribuidores*, na linha da política de tutela do contraente mais fraco. Tais disposições voltam-se principalmente para a rescisão do contrato, e algumas, como a que prescreve a conversão da cláusula estipulatória de prazo contratual em regra de prazo indeterminado, intrometem-se durante a sua vigência, ainda em curso, ferindo direito adquirido.

A lei da *concessão comercial* entre produtores e distribuidores não consente que esse contrato seja de *prazo determinado*⁴ e não admite *rescisão imotivada*, estabelecendo sanções econômicas para punir o *concedente* que dê causa à rescisão do vínculo contratual.⁵ Também o *concessionário* (distribuidor) pode ter de indenizar a outra parte, se tiver igual comportamento.⁶

309. Conteúdo. Obrigações do concedente. O conteúdo do contrato de distribuição enche-se de cláusulas impostas em grande parte pela lei, todas conexas às obrigações típicas que o contrato gera. Antes, pois, de enunciá-las, é preciso definir tais obrigações.

A *obrigação nuclear* do concedente ou fabricante, por ser um elemento essencial do contrato, é possibilitar a realização do serviço transferido ao concessionário, ou seja, a venda ao consumidor dos bens compreendidos na concessão, na forma, no tempo e na quantidade previstas. A venda ao concessionário para que este revenda as unidades compradas é, afinal, a *causa* do contrato. Decidindo, como decide, entregar a outrem a *distribuição* dos seus produtos, o concedente deve ter conduta consistente em proporcionar e assegurar ao concessionário condições indispensáveis ao exercício de sua atividade, abstendo-se da prática de atos que possam dificultá-la, notadamente atos de concorrência.

A segunda obrigação fundamental do concedente é a entrega ao concessionário dos bens convencionados, na espécie e qualidade prometidas. É comum, no contrato de distribuição, inserir-se a *cláusula de quota* para compelir o concessionário a comprar certa quantidade de unidades em períodos determinados e sucessivos na vigência do contrato. Esta medida de segurança é, do mesmo passo, uma *obrigação* a ser cumprida também no interesse do concessionário e que poderá exigir a entrega da *quota*, isto é, do número mínimo de unidades, no período determinado. A *cláusula de quota*, usual na distribuição de veículos automotores, tem repercussões importantíssimas na mecânica do contrato. Em primeiro lugar, se o concedente se obriga a vender todo mês determinada quantidade de produtos de sua fabricação e o concessionário se obriga a comprá-los por preço certo ou determinável, a compra e venda poderia ser considerada uma só para todas as unidades alienadas no curso do contrato, enquanto que, se no contrato não houver tal *cláusula*, o que há é uma série de vendas, concluídas à medida que o concessionário encaminha pedidos ao fabricante. A conseqüência maior da venda única é que, se o concessionário recusar o recebimento das unidades da quota, terá, não obstante, de pagar o preço. A solução preferível é, no entanto, a que considera haver inexecução contratual da parte do concessionário, que autoriza o

concedente a rescindir o contrato.⁷ Alguns elementos constitutivos da venda para distribuição, como, por exemplo, o preço, apresentam-se com particularidade. Mesmo na venda única, o preço não é invariável. Sua determinação faz-se no momento ou período da entrega do produto, sendo tarifado para alguns destes, como os automóveis; mas, segundo alguns, a sua fixação, ao ser concluído o contrato, é indispensável, sob pena de nulidade. No entanto, a dificuldade pode ser contornada, tornando-o reajustável, vale dizer, determinável. Nos grandes contratos de distribuição, como os de petróleo, automóveis, máquinas, o aumento do preço depende de autorização governamental, visto que o preço é tarifado. Ainda nesses contratos, costuma ser pago por antecipação. Se o preço é, finalmente, pago depois da revenda do produto e esta é permitida em prestações, deve o concessionário transferi-las ao concedente, com o desconto da sua impropriamente chamada *comissão*.

Outras obrigações tem o concedente que não são impostas ou não derivam de fonte legal. A mais importante é a de conceder *exclusividade* ao concessionário. Contraída que seja, não lhe é lícito nomear outro concessionário. Se viola o dever de não fazê-lo, o segundo concessionário deve ser compelido a fechar as portas,⁸ sem prejuízo do seu direito de pleitear do concedente a competente indenização.

Em alguns contratos, o concedente assume a obrigação de fazer propaganda ou publicidade dos serviços do concessionário, geralmente nas concessões exclusivas.

Ligada à rescisão do contrato, costuma-se, em alguns contratos, estipular, para o concedente, a obrigação de ficar com o estoque do concessionário ao preço de revenda no momento em que for rescindido, mas em outros, a norma seguida é autorizar o concessionário a vender as peças, depois de expirado o contrato.

310. Obrigações do concessionário. As obrigações do concessionário distinguem--se, na sua grande maioria, por serem impostas pelo concedente em razão do interesse deste na regularização e normalidade da distribuição do seu produto. O modo de execução do serviço do concessionário tem repercussão no prestígio da marca do fabricante, sendo natural que, para resguardá-la, imponha ao concessionário múltiplas obrigações. Desta necessidade surge uma regulamentação contratual uniforme para toda a rede de distribuição, que se caracteriza pela sistematização de regras tão influentes no comportamento do concessionário que, traduzidas num conjunto de obrigações, implicam uma subordinação, um *status subjectionis*, até certo ponto incompatível com o exercício inerentemente independente da profissão de comerciante. Há seguramente uma relação de dependência que, nos contratos para a distribuição de determinados produtos, atinge o extremo de uma direção e uma fiscalização severas e rigorosas, assemelhando-se às que se executam no contrato de trabalho. Essa direção e fiscalização explicam-se pela necessidade que tem o fabricante de garantias permanentes da qualidade do serviço e da unificação, no território nacional, dos pontos de sua execução.⁹

Realmente, a primeira obrigação do concessionário – que é *distribuir* entre a clientela o produto, prestando conseqüentemente o *serviço* a que se compromete – é acompanhada e condicionada por um complexo de obrigações que atestam a dependência ou subordinação, característica do serviço de *distribuição*. Essas obrigações, chamadas *particulares*, são relativas à *organização administrativa e financeira* da concessionária, às *instalações*, ao *estoque* e às *garantias* aos terceiros-consumidores.

No empenho de facilitar a fiscalização, exige a concedente que a gestão administrativa e financeira das concessionárias obedeça a certas normas ou fórmulas, inclusive a sua contabilidade, variando, na intensidade, o controle que se considera necessário exercer. Tais limitações à liberdade do distribuidor no exercício de sua atividade comercial implicam obrigações indeclináveis, se estipuladas, sujeitando-se o descumprimento a sanções.

Quanto às *instalações*, inclusive de oficinas de reparos, são antes exigidas como uma condição para obter a concessão do que propriamente uma obrigação contratual. Esta existe, mas no plano da conservação e da qualidade do serviço prestado pela oficina de reparos e reposição de peças.

Uma das mais importantes *obrigações conexas* à prestação do serviço de *distribuição* é a do concessionário manter certo *estoque* do produto ou de peças, estas para revenda ou para reposição. Em certos contratos, a revenda das peças e de acessórios é monopolizada pelos concessionários por força de *cláusula de exclusividade*, mas esta prática é nociva à clientela do produto na medida em que constrange o cliente a adquiri-las unicamente nas lojas dos concessionários, sem que possa ser fiscalizada a obrigação de revenda a terceiro.

Muito significativa é, por último, a obrigação do concessionário de dar *garantia* do produto, sub-rogando-se na obrigação do fabricante. Se bem que receba do concedente, pela prestação do serviço, uma contraprestação, a obrigação de prestar *garantia* exige oficina aparelhada e pessoal habilitado em cursos, geralmente organizados pelo próprio concedente, acarretando tal serviço grande responsabilidade para o concessionário. Interessante observar

que o *serviço de garantia* representa uma obrigação contratual de cumprimento exigível pelo concedente, mas cuja prestação é executada para *terceiros*, não somente os clientes da concessionária, mas quem quer que haja comprado o produto em outra distribuidora ou agência.

Outras obrigações conexas ainda podem ser contraídas, tais como a do concessionário observar certos métodos de venda, admitir pessoal especializado, fazer publicidade e assim por diante.

Uma vez que a distribuição envolve venda, é obrigação essencial do distribuidor pagar ao fabricante o preço da compra que leva a efeito.

311. Extinção. O contrato de concessão comercial ou *distribuição* extingue-se:

- a) por distrato;
- b) por força maior;
- c) pelo advento de termo final.

Resolve-se por violação de preceito da lei que o rege, cometida no seu curso por uma das partes, infração de convenção ou de cláusula contratual. Nesta última hipótese, a pretensão resolutória não pode ser manifestada de primeira, devendo ser precedida da aplicação de sanções mais brandas.¹⁰ A resolução nunca produz eficácia imediata, cumprindo ao juiz fixar prazo, nunca inferior a cento e vinte dias, para a execução da sentença, durante o qual o concessionário tem de concluir suas operações.¹¹ A resolução do contrato pode também ser motivada pela conduta do *concedente*. Nesta hipótese, muda a terminologia legal, trocando-se o termo *resolução* por *rescisão*. Afastada a idéia de que o legislador teria usado os dois vocábulos como sinônimos, há de se entender que, se o concedente der causa ao rompimento do vínculo contratual, pode o concessionário ou distribuidor, independentemente de sentença judicial, considerá-lo rescindido e pleitear que o estoque das mercadorias seja readquirido pelo preço de venda ao consumidor pelo causador da *rescisão*, para além de outras reparações previstas na lei. Se for o *concessionário* quem motivar a rescisão, terá de pagar ao concedente a indenização correspondente a cinco por cento sobre o valor das mercadorias deste adquiridas nos últimos quatro meses.¹²

¹ Lei nº 6.729, de 28.11.1979.

² [Art. 710, parte final, do Código Civil.]

³ [Lei nº 6.729/79.]

⁴ [Art. 21 da Lei nº 6.729/79.]

⁵ [Arts. 24 e 25 da Lei nº 6.729/79.]

⁶ [Art. 26 da Lei nº 6.729/79.]

⁷ Buisson, Lagger, Tandeau de Marsac, *Étude sur le Contrat de Concession Exclusive*, p. 59.

⁸ J. M. Gastaldi, *El Contrato de Concesión Privada*, p. 252.

⁹ Buisson, Lagger, Tandeau de Marsac, *ob. cit.*, p. 61.

¹⁰ [Art. 22, § 1º, da Lei nº 6.729/79.]

¹¹ [Art. 22, § 2º, da Lei nº 6.729/79.]

¹² [Art. 26 da Lei nº 6.729/79.]

Capítulo 35

CORRETAGEM OU MEDIAÇÃO

Sumário: 312. Generalidades. 313. Natureza do contrato. 314. Direitos do corretor. 315. Obrigações e responsabilidades do corretor. 316. Extinção do contrato. 317. Formas particulares de mediação.

312. Generalidades. [O Código Civil de 2002 inovou em relação ao Código Civil de 1916 e prescreveu a disciplina geral do contrato de corretagem ou mediação, notadamente no que concerne às obrigações do corretor e à sua remuneração.¹ Permanecem em vigor, entretanto, as diversas leis especiais regulando os subtipos do contrato.²

De acordo com a definição constante do art. 722 do Código Civil, consiste a corretagem no acordo pelo qual uma parte (o corretor) obriga-se a obter um ou mais negócios para a outra (o cliente ou dono do negócio), consoante as instruções dela recebidas, sem que haja entre as partes vínculo de mandato, prestação de serviços ou qualquer relação de dependência].

Consiste a atividade do corretor em aproximar pessoas que desejam contratar, pondo-as em contato.

Cumpra sua função aconselhando a conclusão do contrato, informando as condições do negócio e procurando conciliar os interesses das pessoas que aproxima.

A relação jurídica entre as partes e o corretor não surge exclusivamente do negócio contratual de mediação, pois direitos e obrigações nascem também do simples fato de que o intermediário haja concorrido de modo eficaz para a aproximação das partes na conclusão do negócio.³ Trava-se a relação jurídica independentemente, nesse caso, de declaração de vontade emitida para a formação do contrato de corretagem, produzindo, entretanto, efeitos idênticos aos que se originam de contrato formal, pois a atividade do mediador se interpreta como se houvesse sido contratado para executá-la. É possível o nascimento da relação jurídica por essa forma, porque a corretagem é atividade que pode ser exercida *ocasionalmente*, não exigindo prática habitual. Sendo hoje, porém, função de grande utilidade prática, vem se exercendo profissionalmente, não se admitindo seu livre exercício para determinados negócios.

Agem os corretores em nome pessoal, com independência. Se exercem sua atividade por força de relação jurídica de subordinação, deixam de ser corretores, ou, mais precisamente, não celebram contrato de corretagem ou mediação. É essencial que procedam com autonomia. Do contrário, serão representantes, comissários e, até, empregados.

Todos os negócios podem ser objeto de corretagem, salvo os que devem ser praticados desinteressadamente.

Há corretores para todos os fins. Corretores de títulos, de mercadorias, de publicidade, de imóveis, de seguros, de navios, e de tantos outros negócios. Entretanto, o ofício de corretor, livre em princípio, é reservado a alguns profissionais em casos previstos na lei.

Não se limita seu mister a obter determinado negócio para quem lhe pede o serviço. Pode consistir, também, na prestação de informações necessárias à celebração de um contrato. [Nesse sentido, estabelece o art. 723 do Código Civil que o corretor deve prestar ao cliente todos os esclarecimentos que estiverem ao seu alcance, inclusive sobre o risco do negócio, além de mantê-lo a par do andamento do negócio].

313. Natureza do contrato. [É possível, em tese, configurar o contrato de corretagem como unilateral ou bilateral]. O contrato de corretagem [será] simplesmente *unilateral* [quando,] embora a remuneração do corretor seja a contraprestação do serviço que presta, não se obriga ele a cuidar do negócio e a levá-lo a bom termo, inexistindo, pois, interdependência entre o pagamento da comissão e a conclusão do contrato entre as partes que aproximou. Se

ficasse a cargo do corretor, o contrato não seria de simples mediação. Admite-se, não obstante, que não se desfigura se houver estipulação condicionando o pagamento da retribuição à circunstância de se concluir o negócio. Obriga o corretor a praticar atos de execução de que se tenha incumbido. Nessa hipótese, o contrato é bilateral. [Tendo em vista que o Código Civil vincula o direito à remuneração à consecução do resultado previsto no contrato de corretagem,⁴ pode-se afirmar que o contrato, tal como ali regulado, tem natureza *bilateral*].

A corretagem é contrato *oneroso*. Assiste ao corretor direito ao recebimento de remuneração, normalmente variável. A presunção de onerosidade torna exigível o pagamento da corretagem, ainda que não estipulado, e independentemente da execução integral do negócio e do recebimento total do preço. [Na ausência de estipulação expressa no contrato, a remuneração do corretor será aquela fixada na lei especial. Na falta desta, será ela arbitrada de acordo com a natureza do negócio e os usos locais⁵]. Não raro, grava-o com despesas pesadas, em decorrência, às vezes, da intromissão não solicitada. A simples indicação de um comprador pode justificar o pagamento da corretagem a quem prestou a informação. De qualquer sorte, não será de corretagem propriamente dita a mediação gratuita.

A corretagem, quando exercida livremente, não é contrato sujeito à forma determinada. De ordinário, conclui-se verbalmente.

314. Direitos do corretor. Pelo serviço que presta, pondo em relação duas ou mais pessoas para a conclusão de um negócio, tem o corretor direito à remuneração.

Consiste esta, de regra, numa comissão. Percebe, com efeito, importância proporcional ao valor da operação, sendo irrelevante o esforço despendido no exercício do seu mister, mas somente faz jus à comissão se o negócio for realizado em virtude de sua intervenção, quando esta, por outras palavras, se tornar eficaz para sua conclusão.⁶ [A remuneração do corretor será devida sempre que o negócio se realizar como fruto de sua mediação, ainda que após o decurso do prazo contratual ou após a rescisão unilateral do contrato celebrado por tempo indeterminado, por iniciativa do dono do negócio.⁷ Em se tratando de corretagem com exclusividade, o corretor faz jus à remuneração ainda que o negócio tenha se iniciado e concluído diretamente entre as partes, sem a sua mediação. Excetuam-se apenas os casos de comprovada inércia ou ociosidade do corretor⁸].

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.⁹

Na mediação conjunta, todos os corretores que intervierem fazem jus à remuneração, tendo direito cada qual a [quota igual à dos demais, salvo ajuste em contrário,¹⁰] se entraram diretamente em contato com os interessados. Necessária, portanto, a ação de cada qual, independentemente, junto aos futuros contraentes. Em caso diverso, tratar-se-á de simples relação interna entre os corretores, a que se conservam estranhos os contratantes, devendo o pagamento fazer-se àquele dos corretores que tratou com as partes interessadas na realização do negócio.¹¹

A comissão do corretor é devida, em tese, pelas partes, visto que usufruem igualmente do trabalho por ele desenvolvido para a conclusão do negócio. Não é solidária, porém, a obrigação de pagá-la. Entende-se que há duas relações distintas com as partes, obrigando-se cada qual por sua quota.

Quando, porém, somente uma das partes haja encarregado o corretor de procurar determinado negócio, incumbe-lhe a obrigação de remunerá-lo.

Não determinando a lei quem deve pagar a corretagem, prevalecem os usos. Entre nós, quem paga usualmente a comissão é quem procura os serviços do corretor. Nos contratos de venda, o vendedor, raramente se aplicando o princípio da divisão ou rateio, que é, entretanto, o mais consentâneo com a lógica. Livres são, todavia, as partes do contrato de mediação para estipularem a cláusula de remuneração. Na falta de ajuste, recorre-se aos usos.¹²

Não tem direito o corretor ao reembolso de despesas efetuadas para o bom êxito do negócio. Nada impede, contudo, a estipulação em contrário, admissível principalmente quando uma das partes o incumbe especialmente de certo serviço.

315. Obrigações e responsabilidades do corretor. O corretor é obrigado a se conduzir com toda diligência, de sorte a satisfazer, juridicamente, os futuros contraentes, não devendo propiciar a realização de contratos nulos ou anuláveis. Indiferente, porém, que sejam ou não proveitosos.

Cumpre-lhe ministrar às partes os dados e informes interessantes à realização do negócio. Incumbe-lhe, principalmente, informar toda circunstância influente na apreciação da conveniência da realização do contrato,

como, dentre outras, a situação econômica e financeira do outro contraente e a alteração no valor dos bens que serão objeto do contrato a se realizar. Se a oculta, ou simplesmente a omite, responde por seu comportamento.¹³ Não é, porém, responsável pela execução do negócio. Com sua ação, facilita as negociações preliminares; mas, se fracassam, nenhuma responsabilidade lhe pode ser imputada. Quando não revela, porém, a um dos futuros contraentes o nome do outro, obriga-se pessoalmente, sem deixar, entretanto, de ser intermediário. Estará, nessa hipótese, prometendo por terceiro. A obrigação que assume não é, portanto, a de contraente, senão de outra natureza.

Contraí também obrigação se fiador se torna da realização do contrato, não perdendo, igualmente, sua função de intermediário. Não pode o corretor afastar-se das instruções recebidas.¹⁴ Se deixa de observá-las, além de perder o direito à remuneração, fica obrigado a indenizar o prejuízo a que der causa.

Responde, também, pela omissão se não presta informações que possam influir na realização do negócio.

Não é responsável, porém, pela execução do negócio, salvo, como visto, se não revelar o nome do outro contraente, hipótese na qual sua responsabilidade pessoal deve permanecer ainda depois que o verdadeiro contraente haja assumido todas as obrigações do contrato.

316. Extinção do contrato. Extingue-se o contrato de corretagem com a conclusão do negócio, momento em que esgota a intervenção do corretor, mas se não se realizar, por se ter arrependido uma das partes, nem por isso deixa de existir a mediação, do mesmo modo se considerando extinta, como se fora concluído. Não sendo o corretor responsável pela consumação do negócio, o contrato de corretagem tem-se como executado se ocorreu o que se chama a *aproximação útil* das pessoas que interligou.

Extingue-se ainda pela morte do corretor. Atividade de natureza pessoal, o serviço de que se incumbiu é intransmissível. Cessa, igualmente, com a morte de quem o incumbiu de diligenciar o negócio. Com a ocorrência torna-se obviamente impossível a aproximação que iniciara.

A corretagem pode ser estipulada por prazo determinado. Se pretende alguém vender determinado bem e o entrega a corretor para que procure comprador, lícito é às partes estipularem prazo durante o qual a venda deve ser efetuada, inclusive a cláusula de que a realização do negócio nesse período, ainda sem a intervenção do corretor, não o privará da remuneração ajustada. Decorrido o prazo sem o corretor ter encontrado comprador, extingue-se o contrato. Pode ser, entretanto, rescindido *ante tempus*, por justa causa.

Se não houver prazo determinado, a revogação é livre, mas, em certas circunstâncias, fará jus o corretor ao reembolso das despesas efetuadas. Lícito é, finalmente, excluir, por acordo, a faculdade de revogação, o que não impedirá a denúncia do contrato, sujeitando-se o denunciante ao pagamento dos prejuízos advindos do seu comportamento.

317. Formas particulares de mediação. A atividade de certos corretores profissionais é disciplinada especialmente na lei, influenciando a regulamentação no conteúdo dos contratos que celebram.

Reserva-se o exercício da profissão a número limitado de pessoas, únicas que podem praticar os atos próprios da atividade especializada.

Estão nesse caso os corretores de fundos públicos, nomeados para o ofício.

A responsabilidade desses mediadores é maior, impondo-se-lhe, ademais, obrigações especiais.

O incremento de operações imobiliárias ensejou o exercício, como atividade profissional, da função mediadora para conclusão, determinando a necessidade de regulação profissional. Para seu exercício, exige-se que o corretor não esteja impedido de ser comerciante, permitindo-se, entretanto, que pratiquem a mediação pessoas jurídicas, mas sob a responsabilidade de corretor devidamente habilitado.

Os corretores de imóveis são obrigados a manter escrituração dos negócios a seu cargo.

Proíbe-se-lhes a aquisição dos imóveis confiados à venda, extensiva a proibição ao cônjuge, descendentes e ascendentes.

Respondem os corretores de imóveis pelos prejuízos que causarem por dolo ou culpa.

São obrigados a prestar contas aos comitentes e a devolver os documentos que receberam, devendo, ademais, guardar sigilo quanto aos negócios de que são incumbidos, na medida, evidentemente, em que não prejudiquem sua atividade.

Expande-se também a atividade dos corretores de valores mobiliários, disciplinada na lei de mercado de capitais, exercida por sociedades ou agentes autônomos. [As corretoras de valores mobiliários, nos termos na Lei nº

6.385/76, dependem de autorização prévia da Comissão de Valores Mobiliários, que também fiscaliza a sua atividade].

Cumpre-lhes levar a efeito as chamadas operações de Bolsa, assim conhecidas, não tanto por que ali se realizam, mas por que se formam mediante certas combinações jurídicas obedientes a normas técnicas particulares, porque têm prazos uniformes de cumprimento e porque são presididas por um meio de execução forçada, denominada liquidação coativa.¹⁵

São *contratos* que têm de ser celebrados por sociedades corretoras, que assumem, com autonomia, a sua execução, a partir do momento em que o cliente lhes dá a ordem para agir. Tem como objeto a compra e venda de títulos de valores mobiliários. A sua venda é feita na Bolsa [ou em mercado de balcão] por contra própria ou de terceiros. Para certas operações, o cliente outorga à corretora uma procuração em causa própria, que representa cessão de seus direitos sobre o título ou valor mobiliário. No contrato que realizam, a corretora se reserva o direito de nomear terceiro que seja o adquirente dos direitos, em caráter definitivo, ou ela própria cede-os a outra corretora.

Sua posição jurídica não é a do mandatário, como se acreditou durante algum tempo, sob a influência de Troplong. Nem a de comissário, como se admitiu, sem se perceber as diferenças entre as duas figuras. A corretora é responsável pela veracidade dos documentos necessários à sua atuação. Surge a responsabilidade, só pelo fato de não ter celebrado o contrato com o cliente sem observar o dever de diligência quanto à legitimidade do título. Não é aceitável a tese de que se trata de responsabilidade objetiva.

¹ [Arts. 722 a 729 do Código Civil.]

² [Art. 729 do Código Civil.]

³ Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, p. 757.

⁴ [Art. 725 do Código Civil.]

⁵ [Art. 724 do Código Civil.]

⁶ [Art. 725 do Código Civil.]

⁷ [Art. 727 do Código Civil.]

⁸ [Art. 726 do Código Civil.]

⁹ [Art. 725 do Código Civil.]

¹⁰ [Art. 728 do Código Civil.]

¹¹ Dusi, *Istituzioni di Diritto*, vol. II, p. 146.

¹² [Art. 724 do Código Civil.]

¹³ [Art. 723 do Código Civil.]

¹⁴ [Art. 722 do Código Civil.]

¹⁵ Messineo, *Manuale de Diritto Civile e Commerciale*, 8ª ed., vol. 4º, p. 124.

Capítulo 36

SOCIEDADE

Sumário: 318. Natureza. 319. Distinções preliminares. 320. Conceito e caracteres. 321. Elementos, pressupostos e requisitos. 322. Espécies. 323. Direitos e obrigações dos sócios. 324. Administração da sociedade. 325. Dissolução e liquidação. 326. Associação. 327. Sociedades [empresárias].

318. Natureza. Pessoas que reúnem esforços ou capitais para empreendimento comum de finalidade econômica formam uma sociedade, mediante contrato. Mas a natureza contratual de alguns negócios jurídicos tradicionalmente considerados contratos, como a *sociedade*, tem sido contestada, ultimamente, com veemência. *O contrato de sociedade* é o principal alvo visado pelos que preconizam nova elaboração dogmática para os atos com pluralidade de sujeitos. Interessante, em consequência, investigar-lhe a natureza antes de lhe analisar a estrutura.

Tal investigação exige a fixação de alguns conceitos fundamentais, que importam, basicamente, para a solução do problema, particularmente o de *contrato*.

A característica mais incisiva do contrato, na acepção clássica da palavra cristalizada na tradição romana, reside na circunstância de ser um meio para a composição de interesses contrapostos. Segundo a orientação privatista, dominante ainda hoje, o *contrato* é um instrumento destinado a resolver interesses em conflito, pretensões em luta. Na sua formação, defrontam-se *partes* que, constituídas por sujeitos singulares ou plurais, visam à satisfação do interesse diverso de cada qual, que lhe estrutura a vontade. Ocorre, também, que, ao lado desses negócios, outros se constituem, nos quais os distintos interesses das partes convergem para fim comum. Tais negócios não devem ser inseridos na categoria do contrato, por isso que, neles, a declaração de vontade das partes tem por fim a satisfação de *interesses paralelos*, e não de *interesses contrapostos*.¹

A *sociedade* pertenceria à categoria desses negócios plurilaterais, porque os interesses dos que a constituem convergem para fim comum. Sua natureza, pois, não seria contratual.

Embora a sociedade se particularize por essa circunstância, isso não basta para se recusar a seu ato constitutivo a natureza de *contrato* no sentido tradicional do termo. Se, num negócio, mesmo para a realização de um fim comum, o interesse de cada parte se apresenta em conflito formal com o da outra ou o das outras, e seus efeitos definitivos devem ser distintos para cada qual, dúvida não se pode ter de que se trata de um contrato.² Ora, na formação de uma *sociedade*, as *partes*, embora se associem para um empreendimento comum, têm, como Osti mostra, interesses em conflito no que concerne às entradas de cada qual, à maior ou menor ingerência na sua administração, e à maior ou menor participação nos lucros e perdas. Necessário, portanto, que a vontade de cada parte se integre, pelo acordo, na do outro, como se verifica em todo contrato.

Entendem outros que o ato constitutivo de uma sociedade pode ser qualificado como negócio contratual ou negócio plurilateral de outro tipo, conforme se ponha em destaque um ou outro de seus efeitos essenciais.³ Assim é que o vínculo que se estabelece pode ser encarado como efeito de um contrato pelo qual os interesses em conflito, das partes, foram regulados.

De qualquer modo, a natureza contratual do ato constitutivo de uma sociedade não pode ser negada, desde que se admita que seu traço característico se manifesta na composição de interesses privados formalmente divergentes.⁴

319. Distinções preliminares. Para a consecução de fim comum, mediante a agrupação de pessoas, proporciona a ordem jurídica aos sujeitos de direito diversas formas de organização, com perfil traçado inconfundivelmente. As formas clássicas são a sociedade e a associação.

Na sociedade, duas ou mais pessoas põem em comum esforços e bens para a consecução de fim econômico, a ser obtido mediante a cooperação de todos. O objetivo dos que se agrupam, considerado no seu aspecto subjetivo, é o proveito comum.

Mas para a consecução de *fins* [não econômicos] agrupam-se também os indivíduos, formando uma *associação*, que se distingue da *sociedade* não só pela finalidade, mas, sobretudo, porque entre os associados não se estabelecem direitos e obrigações recíprocos.⁵ Não se associam, além disso, para a participação de lucros, pouco importando, no entanto, que a finalidade comum seja altruística ou egoísta.

Quer na *sociedade*, quer na *associação*, o *agrupamento* tem de adotar, em nosso Direito, *organização corporativa*. O vínculo social entre os sócios ou associados serve de base para a constituição de uma *pessoa jurídica*,⁶ distinta, como sujeito de direito, dos seus membros.⁷ Contudo, esse ponto comum não influenciou na estruturação das duas formas de organização. A distinção entre as duas estruturas obriga a submetê-las a regimes legais diversos, que levam em conta as diferenças existentes, como se verá mais adiante.

Não é de se confundir também a *sociedade* com a *comunhão*. Distinguem-se, fundamentalmente, segundo alguns tratadistas, pela *causa de seu nascimento*. A sociedade – dizem – constitui-se contratualmente, e funciona de acordo com o estipulado pelos sócios. A comunhão se estabelece por força de circunstâncias, regendo-se pelas disposições legais. Há, não obstante, *comunhão convencional*, como é, v.g., a que se particulariza no *condomínio voluntário*. Assim, tanto a *lei* como a *vontade particular* podem ser fonte de *comunhão*. Outras vezes a comunhão resulta da preferência dos interessados por esse regime, como se verifica no casamento, embora se subordine, no seu conteúdo, aos preceitos legais, e não possa extinguir-se pela vontade dos comunheiros. De regra, porém, a comunhão tem origem na lei, quer a *forçada*, como a que se verifica, v.g., em paredes, cercas, muros e valas, quer a *fortuita* ou *incidente*, como a que se estabelece após a abertura da sucessão. Contudo, o critério distintivo não é satisfatório.

Inconsistente também o que declara transitório o estado de indivisão, e definitivo o de sociedade.

O traço distintivo encontra-se verdadeiramente no elemento subjetivo próprio da sociedade, a chamada *affectio societatis*, inexistente na *comunhão*. Nesta, com efeito, não há aquela vontade de cooperação, de realização, em comum, de um fim preestabelecido, indispensável a que a sociedade tenha existência real.

320. Conceito e caracteres. Sociedade é o negócio jurídico pelo qual duas ou o mais pessoas se obrigam [reciprocamente a contribuir, com bens ou, quando permitido, com serviços,⁸ para o exercício de determinada atividade econômica e partilha dos resultados⁹].

O contrato de sociedade é plurilateral, simplesmente consensual e oneroso.

Obrigam-se as partes reciprocamente. Embora se associem para fim comum, os *sócios* contraem obrigações e adquirem direitos uns contra os outros, como a obrigação de integralizar a cota com que concorrem para a formação do capital social e o direito à participação nos lucros. Há, portanto, efeitos do contrato que se produzem em relação aos sócios individualmente considerados e efeitos relativos aos sócios em conjunto, vale dizer, à pessoa jurídica constituída pela relação contratual. Os primeiros traduzem-se em obrigações recíprocas.

Posto exija a conjunção de recursos, o investimento deste não é condição para a perfeição do contrato. Basta o consentimento das partes, sendo, por isso, *simplesmente consensual*.

Pertence, enfim, à categoria dos *contratos onerosos*, visto que, embora cada sócio coopere para a realização do fim comum, tem em mira obter proveito pessoal.

Fora de dúvida, a *bilateralidade* e a *onerosidade* não têm, nesse contrato, a mesma fisionomia dos contratos de troca. A rigor, não existe, propriamente, *contraprestação*. Contudo, é corrente a opinião de que o contrato de sociedade é bilateral e oneroso.

321. Elementos, pressupostos e requisitos. Para a existência de sociedade é preciso:

- a) fim comum, a ser alcançado pela cooperação dos sócios;
- b) contribuição dos sócios em [bens ou serviços];
- c) *affectio societatis*.

O fim comum há de ser [econômico]. Para a consecução de *fim* [não econômico], o instrumento jurídico apropriado é a associação. Na sociedade, o propósito consiste em unir interesses.¹⁰ Uma vez que deve ser comum,

cada sócio há de contribuir, de alguma sorte, para sua conservação. A contribuição pode ser dada em trabalho ou em bens, não se exigindo que seja igual.¹¹ Verifica-se, desse modo, a *cooperação*, pondo os sócios em comum os bens ou serviços a que se obrigaram.

A *affectio societatis* é o elemento psicológico considerado decisivo para a caracterização do contrato, elemento que possibilita distingui-lo de figuras afins, como a parceria, a edição, certos contratos de trabalho e, de modo geral, os *negócios parciários*, nos quais, conforme noção pacífica, promete alguém determinadas prestações em troca de participação no que outrem venha a obter.

Não é fácil fixar em fórmula precisa e clara o elemento subjetivo do contrato de sociedade. Não basta defini-lo como o propósito de cooperar. É mais alguma coisa, “o sentimento de que o trabalho de um, dentro da sociedade, reverterá em proveito de todos”.¹²

Expressa-se, todavia, em termos mais objetivos, se encarado sob o aspecto de partilha obrigatória dos lucros e perdas.

Como todo contrato, o de *sociedade* pressupõe a capacidade das partes. Não há particularidades a anotar. Diga-se, porém, de passagem, que a questão da sociedade entre cônjuges continua controversa. Entende-se, de um lado, que não são partes legítimas para contratar, entre si, uma sociedade, pois isso constituiria infração do princípio da imutabilidade do regime matrimonial e afetaria o exercício do poder marital. Sustenta-se, do outro lado, que tal sociedade é possível sempre que o contrato não tenha por fim produzir indiretamente resultados que a lei proíbe atingir diretamente. Deve ser admitida, porém, se o regime de bens não for a comunhão universal ou a separação obrigatória. [Foi essa a solução adotada pelo Direito brasileiro¹³].

Na fixação do *objeto* do contrato de sociedade, é comum confundi-lo com a *causa*, talvez por ser dos contratos em que mais difícil se apresenta a distinção entre as duas noções. Costuma-se dizer que o objeto da sociedade é o gênero de operações para cuja realização se constitui, ou, por outras palavras, o *fim* em vista do qual as partes se associam. Nessa definição, leva-se em conta a atividade social da pessoa jurídica constituída à base do contrato, quando, a rigor, se deve ter em vista a relação obrigacional estabelecida entre os sócios, na qual as prestações recíprocas e convergentes consistem basicamente na cooperação e na partilha dos resultados positivos ou negativos.

Considerado o objeto como o *fim da sociedade*, ou seja, o motivo para que criam uma pessoa jurídica, a sua *determinação* é da maior importância para a distinção das várias espécies de sociedade, assim como para se saber se é lícita.

A *sociedade* não é contrato *formal*. Pode constituir-se por qualquer forma. Algumas legislações exigem, no entanto, que o contrato se celebre por escrito. Esta exigência não precisa constar expressamente da lei nos sistemas jurídicos que admitem a *personalização* da sociedade. As formalidades a que está sujeita a constituição de uma pessoa jurídica pressupõem ato constitutivo por escrito. Entre nós, [os sócios, nas suas relações ou nas relações para com terceiros, somente podem provar a existência da sociedade por escrito], mas aos terceiros é permitido comprová-la de qualquer modo.¹⁴

322. Espécies. Dividem-se as sociedades, quanto ao *fim* a que se propõem, em [empresárias e simples]. A distinção entre elas repousa na índole das operações a que se dedicam. Diferem, em síntese, pelo *fim* a que visam. A qualidade das partes não influi na caracterização nem, em princípio, a forma que reveste. [Dispõe o art. 982 do Código Civil: “Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.” E aduz o parágrafo único: “Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.”]

Entre nós, somente as *sociedades* [empresárias] estão sujeitas à *falência* [e à recuperação judicial ou extrajudicial¹⁵]. São *tipos* de sociedade [empresária]: *sociedade em nome coletivo, em comandita simples, limitada, anônima e em comandita por ações*. As sociedades [simples] podem adotar algumas dessas formas, sem se desnaturarem.¹⁶

[O Código Civil de 2002 trouxe importantes alterações no regime dos tipos societários. Os números seguintes baseiam-se sobretudo na disciplina das sociedades simples, também aplicável, supletivamente, à sociedade em comum,¹⁷ à sociedade em cota de participação,¹⁸ à sociedade em nome coletivo,¹⁹ à sociedade limitada²⁰ e até mesmo à sociedade cooperativa.²¹ A sociedade anônima permanece regulada pela Lei nº 6.404/76].

Considerada a extensão dos bens com os quais concorrem os sócios, [algumas leis admitem sociedades] *universais e particulares*. A mais ampla sociedade universal abrange todos os bens presentes e futuros dos sócios,

incluídos os rendimentos e dívidas. É uma *societas omnia bonorum*. Proibida em algumas legislações, não passa de hipótese acadêmica nos sistemas jurídicos que a admitem, porque manifesta sua impraticabilidade.

A *sociedade universal de todos os bens presentes* compreende os que pertencem aos sócios no momento de sua formação, enquanto a de *todos os bens futuros* se forma sem capital, constituindo-se seu patrimônio à medida que os sócios forem adquirindo, por qualquer causa, os bens.

Na *sociedade universal de todos os frutos e rendimentos*, a propriedade dos bens dos sócios no momento de sua formação é por ele conservada, comunicando-se apenas os frutos que produzir. É a forma de sociedade universal mais viável, pelo que se presume ter sido a adotada pelos sócios quando não expressamente estipulada outra. [Ao contrário do Código Civil de 1916, o Código de 2002 não disciplina as sociedades universais].

As *sociedades particulares* constituem: a) para a execução de certa empresa; b) para a exploração de certa indústria; c) para o exercício de certa profissão.

Pode-se admitir ainda a divisão das sociedades em *regulares e irregulares* ou *sociedades de fato*.

323. Direitos e obrigações dos sócios. O contrato de sociedade origina, para os sócios, direitos e obrigações. Cada sócio obriga-se a satisfazer determinadas prestações na expectativa de que os outros realizem também as que se obrigaram.

Há, portanto, obrigações dos sócios entre si, quer quanto à *cooperação*, quer quanto à *formação e administração do capital social*. Tais são:

- a) contribuir para a formação do capital social;
- b) cooperar na realização do fim comum.

A contribuição ou *entrada* de cada sócio constitui obrigação essencial à formação da sociedade mas não é requisito para a perfeição do contrato. Podem ser objeto de *entrada*: dinheiro, outros bens e trabalho. Se consistir em *bens*, o sócio responde pela evicção perante os outros; se consistir em crédito, pela solvência do devedor.²² A contribuição em dinheiro ou em coisas transfere-se ao patrimônio social, passando a novo titular, que é a *pessoa jurídica* constituída. As *entradas* não precisam ser iguais em quantidade e qualidade, mas, no silêncio do contrato, presume-se que tenham o mesmo valor.

O *dever de cooperação* traduz-se na necessidade jurídica de cada sócio empregar os esforços exigidos para que a sociedade possa cumprir seu fim. A cada qual cumpre abster-se da prática de qualquer ato de que possa advir prejuízo para a sociedade. Se os causar, por erro de conduta, responde perante a sociedade.²³

São *direitos* dos sócios:

- a) participar dos lucros sociais;²⁴
- b) administrar a sociedade;²⁵
- c) transferir sua cota e associar estranho ao seu quinhão social.²⁶

[Na ausência de estipulação contratual diversa, o sócio participa dos lucros e perdas na proporção da respectiva quota. O sócio cuja contribuição consiste em serviços, por sua vez, não participa das perdas, mas somente dos lucros, na proporção do valor médio das quotas.²⁷ O sócio que contribui com serviços não pode, salvo convenção em sentido diverso, empregar-se em atividade estranha à sociedade, sob pena de ser privado dos lucros sociais e excluído da sociedade²⁸].

Esses direitos e outros regulam-se livremente no contrato social. No exame do *conteúdo* do contrato de sociedade cabe apenas o registro dos direitos e obrigações dos *sócios* entre si. Os direitos e obrigações da *sociedade* para com *terceiros* correspondem à *pessoa jurídica*, formada pelo vínculo social, que tem personalidade distinta.

324. Administração da sociedade. A sociedade é administrada pelos próprios sócios ou por estranho a quem estes confiam poderes de gerência. Compete aos sócios, na sua totalidade ou não, dirigir os negócios sociais. Este poder apreen-ta-se sob a dupla face de um direito e de um dever. Regula-o o contrato.

Os administradores podem ser designados no ato constitutivo da sociedade ou em ato posterior. No primeiro caso, há *gerência estatutária*; no segundo, *gerência ordinária*. Em qualquer das hipóteses, pode ser escolhido quem não seja sócio. Mas, se a gerência é *estatutária* não pode ser revogada sem justa causa, [judicialmente reconhecida²⁹], a menos que o poder de revogação tenha sido reservado no próprio contrato. Deve ser mantido, pois,

durante o tempo da sociedade, ou no período para o qual foi escolhido. Na gerência ordinária a revogação é possível em qualquer momento.³⁰ Na outra pode ser *destituído* somente se der motivo ao afastamento.

A administração da sociedade pelos sócios se exerce *disjuntiva* ou *conjuntivamente*. [A administração conjunta depende de cláusula expressa no contrato social.³¹ Se cabe a vários sócios *disjuntivamente*, cada qual age em nome da sociedade, decidindo a maioria quando haja discordância na prática de qualquer ato de gestão.³² Se a administração deve ser exercida *conjuntivamente*, a realização dos negócios sociais depende do concurso de todos os administradores, salvo se o contrato permitir que prevaleça a vontade da maioria ou em casos urgentes, nos quais a omissão ou demora possa acarretar dano grave ou irreparável.³³]. Admite-se, por fim, na *pluralidade de gerentes*, a especialização de funções. Os poderes de gerência são discriminados no contrato ou no ato de nomeação. Neste caso, o encargo de gerir os negócios não tem como fundamento, segundo se supõe, um contrato ou a representação. O administrador é o *órgão* da sociedade, e não seu mandatário ou representante. Contudo, exerce *poder*, que encontra seus limites no conteúdo da outorga, ou no objeto e natureza da sociedade. Importa defini-los, porque os atos praticados pelos administradores obrigam a terceiros e devem ser reconhecidos pelos outros sócios.

Pela natureza de sua função, os [administradores] não podem transferir a outra pessoa o conjunto de suas atribuições.

O administrador da sociedade deve comportar-se como todo homem de negócio leal e honesto.³⁴

325. Dissolução e liquidação. A sociedade dissolve-se:

- a) pela consecução do fim social ou pela verificação de sua inexecutabilidade;³⁵
- b) pelo consenso unânime dos sócios;³⁶
- c) pelo vencimento do prazo, [salvo prorrogação por tempo indeterminado,³⁷] ou pelo implemento da condição;
- d) pela extinção do capital social ou seu desfalque a ponto de impossibilitar sua continuação;
- e) pela [falta de pluralidade de sócios, não recomposta em 180 (cento e oitenta) dias³⁸];
- f) pela [deliberação da maioria absoluta dos sócios,] quando seja por prazo indeterminado;³⁹
- g) pela cassação da autorização, se esta for necessária.⁴⁰

No primeiro caso, o contrato não subsiste por *falta de objeto*. Quando realizado o fim para que se constituiu, extingue-se naturalmente. Se verifica sua inexecutabilidade, não há como continuar.

O *distrato* é modo comum de dissolução dos contratos. Se todos os sócios estão deliberados a extinguir a sociedade, nada impede que o façam. As mesmas vontades que ataram o laço, pelo contrato, o desatam, pelo distrato, respeitados os direitos de terceiros.

A sociedade pode ter duração limitada ou *ilimitada*. Via de regra, a duração é determinada pela aposição de um *termo final*. Nada obsta, no entanto, que os efeitos do contrato se subordinem a uma *condição resolutiva*. Vencido o prazo ou verificada a condição, a sociedade dissolve-se. Todavia, o contrato pode ser renovado se a *prorrogação* for estipulada antes do advento do termo final, ou se, vencido o prazo, não entrar em liquidação.⁴¹ Admite-se, contudo, que o *ente social* continue a existir depois de vencido o prazo, se assim o entenderem os sócios, mas, nessa hipótese, não há propriamente *prorrogação de contrato*. Entende-se que se constituiu de novo. A prorrogação só se prova por escrito.

A *extinção do capital social*, ou o seu desfalque substancial, é um dos casos de *dissolução* da sociedade por *impossibilidade superveniente*. É óbvio que não pode subsistir uma sociedade a que faltam os meios materiais para o cumprimento de sua finalidade.

A *morte* de um dos sócios é causa extintiva da sociedade, se constituída de apenas dois, visto que o agrupamento de pessoas é pressuposto de sua formação. Pode, entretanto, reconstituir-se [dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias], permanecendo, assim, viva. Mas, se a sociedade é constituída por vários sócios, pode-se estipular que, morto um deles, continue com os outros, ou com estes e os herdeiros do falecido. A *morte* se equipara à *incapacidade* de um dos sócios.

As *sociedades* [empresárias] dissolvem-se ainda pela falência.⁴²

Extinguem-se, por fim, as sociedades sem prazo determinado pela deliberação [da maioria absoluta] dos sócios. O direito do sócio de se retirar da sociedade é irrecusável manifestação da liberdade individual, que não admite a

vinculação vitalícia de quem quer que seja. Mas não pode ser exercido irrestritamente, atenta a importância dos interesses que poderiam ser prejudicados em consequência de retirada inconsiderada.

Dissolve-se, *ante tempus*, a sociedade com prazo determinado quando ocorre causa legítima, como, v.g., as que determinam sua extinção pela perda do capital, inexecutibilidade do fim social, ou [falta de pluralidade de sócios, não recomposta no prazo legal].

O contrato de sociedade dissolve-se por todas essas causas, mas os seus efeitos, notadamente em relação a *terceiros*, não podem extinguir-se de imediato. Faz-se necessário um processo complementar: a *liquidação*, durante a qual subsiste a responsabilidade social.⁴³ Consiste essencialmente na conclusão dos negócios pendentes, o pagamento das dívidas e realização do ativo. O objetivo é tornar líquido o patrimônio social, para ser partilhado entre os sócios.

São aplicáveis à *partilha* entre os sócios as regras da partilha entre herdeiros.

As sociedades anônimas dissolvem-se por modo e causa especiais.

326. Associação. A *associação* também é um agrupamento de pessoas para a consecução de fim comum. Não se confunde, porém, com a sociedade. Quer na estrutura, quer na causa, quer no objeto. Reúne permanentemente pessoas para finalidades [não econômicas, sejam] religiosas, pias, morais, científicas, literárias, profissionais ou recreativas. Tais são, dentre outras, as associações filantrópicas, as caixas de assistência ou de previdência, as associações literárias, artísticas ou científicas, os sindicatos, os clubes sociais ou desportivos e, segundo alguns escritores, certos tipos de cooperativas, as chamadas sociedades de seguros mútuos e até, para outros, a organização de condomínio dos edifícios de apartamentos.

As *associações* constituem-se de acordo com disposições especiais, preponderando o sistema da livre formação, mas algumas dependem de autorização administrativa para ter existência legal. Para formá-las, não há, pelo menos para algumas, exigências rigorosas quanto à capacidade e ao consentimento. Os que se filiam a uma associação chamam-se *membros* ou *associados*, também designan-do-se *sócios* alguns. Cada membro contribui permanentemente, pelo modo mais comum de *mensalidade*, com determinada prestação em dinheiro.

A *associação* organiza-se por meio de um estatuto que, além das disposições concernentes à direção e administração, deve conter normas definidoras dos direitos e deveres dos associados.⁴⁴ O *estatuto* de uma associação declara regras jurídicas a que se devem subordinar os membros e dirigentes. São normas de direito social condicionado, constituindo o chamado direito corporativo.⁴⁵

O estudo sistemático desses preceitos vem se fazendo com afínco, por serem exuberante fonte do direito.⁴⁶

A *dissolução das associações* opera-se voluntária ou compulsoriamente. Neste último caso, por decisão judicial ou administrativa. Os bens não podem ser partilhados entre os associados. Se a associação é constituída *por tempo indeterminado*, pode acabar pela remissão *ad nutum* de um associado. Em alguns casos, extingue-se por *justa causa*, como, por exemplo, o dissídio insanável entre os associados.

327. Sociedades [empresárias]. Nas sociedades em nome coletivo, todos os sócios, [necessariamente pessoas físicas,] respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais.⁴⁷ Nas sociedades em comandita simples, obrigam-se os comanditários unicamente pelo valor de sua quota no capital e os outros solidariamente e sem limite.⁴⁸ Nas sociedades limitadas, a responsabilidade [dos sócios se restringe ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social⁴⁹].

A sociedade anônima é o mais interessante tipo de sociedade mercantil. Constitui-se de modo especial, tem livros que se não exigem das outras espécies de sociedades, o elemento pessoal é irrelevante, os acionistas reúnem-se em assembléia geral, é administrada por uma diretoria ou por um conselho, e o exercício social sujeita-se a normas, inclusive de publicidade, não exigidas de outras sociedades.

As *sociedades por ações* passaram a se reger por diploma legal [especial⁵⁰] que pretendeu adaptá-las ao novo estilo da vida econômica. A lei integra-se no movimento de reforma da disciplina de tais sociedades, desencadeado na Europa na década de 60.⁵¹

Interessantes inovações foram introduzidas, salientando-se as seguintes:

- 1) a distinção entre sociedades abertas e sociedades fechadas;
- 2) ações sem valor nominal, ações escriturais;
- 3) acionista controlador, acordo de acionistas;

- 4) dividendo obrigatório;
- 5) voto múltiplo;
- 6) grupos de sociedades, sociedades coligadas, sociedades controladas, consórcios;
- 7) sociedade de sócio único, subsidiária integral;
- 8) venda de controle acionário, *takeover bid*;
- 9) correção anual da expressão monetária do capital;
- 10) controle e fiscalização das companhias abertas por órgãos do Governo (*Comissão de Valores Mobiliários*).

A sociedade é aberta ou *fechada* conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos a negociações em bolsa ou no mercado de balcão. São *valores mobiliários* das companhias: *ações, certificados, partes beneficiárias, debêntures, cédula pignoratícia de debêntures, bônus de subscrição*.

O acionista tem os seguintes direitos essenciais:

- 1) participar dos lucros sociais;
- 2) participar, em caso de liquidação da sociedade, do seu acervo;
- 3) fiscalizar a gestão dos negócios sociais;
- 4) exercer preferência na subscrição de ações, partes beneficiárias e debêntures conversíveis em ações;
- 5) retirar-se (direito de recesso) da sociedade em certas situações;
- 6) votar e ser votado, se suas ações não forem ao portador.

A administração das sociedades abertas tem de ser obrigatoriamente exercida por um *conselho de administração* e uma *diretoria*. Os administradores têm deveres especiais, como os de *diligência, lealdade e informação*, respondendo por seus atos e pelos prejuízos que causarem por dolo ou culpa.

Extingue-se a sociedade pelo encerramento da liquidação que se segue à sua *dissolução*, ou pela *fusão* com outra, incorporação nesta ou cisão total.

¹ Betti, *Teoria del Negocio Jurídico*, p. 225, e Osti, “Contratto”, in *Nuovo Digesto Italiano*.

² Osti, *Contratto*, trab. cit.

³ Betti, ob. cit., p. 227.

⁴ Vide, sobre contratos plurilaterais: Mirabelli, *Dei Contratti in Generale*; Antonio Carlo, *Il Contratto Plurilaterale Associativo*; Messineo, verbete “Contratto”, in *Enciclopedia del Diritto*; Ferri, “Contratto Plurilaterale”, in *Novissimo Digesto Italiano*; Antunes Varela, nos *Estudos em Homenagem a Orlando Gomes*.

⁵ [Art. 53 do Código Civil.]

⁶ [Para o estudo da pessoa jurídica, vide Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, Cap. 14.]

⁷ [Art. 44 do Código Civil.]

⁸ [É vedada a contribuição consistente em prestação de serviços, na sociedade limitada (art. 1.055, § 2º, do Código Civil).]

⁹ [Art. 981 do Código Civil.]

¹⁰ Dekkers, *Précis de Droit Civil Belge*, t. 2º, p. 672.

¹¹ Admite-se até que alguns sócios concorram abstendo-se de determinada conduta que prejudicaria a sociedade. Cf. Enneccerus, ob. cit., p. 382.

¹² [V. Clóvis Beviláqua, *Cod. Civil dos Estados Unidos do Brasil – Comentado – Obrigações*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1939, tomo 2º, vol. V, p. 114.]

¹³ [Art. 977 do Código Civil.]

¹⁴ [Art. 987 do Código Civil.]

¹⁵ [Lei nº 11.101/2005.]

¹⁶ [Art. 983 do Código Civil.]

¹⁷ [Art. 986 do Código Civil.]

¹⁸ [Art. 996 do Código Civil.]

¹⁹ [Art. 1.040 do Código Civil.]

²⁰ [Art. 1.053 do Código Civil.]

²¹ [Art. 1.096 do Código Civil.]

- ²² [Art. 1.005 do Código Civil.]
- ²³ [Art. 1.016 do Código Civil.]
- ²⁴ [Art. 1.008 do Código Civil.]
- ²⁵ [Arts. 1.010 e segs. do Código Civil.]
- ²⁶ [Art. 1.003 do Código Civil.]
- ²⁷ [Art. 1.007 do Código Civil.]
- ²⁸ [Art. 1.096 do Código Civil.]
- ²⁹ [Art. 1.019 do Código Civil.]
- ³⁰ [Art. 1.019, parágrafo único, do Código Civil.]
- ³¹ [Art. 1.013 do Código Civil.]
- ³² [Art. 1.013, § 1º, do Código Civil.]
- ³³ [Art. 1.014 do Código Civil.]
- ³⁴ [Art. 1.011 do Código Civil.]
- ³⁵ [Art. 1.034, inciso II, do Código Civil.]
- ³⁶ [Art. 1.033, inciso II, do Código Civil.]
- ³⁷ [Art. 1.033, inciso I, do Código Civil.]
- ³⁸ [Art. 1.033, inciso IV, do Código Civil.]
- ³⁹ [Art. 1.033, inciso III, do Código Civil.]
- ⁴⁰ [Art. 1.033, inciso V, do Código Civil.]
- ⁴¹ [Art. 1.033, inciso I, do Código Civil.]
- ⁴² [Arts. 1.044 e 1.087 do Código Civil.]
- ⁴³ [Arts. 1.036 e 1.102 e segs. do Código Civil.]
- ⁴⁴ [Art. 54 do Código Civil].
- ⁴⁵ Brethe de la Gressaye e Laborde Lacoste, *Introduction à l' Étude du Droit*.
- ⁴⁶ Juan Perez, *El Derecho de las Asociaciones*; Ferrara, sênior, *Personas Juridicas* – trad.
- ⁴⁷ [Art. 1.039 do Código Civil.]
- ⁴⁸ [Art. 1.045 do Código Civil.]
- ⁴⁹ [Art. 1.052 do Código Civil.]
- ⁵⁰ [Lei nº 6.404/76.]
- ⁵¹ Alemanha, lei de 01.01.66; França, lei de 24.07.66; Inglaterra, lei de 27.07.67; Áustria, lei de 1965.

Capítulo 37

EDIÇÃO E REPRESENTAÇÃO DRAMÁTICA

Sumário: 328. Generalidades. 329. Caracteres. 330. Conteúdo. 331. Extinção. 332. Representação dramática.

328. Generalidades. Sem embargo de sua importante função econômico-social e de sua constante utilização, o *contrato de edição* é regulado em poucos códigos, permanecendo como *contrato atípico*, de tipo *misto*, porque se forma pela junção de elementos próprios de outros contratos, como a compra e venda, a prestação de serviços à sociedade. Possui porém *causa autônoma*: a divulgação de obra literária, artística ou científica. É *contrato típico* em nossa legislação, [regulado nos arts. 53 a 67 da Lei nº 9.610/98 (lei dos direitos autorais)], posto que se apresenta sob modalidades tão distintas que melhor fora separá-las. Edição propriamente dita é o contrato pelo qual o autor de obra literária concede, contra remuneração à outra parte, o direito exclusivo de reproduzi-la e divulgá-la, mas também se chama *edição* o contrato pelo qual um escritor se obriga a elaborar uma obra literária, sob encomenda de quem se propõe a publicá-la e a quem cede os direitos autorais. [De acordo com o art. 53 da Lei nº 9.610/98, “mediante contrato de edição, o editor, obrigando-se a reproduzir e a divulgar a obra literária, artística ou científica, fica autorizado, em caráter de exclusividade, a publicá-la e a explorá-la pelo prazo e nas condições pactuadas com o autor”. E o art. 54 acrescenta: “Pelo mesmo contrato pode o autor obrigar-se à feitura de obra literária, artística ou científica em cuja publicação e divulgação se empenha o editor.”]

A reprodução mecânica de obra literária, artística ou científica exige a organização que imprimem a essa atividade natureza industrial ou comercial, a ser exercida sob forma de *empresa*. É a *edição*, assim, *contrato [empresarial]*. A empresa editora tem puramente finalidade lucrativa, embora seja possível a publicação da obra literária, sem o propósito de explorá-la economicamente. Outrossim, *editor* pode ser alguém que não seja dono da oficina gráfica ou imprensa. Em se tratando de obra literária, a impressão pode ser confiada a uma tipografia e a distribuição a uma livraria. Para a caracterização do *contrato de edição* o que importa é a *cessão do direito de publicar a obra*. A publicação pode ser feita pelo próprio autor ou sob sua responsabilidade, e, quando encomendada, o editor não é obrigado a fazê-la.

A divulgação de obra literária ou artística pode proceder-se sob a forma de exibição cênica, hipótese na qual o contrato adquire feição especial e se designa pelo nome de *representação dramática*. Não passa, no fundo, de modalidade especial da *edição*, submetida a regras particulares, particularismo que justificaria, entretanto, sua autonomia. Ganham relevo as formas contratuais para reprodução de *execução fixada*.

Modalidades particulares do *contrato de edição* são as de *produção cinematográfica, fonográfica, radiodifusão e prestação de serviços artísticos*. São partes nesses contratos: o autor cinematográfico, de televisão e de rádio, o locutor, o narrador, o *doubleur*, o cantor e outros artistas, intérpretes ou simples executantes.

329. Caracteres. O contrato de *edição*, na sua forma própria, é *bilateral, simplesmente consensual e oneroso*.

O *autor* e o *editor* contraem obrigações correlatas. A entrega da obra a ser editada não constitui requisito de perfeição do contrato, mas a principal obrigação contratual do autor. Por isso, além de *bilateral*, o contrato de edição é *simplesmente consensual*.

Sua *onerosidade* não é essencial. De regra, o editor obriga-se a pagar determinada quantia ao autor, por edição ou cessão definitiva dos direitos autorais, ou a efetuar a sua contraprestação em dinheiro sob a forma de percentagem sobre o preço dos exemplares vendidos. Nada obsta, porém, a que o autor ceda, sem remuneração, seu

direito. O contrato será, então, *gratuito*, porquanto a vantagem estará apenas do lado do editor. Até certo ponto, porém, contém, para este, uma *álea*, pois o resultado do empreendimento lhe pode ser desvantajoso, circunstância que o não converte, todavia, em *contrato aleatório*.

[Não havendo estipulação expressa da remuneração, esta será arbitrada com base nos usos e costumes¹].

330. Conteúdo. Correspondem ao *autor* e ao *editor* direitos e obrigações recíprocas.

A principal *obrigação* do *autor* é entregar a obra prometida. Deve cumpri-la no prazo estipulado, ou quando lhe convier se não houver estipulação. Como, porém, ficaria, neste caso, com a faculdade de impossibilitar a execução do contrato, protelando-a indefinidamente a seu arbítrio, a lei autoriza o editor a fixar prazo com a cominação de resilir o contrato, se dentro dele não fizer a entrega.

Outra obrigação do *autor* é não dispor da obra, no todo ou em parte, enquanto não se esgotarem as edições contratadas.²

São *obrigações do editor*:

- a) reproduzir e divulgar a obra;³
- b) aceitá-la com emendas e alterações, nas edições sucessivas, desde que não lhe prejudiquem os interesses, ofendam a reputação, ou aumentem a responsabilidade;⁴
- c) fazer nova edição, se prevista no contrato, desde que a última se tenha esgotado;⁵
- d) pagar os honorários estipulados, ou fixados mediante arbitramento;⁶
- e) prestar contas ao autor se a retribuição ficar dependendo do êxito da venda, ou for estipulada esta forma de participação no preço.⁷

O *editor* não pode:

- a) tirar mais de uma edição, se o contrário não resultar expressa ou implicitamente no contexto do contrato;⁸
- b) afetar o *direito moral* do autor;
- c) traduzir a obra;
- d) publicar em conjunto o que deve ser feito separadamente, e *vice-versa*.

Ao *editor* cabe:

- a) intimar o autor a que entregue a obra, se não houver prazo estipulado;
- b) fixar o número de exemplares de cada edição, se não tiver convencionado;
- c) fixar o preço de venda dos exemplares.⁹

Tanto um como outro destes derradeiros direitos devem ser usados moderadamente. Não pode reduzir a tiragem de modo que a obra não venha a ter circulação bastante, nem elevar o preço unitário a ponto de embaraçá-la.¹⁰

331. Extinção. O contrato de edição acaba pelas causas determinantes da cessação dos efeitos de qualquer relação jurídica de natureza contratual, não possuindo qualquer modo peculiar de extinção.

Dentre as diversas causas extintivas, pedem breve apreciação:

- a) a morte do autor antes de concluída a obra, ou sua incapacidade para terminá-la;
- b) a destruição da obra depois de entregue;
- c) o esgotamento da edição.

Na primeira hipótese, a extinção é imperativo de natureza personalíssima da prestação do *autor*. Bem é de ver, no entanto, que esse modo de extinção cabe apenas na modalidade de edição na qual o autor se obriga à elaboração da obra. Se estiver concluída, a morte do autor não determina a extinção, transmitindo-se aos herdeiros os direitos e obrigações.

A *morte* equipara-se à *incapacidade* superveniente.

Se a obra é destruída por força maior, o contrato extingue-se por falta de objeto, a menos que o autor possua cópia, ou segunda via, hipótese em que cumpre entregá-la ao editor.

Destruída quando já reproduzida, mas ainda não exposta à venda, o evento não influi na eficácia do contrato, pois o editor tem o direito de fazer nova tiragem às suas custas.

O contrato pode ter por *objeto a cessão* dos direitos autorais para uma só edição ou para edições sucessivas. Esgotada, no primeiro caso, é óbvio que se extingue. Se o editor estiver interessado em nova edição, terá de obter o consentimento do autor, em novo contrato.

332. Representação dramática. O contrato de *representação dramática* cobrou considerável importância em razão do aperfeiçoamento da técnica de comunicação. Os autores de obras dramáticas e musicais encontraram no rádio, no cinema e na televisão veículos magníficos de difusão de suas obras. Ampliou-se, assim, o campo de aplicação do contrato de representação dramática, antes limitado à exibição cênica de peças teatrais, concertos e semelhantes espetáculos. Realiza-se hoje para: a) comunicação pública de uma obra por qualquer meio de difusão dos sons e imagens; b) radiofonização; c) gravação dos instrumentos que sirvam para as reproduzir mecanicamente; d) adaptação e reprodução cinematográficas e sua representação pública.¹¹ A cessão de *direitos autorais* para esses objetivos é disciplinada em legislação especial que visa à proteção dos interesses dos autores, dos *intérpretes* e *executantes*.

Alguns códigos dissociam, da edição, o contrato de *representação dramática*, dedicando-lhe algumas disposições, dentre as quais:

- a) o autor de obra dramática não lhe pode fazer alteração na substância, sem o consentimento do empresário que a faz representar;¹²
- b) o empresário não pode comunicar o manuscrito a pessoa estranha ao teatro onde se representa, se não tiver licença do autor;¹³
- c) se o contrato não fixar prazo dentro no qual deva ser representada a peça, o autor pode intimar o empresário para que o fixe, cominando-lhe em pena a rescisão do contrato.¹⁴

Interessante regra decreta interdição aos credores do empresário de penhorarem a parte da renda do espetáculo reservada ao autor para remuneração do seu trabalho.¹⁵ Ao contrato de *representação dramática* aplicam-se as regras da edição que não contravierem à sua natureza especial.

O modo de remuneração é diferente. O autor e o intérprete da obra representada fazem jus ao recebimento de determinada importância a cada repetição, ainda que a difusão se promova por entidade sem fim lucrativo. O direito à percepção dessa remuneração acha-se regulado em lei especial, mas o executante se encontra sob o manto de proteção da legislação do trabalho.¹⁶

¹ [Art. 57 da Lei nº 9.610/98.]

² [Art. 63 da Lei nº 9.610/98.]

³ [Art. 62 da Lei nº 9.610/98.]

⁴ [Art. 66 da Lei nº 9.610/98.]

⁵ [Art. 65 da Lei nº 9.610/98.]

⁶ [Art. 57 da Lei nº 9.610/98.]

⁷ [Art. 61 da Lei nº 9.610/98.]

⁸ [Art. 56 da Lei nº 9.610/98.]

⁹ [Art. 60 da Lei nº 9.610/98.]

¹⁰ [Art. 60 da Lei nº 9.610/98.]

¹¹ [Vide os arts. 68 a 76 da Lei nº 9.610/98.]

¹² [Art. 71 da Lei nº 9.610/98.]

¹³ [Art. 72 da Lei nº 9.610/98.]

¹⁴ [Art. 69 da Lei nº 9.610/98.]

¹⁵ [Art. 76 da Lei nº 9.610/98.]

¹⁶ Literatura: Hermano Duval, *Direitos Autorais nas Invenções Modernas*, e verbete “Representação” no vol. 49 do *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Walter Moraes, *Posição Sistemática do Direito dos Artistas Intérpretes e Executantes*.

Capítulo 38

CONSTITUIÇÃO DE RENDA

.....

Sumário: 333. Generalidades. 334. Caracteres e traços distintivos. 335. Partes. 336. Modos de constituição. 337. Conteúdo. 338. Extinção.

333. Generalidades. A *constituição de renda* é o contrato por via do qual [uma das partes (o rendeiro ou censuário) obriga-se a realizar uma prestação periódica (renda) em favor da outra parte (credor da renda ou beneficiário), a título gratuito ou em troca da transmissão de determinados bens móveis ou imóveis¹].

É importante negócio jurídico atualmente, quando sua prática constitui objeto de atividade econômica de empresas financeiras. Desfrutou largo prestígio na época em que servia para contornar as medidas de combate à usura.

A *renda perpétua* existe em duas modalidades:

- a) *censo reservativo* ou *renda fundiária*;
- b) *censo consignativo* ou *censo bular*.

O *censo reservativo* consistia na alienação de um prédio com a reserva de que o adquirente ficasse obrigado ao pagamento de uma prestação anual e perpétua, dando o próprio prédio em garantia do pagamento. No fundo, era um empréstimo com garantia real. O proprietário do prédio pagava, em verdade, juros perpétuos sobre capital que não podia restituir.

No direito moderno, os *censos* foram abolidos. Não se permitem as *rendas perpétuas*. Admite-se, contudo, a *constituição de renda*, mas com a faculdade de *resgate*.

334. Caracteres e traços distintivos. O contrato de renda é bilateral, oneroso, comutativo, real [e solene]. No entanto, pode ser unilateral, gratuito e aleatório.

Quando *oneroso*, gera obrigações recíprocas. Quando *gratuito*, unicamente para uma das partes. Todavia, sustenta-se que é sempre *unilateral*, porque a obrigação de entregar o capital é requisito para sua perfeição. Seria contrato real.

Estipulado com prazo *determinado*, é contrato *comutativo*, mas, se a *renda é vitalícia*, será *aleatório*, porque pode ser vantajoso ou desvantajoso para uma e outra parte. Sendo incerta a duração da vida do beneficiário, ganhará a parte obrigada a pagar a renda se for curta, e perderá, se for longa.

A *constituição de renda* é contrato *real*, pois se torna perfeito e acabado com a entrega do capital. Importando alienação a entrega, se o capital for em imóveis faz-se necessária a transcrição. Nessa hipótese, o contrato figura, entre nós, como a relação jurídica básica do *direito real de renda constituída sobre imóvel*.

[O contrato de constituição de renda é formal ou solene, pois requer escritura pública²].

O que distingue a *constituição de renda* no Direito moderno é a *temporiedade* e a *faculdade de remissão*.

Há de constituir-se por *prazo determinado*. Segundo o entendimento mais criterioso, a duração pode ser *certa* ou *incerta*. É certa se o termo final for *dies certus quando*, como, por exemplo, se o contrato contém cláusula que determina a data de sua extinção ou prefixa o número de anos, ou de meses, durante os quais deve ser paga a renda. É incerta se pode ser maior ou menor porque, embora seja certo o advento do termo final, não se pode saber *quando* advirá. A extinção é certa, mas a duração incerta, como na *renda vitalícia*. A morte do beneficiário ocorrerá

fatalmente, mas as partes não sabem em que dia. A *renda vitalícia* constitui-se, com efeito, por *prazo determinado*. É *temporária*.³ Não assim a *perpétua*, que não tem termo extintivo.

O outro traço distintivo é a *faculdade de remissão*. O pagamento da dívida em prestações periódicas pode ser feito de uma só vez, liberando-se o devedor do encargo. Consiste o *resgate* no reembolso do capital. Se constituída sobre imóvel, pode ser remida a obrigação, pagando o devedor um capital em espécie, cujo rendimento, calculado pela taxa usual dos juros, assegure renda equivalente.

Distingue-se, outrossim, o *contrato de renda*:

- a) porque esta só pode constituir-se sobre imóveis ou dinheiro;
- b) porque só pode ser constituída e mantida em favor de pessoa viva.

Considera-se nula a constituição de renda em favor de pessoa falecida e da que venha a falecer nos trinta dias subsequentes à data da celebração do contrato, [em razão de moléstia que já sofria quando da celebração⁴].

A renda vinculada a imóvel constitui *direito real*.

335. Partes. No contrato de constituição de renda, o devedor das prestações periódicas chama-se *rendeiro* ou *censuário*, e a outra parte, *beneficiário*. Costumam ser designadas, também, como *devedor* e *credor da renda*, respectivamente.

O *credor da renda* pode ser o próprio *constituinte* ou *terceiro*. Se a renda não é constituída em benefício próprio, há *estipulação em favor de terceiro*, hipótese em que o contrato é *gratuito*; por isso que o *beneficiário* recebe sem dar coisa alguma, a vantagem sendo só para ele. Constituída em benefício próprio, o credor, para obtê-la, desfalca seu patrimônio, entregando ao rendeiro o capital que a produzirá. Nesse caso o contrato é *oneroso*.

Duas ou mais pessoas podem ser *beneficiárias* da renda instituída por um só *constituinte*. Se a parte de cada qual não for determinada, presume-se que lhes tocam quantidades iguais. A parte do beneficiário que falecer não acresce à dos outros, [salvo estipulação em contrário⁵].

336. Modos de constituição. A renda *pode* ser constituída:

- a) por ato entre vivos;
- b) por disposição de última vontade.

O modo de constituição por ato *inter vivos* é o contrato. A que se institui por *testamento* distingue-se pela gratuidade. Seu estudo pertence a outro campo.

A obrigação de pagar renda pode ainda ter causa numa *sentença judicial* proferida em ação de responsabilidade civil.

337. Conteúdo. Do contrato de renda nasce para o *censuário* a obrigação de pagar pontualmente a renda.

Podem as partes estipular o pagamento adiantado. Caso contrário, o credor adquire o direito à renda dia por dia, mas lhe não é dado exigi-la senão após se ter esgotado cada período prefixado.⁶ Caso o rendeiro deixe de cumprir sua obrigação, poderá ser acionado pelo beneficiário para que pague as prestações atrasadas, e lhe dê garantias pelas futuras.⁷ Assiste ao devedor de renda direito de resgate. Livra-se do encargo, reembolsando ou entregando o capital. Não pode o credor da renda opor-se ao resgate.

O direito do *beneficiário* de renda constituída sobre *imóvel* pode ser exercido contra quem quer que o tenha adquirido, visto que é *direito real*. No caso de falência, seu crédito é privilegiado. Se o imóvel for desapropriado, pode exigir que o devedor da renda adquira outro, no qual se sub-rogará o ônus.

338. Extinção. Por diversos modos extingue-se o contrato de constituição de renda:

- a) o vencimento do prazo;
- b) a morte;
- c) o resgate.

Visto que só se permite a constituição de renda por tempo determinado, o advento do termo determina a extinção do contrato. Nessa causa extintiva com-preende-se a morte do beneficiário de *renda vitalícia*.

Não é só a morte do credor da renda que extingue o contrato, mas, igualmente, a do devedor, no caso de se ter estipulado que a obrigação de pagar a renda subsistirá somente enquanto ele for vivo.

O *resgate é causa* especial de extinção do contrato. Trata-se, como visto, de faculdade conferida ao devedor da renda para cumprir a obrigação *ante tempus*, pagando de uma só vez as prestações que seria obrigado a satisfazer *pro rata tempore*. É, portanto, voluntário, embora possa ser necessário, como no caso de falência do censuário.

A *renda constituída sobre imóveis* extingue-se também:

- a) pela destruição do imóvel, se não estava segurado;
- b) pela confusão.

Perecendo o bem, não sobrevive, a menos que esteja segurado, porque, nesta hipótese, a indenização deve ser aplicada na aquisição de outro imóvel, dando-se a *sub-rogação*.

Se o beneficiário da renda se torna dono do bem imóvel a que está vinculada, extingue-se o contrato porque se confundem, na mesma pessoa, as qualidades de credor e devedor. Diz-se que há *consolidação da propriedade, que passa a ser plena, pelo desembaraço do ônus*.

¹ [Arts. 803 e 804 do Código Civil.]

² [Art. 807 do Código Civil.]

³ [Art. 806 do Código Civil.]

⁴ [Art. 808 do Código Civil].

⁵ [Art. 812 do Código Civil].

⁶ [Art. 811 do Código Civil].

⁷ [Art. 810 do Código Civil].

Capítulo 39

SEGURO

Sumário: 339. Localização. 340. Generalidades. 341. Espécies de seguro. 342. Apólice. 343. Seguro de danos. 344. Seguro de [pessoa], conceito e particularidades. 345. Partes. 346. Pressupostos e requisitos. 347. Estrutura e formação do contrato. 348. Conteúdo. 349. Apólice de seguro de vida. 350. Designação de beneficiário. 351. Tipos fundamentais. 352. Extinção do contrato. 353. Contrato de capitalização.

339. Localização. O *contrato de seguro*, tal como se pratica na atualidade, pertence ao campo do Direito [Empresarial], pois somente *empresas* organizadas sob a forma de *sociedade anônima* [ou cooperativas (estas no que diz respeito a seguros agrícolas e de saúde)] podem celebrá-lo na qualidade de *segurador*.¹ Essa imposição legal decorre da própria função econômico-social do contrato. Para cobrir os inúmeros riscos que podem ser objeto de *seguro*, mister se faz uma organização econômica que, utilizando técnica especial, possa atender ao pagamento das indenizações prováveis com o produto da arrecadação das contribuições pagas por grande número de seguradores. Esta exigência desloca o contrato para o Direito [Empresarial], tornando-o um *contrato* [empresarial].

O Código Civil disciplina-o [nos arts. 757 a 802], estatuindo regras que, embora completadas por leis especiais, continuam a ser básicas. Desse modo, justificam-se considerações a seu respeito, limitadas aos princípios gerais a que se subordina. Ademais, os *seguros mútuos* permanecem no âmbito do Direito Civil.

340. Generalidades. Pelo *contrato de seguro*, [o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou à coisa, contra riscos predeterminados²].

As *partes* no *contrato* de seguro chamam-se *segurador* e *segurado*. Ao *segurador* compete pagar a quantia estipulada para a hipótese de ocorrer o *risco previsto* no contrato, [salvo se, no seguro de dano, houver sido convencionada a reposição da coisa³]. Ao *segurado* assiste o direito de recebê-la, se cumprida a sua obrigação de pagar a contribuição prometida, que se denomina *prêmio*.

A noção de *seguro* pressupõe a de *risco*, isto é, o fato de estar o indivíduo exposto à eventualidade de um dano à sua pessoa, ou ao seu patrimônio, motivado pelo acaso.⁴ Verifica-se quando o dano potencial se converte em dano efetivo.⁵ Quando o evento que produz o dano é infeliz, chama-se sinistro. Assim, o incêndio. Tal evento é *aleatório*, mas o perigo de que se verifique sempre existe. Por isso se diz, com toda procedência, que o contrato de seguro implica *transferência de risco*, valendo, portanto, ainda que o sinistro não se verifique, como se dá, aliás, as mais das vezes.⁶

O instrumento do contrato de seguro chama-se *apólice*.

Verificado o evento a que está condicionada a execução da obrigação do segurador, presta ele a *indenização*, se o dano atingir o patrimônio do segurado; isto é, se for de coisas o seguro. Ao segurado compete o pagamento do prêmio, consistente em quantia ordinariamente parcelada no tempo.

O *contrato de seguro* é *bilateral*, *simplesmente consensual*, *aleatório* e *de adesão*.⁷

Conquanto a obrigação do *segurador* seja condicional, há interdependência das obrigações que gera tanto para uma como para a outra parte. Obriga-se o segurado a pagar o *prêmio*. Do cumprimento dessa obrigação depende o seu direito a exigir do *segurador* o pagamento da quantia estipulada, caso se verifique o acontecimento a que se subordina a obrigação deste. Assim, o segurado é devedor de dívida certa e credor de dívida condicional (Planiol e Ripert).

O contrato é simplesmente consensual, a despeito de ser obrigatória a *forma escrita*.⁸ Não é mister, com efeito, a prática de qualquer ato por parte dos contratantes para que se aperfeiçoe. Basta o consenso manifestado pela forma própria.

A natureza *aleatória* do contrato resulta de sua própria função econômico-social. A vantagem do *segurador* depende de não ocorrer o sinistro ou de não se verificar o evento, em certo prazo. No primeiro caso, terá recebido o *prêmio* sem contraprestação. No segundo, embora deva satisfazer a prestação a que se obrigou, como no caso de *seguro de vida*, a maior longevidade do segurado representa vantagem para o segurador. Também o *segurado* tem, dependente de um acontecimento incerto, a vantagem que espera obter ao contratar, consistente, precisamente, em evitar uma perda. Não é raro que a evite, tendo pago insignificante parcela do *prêmio*. Há, enfim, uma alternativa de ganho ou perda, não se sabendo qual das partes obterá a vantagem, ou sofrerá o prejuízo.

Por fim, o *contrato de seguro* realiza-se, nas atuais condições, como *contrato de adesão*. A necessidade de uniformizar condições para numerosos segurados possibilita a determinação do seu conteúdo pela empresa seguradora, que insere, numa *apólice* impressa, cláusulas habituais e invariáveis. Por outro lado, o controle das empresas seguradoras pelo Estado, quer na constituição, quer no funcionamento, concorre para que se realize sob esta forma, já que, de certo modo, o conteúdo do contrato é pré-regulamentado.

341. Espécies de seguro. A classificação das operações de seguro, conforme a natureza do *risco*, faz-se na própria lei, em razão da influência que exerce no conteúdo do contrato, especialmente no que tange às obrigações do *segurador*. À luz desse critério, as operações agrupam-se em duas classes:

- a) seguros [de dano ou] dos ramos elementares;⁹
- b) seguros de [pessoa¹⁰].

No grupo das operações designadas como [seguro de dano], compreendem-se os seguros para a cobertura dos riscos de fogo, transportes, acidentes e outros acontecimentos danosos.

Constituem operações dessa classe os *seguros marítimos, terrestres e aeronáuticos*.

No grupo dos *seguros de [pessoa]* incluem-se os que garantem a pessoa do segurado contra os riscos a que estão expostas sua existência, sua integridade física e sua saúde. Pertencem a esta categoria os *seguros sociais*, que hoje constituem objeto de previdência, organizada em instituições paraestatais. Não são, com efeito, *seguros privados*. Dentre estes, têm importância maior os *seguros de vida stricto sensu* e os *seguros contra acidentes*.

A principal diferença entre os dois grupos reside na índole do pagamento devido pela empresa seguradora. Nas operações de seguros dos ramos elementares, a obrigação do segurador consiste numa *indenização*, se o *sinistro* ocorrer. Nos seguros de [pessoa], não há reparação de um *dano*, sendo impossível, em consequência, o *superseguro*. A distinção segundo a natureza do *risco* faz-se, em doutrina, de modo mais correto, classificando-se modalidades do contrato, em *seguros de pessoas* e *seguros de coisas* ou de *danos*. Têm objeto diverso e obedecem a diferentes regras. Caracterizam-se os últimos, como salienta Messineo, pelo interesse do segurado em ser ressarcido de dano, caso se verifique. No *seguro de pessoas*, não há *indenização* propriamente dita. Ademais, os seguros das duas classes não recebem o mesmo tratamento legal.

[Buscando atender à distinção entre seguro de dano e seguro de pessoa, o legislador de 2002 aprimorou o conceito de contrato de seguro, antes constante do art. 1.432 do Código Civil de 1916. Em vez de definir a obrigação do segurador como sendo a de indenizar o prejuízo sofrido pelo segurado, aludiu à obrigação de “garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou à coisa”.¹¹ Deste modo, o conceito legal passa a abranger não somente o seguro de dano, mas também o de pessoa, que não possui função indenizatória].

Conforme a técnica empregada para a cobertura do risco, o seguro pode ser a *prêmio fixo* ou *variável*. O primeiro é feito pelo segurado com uma companhia seguradora, enquanto o outro se ajusta entre várias pessoas que assumem mutuamente a responsabilidade do prejuízo que qualquer delas sofre em consequência de objetivação do risco que todas correrem.

No *seguro a prêmio fixo*, os papéis de segurado e segurador são desempenhados por pessoas distintas. Demais disso, a contribuição do segurado é invariável, uma vez fixada contratualmente. No *seguro mútuo*, cada interessado é segurador dos outros e por estes segurado, de modo que pode ser beneficiado ou desfavorecido, conforme tenha direito à indenização ou seja obrigado a concorrer para que a outrem se pague. A rigor, porém, os que põem em comum entre si o prejuízo não exercem propriamente as funções de segurador. Pertencem estas à pessoa jurídica que

se constitui pela associação dos interessados. Nessa modalidade de seguro, os segurados contribuem, em lugar do prêmio, com as cotas necessárias para acorrer às despesas da administração e aos prejuízos verificados. Assim, ao contrário do seguro a prêmio fixo, a contribuição, no *seguro mútuo*, é variável. Subordinam-se, conseqüentemente, a regras diversas.

Os seguros mútuos são cíveis. Para sua realização, não é necessária a participação de uma empresa, pois são os próprios interessados que constituem a sociedade seguradora. Tal sociedade não tem *animus lucrandi*. Todos se cotizam para atender exclusivamente aos encargos assumidos pela pessoa jurídica. A partilha de excesso verificado quando a soma das cotizações recebidas é superior à dos riscos verificados não pode ser considerada objeto da sociedade. Não se constitui para esse fim, e a permissão para que o distribua sob a forma de dividendo demonstra, precisamente, que não tem finalidade lucrativa.

As *sociedades de seguros mútuos* obedecem, na sua constituição e funcionamento, a certas normas, dentre as quais merecem registro as seguintes:

- 1ª) as entradas suplementares e os dividendos devem ser proporcionais às cotas de cada associado;
- 2ª) as cotas dos associados devem ser fixadas conforme o valor dos respectivos seguros;
- 3ª) na determinação das cotas, podem-se levar em conta riscos diferentes, e estabelecê-los em duas ou mais categorias.

[O Código Civil de 2002 não manteve as regras atinentes ao seguro mútuo, que constavam dos arts. 1.466 a 1.470 do Código de 1916. Esta modalidade de seguro encontra-se regulada, atualmente, por meio de leis especiais¹²].

342. Apólice. O contrato de seguro não obriga antes de reduzido a escrito, mas não se inclui entre os *contratos solenes*. Embora a lei esteja redigida em termos que fazem presumir a vinculação de sua eficácia à forma escrita, em verdade esta não é da substância do contrato, senão como forma *ad probationem tantum*.¹³ A remessa do instrumento do contrato ao segurado também não deve ser equiparada à entrega de uma coisa para o efeito de considerá-lo *contrato real*. A despeito de tais disposições legais, o seguro é reputado *contrato simplesmente consensual*.

O instrumento do contrato de seguro chama-se *apólice*. Exige-se que consigne:

- a) os riscos *assumidos*;
- b) [o início e o fim de sua validade;
- c) o limite da garantia; e
- d)] o prêmio devido pelo segurado, ou por ele pago.¹⁴

Dividem-se as *apólices* em *simples* ou *flutuantes*. Dizem-se *simples* as apólices nas quais o objeto do seguro é determinado precisamente sem que haja possibilidade de substituí-lo. Nas *apólices flutuantes*, a substituição da coisa segurada está prevista, fazendo-se o seguro por uma soma global, como se verifica em relação a mercadorias armazenadas.

As apólices podem ser *nominativas, à ordem* ou *ao portador*.¹⁵ Nas primeiras, deve constar necessariamente o nome dos segurados. Nas segundas, permite-se a sua transferência mediante simples endosso [em preto, datado e assinado pelo endossante e endossatário¹⁶]. Nas terceiras, não há indicação do segurado, pelo que se transferem por simples entrega. A transferência importa *cessão de crédito*. O seguro de vida não admite apólice ao portador.¹⁷

Além das cláusulas relativas ao risco, ao prêmio e ao valor do objeto segurado, a *apólice* deve conter declaração exata e precisa quanto ao começo e ao fim do risco, por ano, mês, dia e hora.

O mesmo risco não pode ser coberto, por inteiro, por vários seguradores. Ocorrendo esse fato, dá-se o *conflito de apólices*. Para solucioná-lo, há três critérios:

- 1º) a indenização pode ser exigida do primeiro segurador, e tão-só dele;
- 2º) divide-se *pro rata* entre os seguradores;
- 3º) pode ser exigida de todos *in solidum*.

O Direito pátrio não aceita qualquer destas soluções, pois proíbe que [a garantia prometida ultrapasse o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato, sob pena de perda do direito à garantia.¹⁸] Proíbe que uma coisa seja segurada, pelo todo, mais de uma vez. Nulo é o seguro feito com transgressão desse preceito proibitivo.

É preciso não confundir esse modo de proceder, que é fraudulento, com o *co-seguro* e o seguro *cumulativo*. No primeiro, cada empresa seguradora cobre uma parte alíquota do risco total. Trata-se de medida de segurança imposta pela necessidade de garantir a solidez do sistema securitário. Pelo *co-seguro* faz-se a distribuição dos riscos, evitando-se que um só segurador sofra o impacto do pagamento de vultosa indenização.¹⁹ Pelo *seguro cumulativo* o seguro é contratado com vários segurados que assumem a responsabilidade sobre o conjunto do risco, sem determinação de partes.

343. Seguro de danos. O *seguro de danos* ou de coisas compreende diversas espécies que abrangem os prejuízos sofridos por um indivíduo em seu patrimônio. Caracteriza-se pelo fato de consistir a obrigação do segurador no pagamento de *indenização* do dano.

As especialidades mais correntes dos seguros de danos patrimoniais são as que se fazem para cobertura dos riscos de *fogo* e *transporte*. Garantem, porém, a indenização de quaisquer danos sobrevindos às coisas em razão de acidentes a que estejam expostas. Até o risco de insolvabilidade dos devedores pode ser transferido a um segurador, mediante o *seguro de crédito*.

À categoria dos *seguros de danos* pertencem, segundo alguns, os que a própria pessoa, ou terceiro, pode sofrer em sua integridade física. A modalidade mais importante dessa classe de seguro é o seguro de *acidentes do trabalho*. Obedecem a regime legal particular, pertencendo seu estudo ao Direito do Trabalho. [Com a nova sistemática adotada pelo Código Civil de 2002, que em vez de cuidar da espécie seguro de vida disciplina o gênero seguro de pessoa, o seguro de acidentes pessoais deve ser estudado como espécie de seguro de pessoa²⁰].

Outras modalidades existem ainda. Basta, no entanto, registrar o *seguro de responsabilidade*.²¹ Por esse contrato, o segurador assume o risco de indenizar o segurado pelo dano que venha a sofrer em consequência de falta praticada por terceiro, ou de obrigação de reparar imposta em lei. Uma das mais interessantes aplicações desse contrato é o chamado *seguro de fidelidade funcional*, que visa à reparação de prejuízo causado por funcionários ou empregados que lidam com dinheiro.

O seguro de danos é *parcial*, se feito por soma inferior ao valor venal da coisa segurada. Em caso de sinistro, o segurador só responde pelos danos na proporção em que o valor efetivo da coisa segurada se acha em relação à quantia pela qual foi segurada, entendendo-se que ele próprio foi o segurador da parte restante.²² A redução decorre da chamada *regra proporcional*.²³

344. Seguro de [pessoa], conceito e particularidades. [As espécies mais importantes de seguro de pessoa são seguro de vida e seguro de acidentes pessoais].

O seguro de vida é o contrato pelo qual uma parte, denominada segurador, em contraprestação ao recebimento de certa soma chamada prêmio, se obriga a pagar à outra parte, ou terceiro, intitulada aquela, *segurado*, uma quantia determinada, sob a forma de capital ou de renda, quando se verifique o evento previsto.

O seguro de vida, quando privado, tem natureza contratual.

O evento a que se subordina o cumprimento da obrigação contraída pelo *segurador* tanto pode ser a morte do segurado como a sua sobrevivência.

Quanto ao pagamento da quantia a que se obriga o segurado, pode ser efetuada assim a terceiro como ao próprio segurado, seja de uma só vez, seja em prestações sob a forma de pensão.

Pode o seguro, finalmente, ser feito sobre a própria vida do segurado ou sobre a vida de outrem.

Tal como o valor do seguro, impropriamente chamado indenização no seguro de vida, o *prêmio* comporta pagamento único ou parcelado, vitalício ou temporário.

A rigor, a obrigação do segurador não consiste, precipuamente, no pagamento da soma estipulada, se ocorre o evento previsto no contrato. Sua obrigação consiste em tutelar o interesse do segurado, que, pelo seguro, se cobre contra um risco. O interesse do segurado não é receber o seguro senão secundariamente, se ocorre o acontecimento a que está sujeito o pagamento. Quem, por exemplo, faz um seguro por toda a vida não tem interesse em que a morte o surpreenda quanto antes para que seus herdeiros o recebam. No seguro de danos, é ainda mais nítido o interesse do segurado em que não se verifique o sinistro, mas é evidente que seu propósito é o de não sofrer o

prejuízo, se este ocorre. E, como ao segurador incumbe ressarcir-lo pagando a indenização, esse pagamento, consistindo, como consiste, numa atribuição patrimonial, se afigura a obrigação específica, do segurador, diretamente derivada do contrato, quando, em verdade, é conseqüência de ter assumido a obrigação de tutelar o interesse do segurado.

O seguro de vida distingue-se tanto do seguro de danos que as diferenças têm sido invocadas para contestação do conceito unitário do contrato. Falta-lhe, realmente, a característica básica do seguro de coisas, patenteando função tipicamente indenizatória. Neste, o segurador, assumindo o risco, obriga-se a ressarcir os danos efetivamente sofridos pelo segurado em conseqüência do sinistro ocorrido. A exata correspondência da indenização ao prejuízo decorre da função própria dessa modalidade de seguro. No de vida, não há propriamente dano a indenizar, embora alguns sustentem que consiste este na própria perda da vida humana, ou na perda que sofrem os sobreviventes com a morte do segurado. Como, porém, o seguro de vida não tem realmente função indenizatória, tanto que pode ser feito em favor de outras pessoas, seu valor, ao contrário do que se dá no seguro de danos, pode ser livremente estipulado. Ademais, a vida do segurado pode ser objeto de seguro quantas vezes aprouver. Por outras palavras, a mesma pessoa tem a faculdade de segurar sua vida em diversas empresas seguradoras, atribuindo-a o valor que desejar.²⁴ No seguro de vida não há, por outro lado, avaliação de dano. Em conseqüência, a chamada indenização é devida integralmente, não havendo redução, porque não se estabelece qualquer proporcionalidade.

Comporta o seguro de vida, em certas circunstâncias, a restituição parcial do prêmio pago, que constitui seu valor de resgate.

Há, além disso, exigências para o seguro de vida incabíveis nos seguros de danos. Enfim, a essa modalidade de seguro aplicam-se princípios peculiares, os quais não só modificam como integram regras do contrato, no seu esquema comum.

[O Código Civil de 2002 traz importante regra acerca do direito ao recebimento do seguro na hipótese de suicídio do segurado. Prescreve o art. 798: “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”. Há duas interpretações possíveis desta regra. De acordo com a primeira, trata-se de espécie de prazo de carência para a cobertura nos casos de suicídio. A estipulação de prazo de carência seria lícita, à luz do art. 797 do Código Civil. Consoante outra interpretação, o dispositivo instituiria presunção relativa (*iuris tantum*) no sentido de que o suicídio dentro do prazo de dois anos é premeditado, afastando o direito à garantia. Nesse caso, seria possível ao beneficiário demonstrar que o suicídio não foi premeditado, fazendo jus ao recebimento do capital segurado. Esse é o teor do Enunciado nº 187 da III Jornada de Direito Civil.

O segurador não se exime do pagamento do seguro quando a morte ou a incapacidade do segurado se origina 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”. Eventual cláusula em sentido diverso será ineficaz²⁵].

Dentre os seguros de *acidentes pessoais*, cobraram importância prática os que consistem na transferência do risco de danos causados a terceiros pela condução de veículo. Os atropelamentos constantes justificam essa transferência. Do mesmo grau de importância os que visam a cobrir o risco de dano patrimonial a terceiro, pela mesma causa.

Os *seguros contra acidentes* podem ser *individuais* ou *coletivos*. O *seguro individual* obriga o segurador a pagar a indenização a segurado mencionado na apólice, que se acidenta. Diz-se *geral*, quando o segurador responde por todo e qualquer acidente sobrevindo ao segurado. Se apenas responde por determinada categoria de acidentes ou por acidentes provindos de certa causa, é *especial*. O *seguro coletivo* é o que se faz para um grupo de pessoas, contra acidentes, sem individualização dos segurados, que podem ser substituídos, como acontece no seguro de *acidentes do trabalho*.

345. Partes. As partes no contrato de seguro chamam-se segurado e segurador.

Segurado é, no seguro da própria vida, a parte que se obriga ao pagamento do prêmio, para se premunir do risco. Segurador, a que se obriga a pagar determinada quantia quando se verifique o evento previsto no contrato, a que, em síntese, assume o risco.

No seguro de vida de outrem e naquele por toda a vida de quem o estipula, surge a figura do beneficiário. No primeiro caso, o beneficiário é o próprio estipulante. No segundo, terceiro. O seguro, nesses casos, tem a

configuração de uma estipulação em favor do terceiro, na qual o segurado figura como estipulante, o segurador como promitente, e o terceiro como beneficiário. Este não intervém no contrato; não é parte.

O segurador, em seguro de vida, pode ser:

- a) um ente público;
- b) uma sociedade por ações;
- c) uma sociedade mútua.

O seguro de vida é eminentemente privado. Contudo, admite-se entre nós, que o façam, para seus filiados, entes públicos, mas normalmente o seguro de vida é realizado por pessoas jurídicas de direito privado, por sociedades anônimas ou mútuas.

Outras sociedades, ainda [empresárias], não estão legitimadas a exercer essa atividade, que é privativa das sociedades por ações autorizadas pelo poder público, através da competente carta-patente, a exercer esse gênero de negócio. Adquirem personalidade jurídica com a autorização estatal e seu funcionamento é fiscalizado pelo poder competente. Assim, idônea exclusivamente a segurar é a sociedade anônima devidamente autorizada a funcionar, se a atividade tem fim lucrativo.

Sem essa finalidade, constituem-se as sociedades mútuas de seguros, também legitimadas à realização de tais negócios jurídicos mas para seus sócios. O prêmio, normalmente variável, é pago, como visto, sob a forma de contribuição dos associados.

Segurado, no seguro de vida, há de ser, obviamente, uma pessoa física. Tanto quem o estipula, como outrem, sobre cuja vida se faça o seguro.

Nesta hipótese essa pessoa deve ser maior de quatorze anos.

Para que a vida de outra pessoa seja objeto de seguro é preciso que o estipulante justifique seu interesse na realização do contrato. Presume-se esse interesse quando se trata de cônjuge, descendente ou ascendente do proponente.²⁶ No seguro da vida de outrem, a figura de estipulante não coincide com a do segurado. [O estipulante] nem sempre é a pessoa exposta ao risco, podendo, pois, ser terceiro, como é, no seguro sobre a vida de outrem. Nessa hipótese, a obrigação de pagar o prêmio não corresponde ao segurado. Assim, a parte contraposta ao segurador não pode, em todos os casos, ser denominada segurado.

346. Pressupostos e requisitos. No exame dos pressupostos e requisitos do contrato de seguro de vida, basta assinalar as particularidades decorrentes de sua disciplina legal. Como negócio jurídico bilateral, a relação jurídica pressupõe partes capazes, mas somente são legitimados a estipular contrato de seguro certas pessoas jurídicas de direito privado.

Requer-se sua organização como empresa coletiva sob a forma típica da sociedade de capitais em razão das próprias exigências técnicas de ordenação e funcionamento do seguro. Para que possa alcançar sua finalidade, é necessária a realização de uma série de contratos (operações em massa) destinados à cobertura de riscos homogêneos. Uma pessoa física, ou mesmo uma empresa individual, que assumisse eventualmente a posição de segurador não teria condições de atender aos objetivos do seguro, se permitido lhe fosse realizá-lo.

Segurado, como visto, há de ser, intuitivamente, uma pessoa física. Não se exigem condições especiais de legitimação, aplicando-se as regras gerais da capacidade de agir.

O objeto do contrato de seguro é o risco contra o qual se precata o segurado.

Como tal se entende a eventualidade da verificação de um acontecimento futuro previsto no contrato. Não é necessário que o evento seja incerto; basta a incerteza quanto ao momento em que se verificará. No seguro de vida para o caso de morte, o evento é certo; mas incerto o momento de sua ocorrência.

Para que o risco seja segurável é previsto, segundo Butaro, que:

- 1) o evento seja futuro;
- 2) seja incerto ou, quando menos, incerto o momento de sua verificação;
- 3) não dependa da vontade dos interessados;
- 4) seja normal, isto é, regular e periódico;
- 5) ameace considerável número de pessoas.

O risco deve existir. Do contrário, o contrato será nulo por falta de objeto.

Confundem alguns o objeto do contrato com o seu conteúdo, que compreende as obrigações e direitos das duas partes. Outros definem, como sua causa, o que se apontou como objeto.

O contrato de seguro deve ser reduzido a escrito por exigência legal. Tem, portanto, forma prescrita, que se exige *ad probationem*.²⁷ Quanto à causa, consistente na sua função econômico-social de satisfazer a uma necessidade eventual do interessado em se cobrir de um risco, serve para distinguir o contrato de seguro de figuras afins, como a constituição de renda e a aposta.

347. Estrutura e formação do contrato. A classificação do contrato de seguro não é pacífica. Incluem-no, mais freqüentemente, entre os contratos bilaterais ou sinalagmáticos, entre os onerosos, aleatórios, e entre os simplesmente consensuais.

Contudo, objeções se levantam a essas qualificações.

Contesta-se, em primeiro lugar, a interdependência das obrigações que origina para as partes, pondo-se em dúvida sua estrutura sinalagmática. Não haveria, na execução das obrigações, a correspectividade própria dos contratos bilaterais. Certas particularidades obrigariam a não admitir a existência dos sinalagmas genético e funcional. Se fosse geneticamente bilateral, o segurado nada deveria receber do segurador, como devolução do prêmio pago, em caso de anulação, ou rescisão do contrato. No entanto, tem direito a receber parte do que pagou. Se fosse funcionalmente bilateral, o segurado, nas mesmas hipóteses de cancelamento do seguro, teria direito à restituição integral do que houvesse pago – o que não ocorre, visto que a restituição é parcial. Diz-se, ademais, que o seguro não é contrato bilateral porque só existe sinalagma quando ambas as partes têm de cumprir, necessariamente, as respectivas obrigações. Se as obrigações contraídas por uma das partes admitem o inadimplemento sem conseqüências, não pode ser contrato sinalagmático. Desde, pois, que a principal obrigação do segurador, que é o pagamento da indenização, pode deixar de ser cumprida se o evento danoso não se verifica, o seguro não seria, por essa razão, contrato sinalagmático. Daí a afirmação de que “a causa do pagamento do prêmio não é o pagamento da indenização, porque, se assim fosse, toda vez que o sinistro não se verificasse e, portanto, sempre que a indenização não devesse ser paga, o segurado deveria ter direito à restituição dos prêmios”.

A essas impugnações, responde-se que a estrutura sinalagmática de um contrato não requer a interdependência das obrigações quanto a seu cumprimento. Por outras palavras, o contrato, para ser bilateral, não precisa ter sinalagma genético e funcional. Não deixa de ser sinalagmático somente porque não há interdependência funcional. Observam outros que a estrutura dos contratos aleatórios é tão singular que refogem eles à classificação que leva em conta a unilateralidade ou a bilateralidade dos efeitos. O seguro não se enquadraria, assim, nos contratos bilaterais, nem entre os unilaterais. Argumenta-se ainda que as objeções à estrutura sinalagmática do contrato de seguro assentam na suposição falsa de que a obrigação típica do segurador consiste no pagamento da indenização. Uma vez que se aceite a doutrina de que tal obrigação tem como objeto a tutela do interesse do segurado em se cobrir contra determinado risco [(refletida no próprio conceito de seguro contido no art. 757 do Código Civil)], dúvida não se poderá ter de que o contrato é sinalagmático. O segurador, em troca do recebimento do prêmio, assume o risco, a ele se expondo enquanto dura o contrato. Assim, ainda quando não ocorra o sinistro, estará cumprindo sua obrigação, visto que permanece adstrito a ressarcir o dano eventual, tanto que se verifique. Observe-se que o interesse do segurado se desdobra; fundamentalmente, é o de que o sinistro não se verifique, mas, ocorrendo, que não sofra o prejuízo, pelo recebimento da indenização que o segurador lhe deve pagar. Portanto, independentemente da ocorrência do sinistro, as duas obrigações, do segurador e do segurado, estão a se cumprir enquanto o contrato se acha em curso. Mesmo, porém, que se admita como causa do seguro a função indenizatória, a bilateralidade do contrato não poderia ser contestada sob o fundamento de que o segurador não está obrigado a restituir o prêmio se o sinistro não ocorre porque a incorporação do recibo ao seu patrimônio é conseqüência natural da estrutura aleatória do contrato. Necessário não é, finalmente, que a interdependência das prestações se manifeste na sua execução, bastando que exista entre as obrigações. Se assim não fosse, os contratos aleatórios seriam inadmissíveis, porquanto são necessariamente bilaterais e se caracterizam precisamente pela inexecução potencial da obrigação de uma das partes.

O seguro é, portanto, contrato sinalagmático.

Está classificado, outrossim, na categoria dos contratos aleatórios. Por sua própria finalidade encerraria a probabilidade de trazer proveito apenas para o segurador. Se o sinistro não ocorre, nada tem ele que pagar ao segurado, embora haja recebido o prêmio. Não obstante, a natureza aleatória do contrato é impugnada sob o

fundamento de que a proibição do seguro [individual] feito por pessoa que assuma a posição de segurador, tira-lhe o risco a que deveria estar exposto. A exigência legal de que o segurador seja uma empresa, que exerça profissionalmente a atividade securitária, possibilita, em face da lei dos grandes números e do cálculo das probabilidades, a neutralização dos riscos a que estaria sujeito um segurador individual, visto como a empresa, por sua própria finalidade, cobre riscos homogêneos através de uma série de contratos. Mas, se do ponto de vista da organização dos seguros a *alea* do segurador é praticamente inexistente, nem por isso o contrato de seguro em si, considerado isoladamente, deixa de ser aleatório. No momento de sua formação, a vantagem que cada parte pode tirar não é suscetível de avaliação. Dependerá, tal vantagem, dos acontecimentos que se verificarem no prazo contratual. Para cada uma das partes, o segurador e o segurado, é objetivamente incerto na caracterização do contrato aleatório.²⁸ Se derivará, para ela, uma vantagem, ou, quando menos, se essa vantagem será proporcional ao sacrifício que assume ao concluir o contrato. Trata-se, por conseguinte, de contrato aleatório, mas não, como pensam alguns, devido ao valor diverso das prestações patrimoniais.

Por disposição legal, o contrato de seguro não obriga antes de reduzido a escrito. Claro é, assim, que sua eficácia está condicionada à observância da forma prescrita na lei. Mas é discutível se a forma escrita constitui requisito de validade. Para alguns, é substancial, pelo que, antes de reduzido a escrito, não há contrato. Seria, pois, contrato solene. Outros, porém, entendem que o escrito é apenas *ad probationem*. Não se exige, porém, instrumento específico. Tem o mesmo valor da apólice a nota de cobertura pela qual o segurador oferece ao segurado uma garantia provisória, responsabilizando-se pelo risco antes de emitir aquela. Dúvida não há de que o seguro é contrato formal. Cumpre indagar, todavia, se tendo essa estrutura, pode ser arrolado entre os contratos consensuais. A figura antitética é a do contrato real. Intérpretes desavisados da lei pretendem que a referência ao pagamento do prêmio imprimiria feição real ao contrato, porque somente se aperfeiçoaria com a prática desse ato pelo segurado. Razão não há para considerar-se esse pagamento condição para a perfeição do contrato porque, em verdade, tal pagamento se fez em cumprimento de obrigação já assumida pelo segurado. O pagamento do prêmio é requisito de eficácia do contrato, do mesmo modo que o período de carência, hipótese na qual, se o sinistro se verificar antes que se efetive, o segurador não estará obrigado a pagar o seguro, precisamente porque o contrato, embora perfeito e acabado, ainda não começou a produzir efeitos. O *seguro* é, pois, contrato consensual, que se conclui, pelo simples acordo de vontades, pouco importando que o consentimento das partes deva se manifestar por escrito.

Conforme a doutrina que se aceite quanto à função do seguro, o contrato poderá ser classificado como de execução diferida ou continuada. Se a obrigação do segurador consistisse no pagamento da indenização ao se verificar o sinistro, é evidente que se trataria de contrato de execução diferida, dado que o evento a que se condicionasse tal pagamento haveria de ser futuro. Se sua obrigação consiste, entretanto, em proteger o interesse do segurado de não sofrer prejuízo em consequência de determinado acontecimento, então é um contrato de duração, por isso que tal obrigação perdura enquanto o contrato vige. Durante o curso da relação, o segurador, continuamente, suporta o risco que lhe foi transferido pelo segurado.

Porque o seguro, em sua atual organização, se realiza praticamente mediante uma série de contratos para a cobertura de riscos homogêneos, pelos quais se distribuem seus diversos ramos, é viável e torna-se mesmo necessário assegurar a uniformidade do conteúdo das relações jurídicas que se travam entre os que querem assumir, respectivamente, as posições de segurado e segurador. Impõe--se, assim, a predisposição do esquema do contrato por parte do segurador, facilitando-se, de um lado, a conclusão dos contratos com a eliminação das negociações preliminares, e, do outro, a uniformização de cláusulas necessárias, todas as características de um contrato de adesão, sujeito, por isso mesmo, às regras que disciplinam tal categoria contratual e, notadamente, aos princípios particulares que se aplicam à interpretação desses negócios jurídicos.

Dada a possibilidade de uniformizar o conteúdo da relação jurídica de seguro, as cláusulas gerais do contrato podem ser impressas, deixando-se os claros necessários ao preenchimento dos dados particulares, que são, obviamente, variáveis. Em face da organização empresarial do seguro, configura-se, com apólices impressas, o fenômeno dos contratos em série, com interdependência econômica, mas independência jurídica. Tais contratos não se apresentam, todavia, como contratos-tipos, porque os interessados na transferência dos riscos para as empresas seguradoras não constituem uma categoria de pessoas organizadas ou personalizadas tecnicamente. No contrato de seguro, ao contrário do que se dá com qualquer contrato-tipo, o esquema é predisposto por uma das partes, o segurador, e não pelas duas.

O contrato de seguro de vida tem singular processo de formação.

A proposta é acompanhada de um questionário, que deve ser respondido com declarações exatas e verdadeiras, pois são de suma relevância.

Uma exigência própria do seguro de vida, embora dispensável pelo segurador, é o exame médico do candidato.

A proposta não cria vínculo obrigacional, pois, embora deva conter os elementos básicos do contrato, é negócio jurídico pré-contratual.

O contrato somente se forma com a sua aceitação, podendo o segurador emitir uma garantia provisória, denominada nota de cobertura, e se responsabiliza pelo risco antes de emitir a apólice. Este é, porém, o instrumento ordinário do contrato.

Para que o contrato se considere perfeito, não é necessário o pagamento da primeira prestação do prêmio pelo segurado. As partes podem fazer desse pagamento, como acontece normalmente, uma condição de eficácia do contrato, o que não significa seja elemento necessário à sua formação.

348. Conteúdo. O contrato de seguro origina para o segurador, como obrigação principal, a de cobrir o risco, e para o segurado, a de pagar o prêmio.

A obrigação de cobrir o risco decorre da própria função do seguro, que consiste, como visto, na proteção do interesse do segurado em que se não verifique o acontecimento previsto no contrato, mas, em se verificando, que não sofra prejuízo. No seguro de vida, o interesse não pode ter essa extensão porque o acontecimento é certo, mas, nem por isso, deixa de existir, ainda se considere que não tem função indenizatória.

Obrigado a suportar o risco, o segurador deve pagar o valor do seguro logo ocorra o evento previsto. Nesse momento surge para o segurado, ou para o beneficiário, um direito de crédito, imediatamente exigível. [A mora do segurador o obriga a pagar a importância devida atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora²⁹].

Além dessa obrigação principal, o segurador assume outras que não dizem respeito diretamente ao vínculo contratual, mas decorrem das disposições legais que regulam a atividade da empresa e visam à proteção dos seguros em geral. Tais exigências repercutem na disciplina do contrato, e constituem, em última análise, obrigações do segurador. É o que ocorre, por exemplo, com a obrigação de constituir reservas previstas na lei, a matemática, a de seguros vencidos, de contingência, dentre outras.

A obrigação do segurador, consistindo, como consiste, na tutela do interesse do segurado, é por toda a duração do contrato.

A principal obrigação do segurado é pagar o prêmio. O prêmio pode ser único ou periódico. Quando parcelado, há de ser pago no vencimento das prestações, admitindo-se, porém, prazo de tolerância, ou reativação do contrato.

Sendo o prêmio uma condição de eficácia do contrato, se o evento ocorre antes de seu pagamento, o segurador não é obrigado a pagar o seguro.

A descrição pré-contratual do risco é indispensável para que o segurador tenha conhecimento de todas as circunstâncias ou particularidades que podem influir em sua determinação. Daí a obrigação do segurado de prestar declarações exatas e verdadeiras no questionário que acompanha a proposta. Tais declarações devem ser completas. Tanto vale afirmar que não podem ser reticentes e que não é lícito omitir circunstâncias ou fatos relevantes para a determinação do risco. Importam a exatidão e a sinceridade das declarações do segurado porque, de outro modo, o segurado pode incorrer em erro essencial, decorrendo desse vício de consentimento a anulação do contrato. Necessário, porém, que o erro seja provocado e, portanto, que o segurado tenha agido com dolo, ou culpa grave.

Para evitar dúvida, tem-se admitido a cláusula de incontestabilidade pela qual, decorrido certo tempo da estipulação do contrato, ele se tornará válido, ainda que as declarações do segurado não tenham sido exatas e completas. [De acordo com o art. 766 do Código Civil, o segurado que realiza declarações inexatas ou omite circunstância relevante perde o direito à garantia e fica obrigado a pagar o prêmio vencido].

349. Apólice de seguro de vida. A apólice é o instrumento do contrato de seguro de vida.

Como o seguro somente se torna viável mediante série ilimitada de contratos para a cobertura de riscos homogêneos, as cláusulas gerais podem ser uniformes, o que permite sejam as apólices impressas.

Contém a apólice:

- a) cláusulas necessárias;
- b) facultativas.

As cláusulas necessárias definem os elementos básicos do contrato, como a individualização da partes, o objeto da relação jurídica, sua duração, o valor do seguro, o prêmio. Nas cláusulas facultativas particularizam-se direitos e obrigações das partes.

Distinção mais importante faz-se entre as condições gerais e especiais do seguro. As primeiras são invariáveis e se aplicam a todos os segurados. As outras são disposições que interessam particularmente a cada segurado, variando, portanto, de um para outro. As cláusulas gerais são impressas. O interesse da distinção manifesta-se quanto à interpretação quando há divergência entre umas e outras. Devem prevalecer as cláusulas especiais.

A classificação das apólices tem pouco interesse no seguro de vida.

São proibidas as apólices ao portador.³⁰ A emissão da apólice pode ser precedida da nota de cobertura que produz provisoriamente os mesmos efeitos.

O segurador deve remeter a apólice ao segurado, mas desde que faça nos seus livros o lançamento usual da operação, o contrato está perfeito e acabado.

350. Designação de beneficiário. No seguro de vida que encerra estipulação em favor de terceiro, o segurado designa a pessoa que deve receber o seguro, quando se torne exigível.

A designação do beneficiário pode ser feita concomitantemente ou depois da celebração do contrato.

Quando falta, a lei supre a vontade do segurado, determinando que o seguro seja pago a pessoa de sua família. Por lei, deverá ser atribuído metade [ao cônjuge não separado judicialmente] e metade aos herdeiros e, na falta desses beneficiários, a quem o reclamar, provando que a morte do segurado o privou de meios para sua subsistência.³¹

Ao segurado é lícito, a todo tempo, substituir o beneficiário. A designação pode ser revogada *ad nutum*. Não é permitida, entretanto, quando o seguro tenha, como causa declarada, a garantia de alguma obrigação.³² Não é imprescindível a designação do beneficiário no próprio contrato. Se a apólice for emitida à ordem, o segurado pode instituir o beneficiário até por ato de última vontade.

Na designação do beneficiário há limitação quanto às pessoas. Assim, não pode ser instituído quem for legalmente proibido de receber doação do segurado. Está nesse caso o cúmplice do cônjuge adúltero: [o concubino ou a concubina do segurado³³]. Nessa hipótese, decai o beneficiário. O contrato de seguro no qual se designe beneficiário pessoa proibida de receber o seguro seria anulável. Tem-se admitido, contudo, que tal designação é como se não fosse escrita, cain-do-se, em consequência, na hipótese da falta de declaração. Assim, o seguro será pago aos herdeiros do segurado e à sua mulher, nos termos do que dispõe a lei.

Pondera-se, por outro lado, que se o segurado houver praticado qualquer dos atos que configuram a ingratidão do donatário, haverá decadência do benefício, com as mesmas consequências.

O beneficiário não é parte no contrato.

351. Tipos fundamentais. Os tipos fundamentais de seguro de vida, considerados do ponto de vista do objeto da relação jurídica que se trata entre o segurado e o segurador, são:

- a) o seguro de vida *stricto sensu*;
- b) o seguro de sobrevivência.

A expressão “seguro de vida *stricto sensu*” reserva-se para os seguros nos quais o evento determinante do seu pagamento é a morte da pessoa.

Tal evento, como visto, pode ser a morte do próprio segurado ou de outra pessoa.

O seguro de vida *stricto sensu* tanto pode ser feito por toda a vida do segurado como por tempo determinado. Se por toda a vida do segurado, o risco é coberto seja qual for o momento em que ocorra seu óbito. Se temporário, o segurador somente está obrigado a pagar o seguro se o segurado morre enquanto dura o contrato.

O seguro de sobrevivência é sempre a prazo fixo. Por ele o segurado terá direito a receber o seguro se chegar a certa idade ou for vivo a certo tempo. É, portanto, seguro temporário.

Combinação interessante no seguro de vida *stricto sensu* e do seguro de sobrevivência é o chamado seguro misto, pelo qual o segurador obriga-se a pagar o seguro se após o decurso de certo tempo o segurado for vivo, mas também o pagará se este morre antes que decorra o tempo previsto.

Difunde-se, outrossim, a prática do seguro de grupo. Trata-se de modalidade do seguro coletivo, pela qual, num só contrato, se segura a vida das pessoas pertencentes a uma coletividade, como os empregados de uma empresa, os professores de uma escola, os sócios de uma corporação.

No seguro de grupo o estipulante não se confunde com o segurado. É, portanto, seguro sobre a vida de outrem. Embora o contrato seja único, cada relação individual é independente da outra, de sorte que a nulidade de uma não contamina as outras. No seguro de grupo se dispensa o exame médico.

O seguro de vida não é, como o de coisas, contrato de indenização. O que tem o segurado em vista, ao contratá-lo, não é “a eliminação das conseqüências patrimoniais de um sinistro”, mas pretende ele que, por sua morte, seja paga, ao beneficiário que designou, certa soma, ou então que, se tiver atingido certa idade, essa soma lhe seja paga.

Tal quantia, que constitui o valor do seguro, pode ser paga sob a forma de um capital fixo ou de renda, normalmente vitalícia. A forma de renda é mais adequada ao seguro de sobrevivência, enquanto a de capital fixo se adapta melhor ao seguro de vida *stricto sensu*. A preferência por uma ou outra depende do acordo de vontades.

352. Extinção do contrato. O contrato de vida extingue-se:

- a) pela ocorrência do evento;
- b) pelo decurso do tempo;
- c) pela cessação do risco.

No seguro por toda a vida, a morte do segurado é a causa extintiva. No de sobrevivência, o fato de estar vivo a certo tempo ou de ter atingido a idade prevista.

O decurso do tempo é causa de extinção do contrato no seguro temporário.

A cessação do risco, em seguro de vida, só extingue o contrato quando o seguro se configura sob a forma de seguro de sobrevivência.

Tais são as causas, por assim dizer, naturais da extinção do contrato. Mas é claro que sua eficácia pode cessar por outros motivos, como, *v.g.*, a inexecução contratual. Se o segurado não cumpre a obrigação de pagar o prêmio, o segurador pode rescindir o contrato. Certas modificações subjetivas no curso da relação jurídica podem determinar igualmente o cancelamento do seguro.

A falta de pagamento do prêmio produz conseqüências diferentes, podendo ser exigível a quantia estipulada ou promovida a *resolução* do contrato sem que o segurador seja obrigado a restituir a importância recebida.

É permitida, porém, a estipulação para *resgate* ou *redução* da apólice. No primeiro caso, o segurador restitui parte do que recebeu. No segundo, o beneficiário receberia soma proporcional inferior à prevista.

353. Contrato de capitalização. Pelo contrato de capitalização, uma das partes paga à outra contribuições periódicas para receber, em prazo estipulado, determinado capital, cujo pagamento pode ser antecipado mediante sorteio.

O contrato de capitalização somente é aleatório, assemelhando-se ao de loteria, se prevista a liquidação antecipada mediante sorteio.

A parte que se obriga ao pagamento do capital tem de organizar-se em empresa sob a forma de sociedade anônima autorizada a operar.

As sociedades de capitalização são obrigadas a emitir títulos que provem o contrato. Devem esses títulos conter as cláusulas do contrato e as condições de operação. Trata-se, com efeito, de contrato de adesão.

Não se confunde o contrato com outras figuras contratuais, como o seguro e o mútuo, com os quais apresenta semelhanças. Seu objeto é o entesouramento com fim de previdência.

¹ [Art. 757, parágrafo único, do Código Civil; art. 24, parágrafo único, do Decreto-Lei n° 73/66.]

² [Art. 757 do Código Civil.]

³ [Art. 776 do Código Civil.]

⁴ Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, vol. 3°, p. 210.

⁵ Messineo, *ob. e loc. cit.*

⁶ [Art. 764 do Código Civil.]

- ⁷ [Sobre a classificação do contrato de seguro, vide também o item 346.]
- ⁸ [Art. 758 do Código Civil.]
- ⁹ [Arts. 778 a 788 do Código Civil.]
- ¹⁰ [Arts. 789 a 802 do Código Civil.]
- ¹¹ [Art. 757 do Código Civil.]
- ¹² [Decreto-Lei nº 2.063/40; Decreto-Lei nº 3.908/41; Decreto-Lei nº 4.609/42; Decreto-Lei nº 7.377/45; e Decreto-Lei nº 8.934/46.]
- ¹³ [Art. 758 do Código Civil.]
- ¹⁴ [Art. 760 do Código Civil.]
- ¹⁵ [Art. 760 do Código Civil.]
- ¹⁶ [Art. 785, § 2º, do Código Civil.]
- ¹⁷ [Art. 760, parágrafo único, do Código Civil.]
- ¹⁸ [Arts. 766 e 778 do Código Civil.]
- ¹⁹ [Art. 761 do Código Civil.]
- ²⁰ [Art. 758 do Código Civil.]
- ²¹ [Arts. 787 e 788 do Código Civil.]
- ²² **Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, p. 770.**
- ²³ [Art. 783 do Código Civil.]
- ²⁴ [Art. 789 do Código Civil.]
- ²⁵ [Art. 799 do Código Civil.]
- ²⁶ [Art. 790 do Código Civil.]
- ²⁷ [Art. 758 do Código Civil.]
- ²⁸ **Messineo, *Dottrina Generale del Contratto*, p. 243.**
- ²⁹ [Art. 772 do Código Civil.]
- ³⁰ [Art. 760, parágrafo único, do Código Civil.]
- ³¹ [Art. 792 do Código Civil.]
- ³² [Art. 791 do Código Civil.]
- ³³ [Art. 793 do Código Civil.]

Capítulo 40

JOGO E APOSTA

Sumário: 354. Generalidades. 355. Distinção entre jogo e aposta. 356. Distinção entre as várias espécies de jogos. 357. Jogos proibidos. 358. Jogos tolerados e jogos autorizados. 359. Mútuo para jogo. 360. Contratos diferenciais. 361. Competições esportivas. 362. Sorteio.

354. Generalidades. *Jogo e aposta* são contratos subordinados aos mesmos preceitos legais, se bem que distintos.

Antes de examinar os critérios distintivos adotados, pode-se reuni-los na categoria genérica dos contratos *de sorte*, nos quais duas pessoas se obrigam a pagar certa quantia ou entregar determinado bem, uma à outra, conforme o resultado incerto de um acontecimento, quer consista este em atividade a ser exercida pelos contratantes, quer por outras pessoas, ou em fatos existentes ou a existir.

A distinção entre o *jogo* e a *aposta* faz-se, segundo entendimento mais difundido, pela circunstância de terem as partes, ou não, *papel ativo* na realização do acontecimento.¹

Jogo e aposta são contratos, uma vez que, por natureza e essência, pressupõem a intervenção de duas pessoas, no mínimo, como *parte*.

Tais contratos são eminentemente *aleatórios*. Neles a incerteza do acontecimento é a própria razão de ser de sua estipulação.²

Não é exata a afirmação de que a lei os regula para lhes recusar eficácia jurídica, o que só se verifica com os que têm por objeto *jogo proibido*. Resta, porém, largo campo para o reconhecimento de efeitos a esses contratos. Irrecusável, desse modo, sua importância.

355. Distinção entre jogo e aposta. Já os romanos distinguiram o jogo – *alearum lusus* – da aposta – *sponsio*. No entanto a distinção não é fácil. Os mais importantes critérios distintivos são:

- a) o da *participação*;
- b) o do *motivo*.

Pelo primeiro, o contrato é de *jogo* quando há participação dos contratantes, da qual depende o resultado, isto é, o ganho ou a perda. *Aposta*, se as partes não participam ou não influem no acontecimento de que provirá a vantagem de uma delas. Thol, que assim pensava, deu um exemplo curioso, que se tornou clássico: dois ingleses disputam sobre qual de dois caracóis chegará primeiro à beira de mesa que se encontra no jardim; concluem uma aposta se esses caracóis já estavam em cima da mesa, mas celebram um contrato de jogo se puseram os caracóis na mesa com esse objetivo.³ Levada a esse exagero, a aplicação do critério da participação torna-se evidentemente extravagante. Reduzido, porém, a proporções justas, auxilia muito a distinção, embora não seja válido em todos os casos.

Pelo segundo critério, haverá *jogo* quando o motivo da atividade dos contratantes é a *distração* ou o *ganho*, enquanto o fim da *aposta* é robustecer uma afirmação.⁴ É certo que, nesta, a diversidade de opiniões leva os dissidentes a se prometerem uma prestação sob condições opostas, mas, ordinariamente, o fim a que visam é o ganho. Assim, quase toda *aposta seria jogo*. Duas pessoas que apostam na vitória de um dos contendores de competição esportiva não concluem contrato de *jogo*, muito embora tenham por fim ganhar a quantia apostada. O

critério não é satisfatório, embora sirva também para ajudar a distinguir os dois contratos, pois, na *aposta*, com efeito, o resultado depende da circunstância de que seja exata a previsão ou a opinião de uma das partes.

Como se vê, a distinção não é feita com segurança, o que carece de maior importância prática, porque a lei os equipara, submetendo-os às mesmas regras.⁵

356. Distinção entre as várias espécies de jogos. O *jogo* e a *aposta* constituem contratos de eficácia restrita e validade limitada. As mais das vezes são nulos, e, quando válidos os efeitos que produzem, fazem duvidar, até, que sejam negócios jurídicos propriamente ditos, no sentido de fonte de obrigações.

Na apreciação do seu valor jurídico reina confusão. Cumpre, pois, desfazê-la, de início, para afastar obstáculos à determinação precisa de seu perfil jurídico.

O ponto de partida é a distinção entre jogos permitidos e jogos proibidos, que se costuma fazer, dizendo-se que há jogos lícitos e ilícitos. O contrato de jogo proibido não produz efeitos jurídicos. Dele não nasce obrigação, no sentido técnico do termo, nem mesmo a chamada *obrigação natural*. O negócio é visceralmente nulo. Tais jogos são *contravenções*. Seu estudo interessa sobretudo ao Direito Penal. Entre os jogos permitidos, cabe fazer distinção entre os *tolerados* e os *autorizados*. Varia a eficácia conforme o contrato tenha por objeto os primeiros ou os outros.

O contrato de *jogo proibido* não gera qualquer obrigação; no de *jogo tolerado*, a dívida não obriga a pagamento, mas o devedor não pode recobrar a quantia que voluntariamente pagou;⁶ no de *jogo autorizado*, a dívida pode ser exigida pelo jogador que ganhou.

Em vista da diversidade de tratamento dispensada aos jogos, é do maior interesse conceituar os jogos proibidos e os permitidos. Proibidos são os que constituem *contravenção penal*. Mas a lei não os discrimina. Daí a dificuldade de identificá-los. Há que recorrer a critério de ordem geral, predominando o que considera proibidos os *jogos de azar*, assim entendidos aqueles em que o ganho, ou a perda, depende exclusivamente da sorte. Tais jogos podem, entretanto, ser *autorizados*, hipótese na qual deixam, obviamente, de ser *proibidos*.

São *jogos tolerados* aqueles em que o ganho ou a perda *não depende* exclusivamente da sorte, mas, também, da habilidade do jogador. A lei não os proíbe nem os autoriza. Sua prática está admitida por força de costumes sociais, mas, como não tem “uma finalidade seriamente moral ou econômica”, a lei não quer estimulá-los, como o faria se lhes dispensasse proteção judicial. Por isso nega ação para a cobrança da dívida que originam.

Outros, porém, ainda que inequivocamente de azar, são *autorizados*, sob essa ou aquela razão. Claro que a eles se concede proteção judicial, produzindo todos os efeitos próprios do contrato. São jogos autorizados entre nós:

- a) a loteria;
- b) o turfe;
- c) a rifa.

Da confusão entre *jogos proibidos* e *jogos tolerados* tem resultado incompreensão na determinação da eficácia do contrato. Impõe-se, pois, tratá-los separadamente.

357. Jogos proibidos. O contrato de jogo proibido é nulo de pleno direito, por ter *causa ilícita*. Nenhum efeito produz. De ato nulo não resultam conseqüências suscetíveis de proteção legal. Nesta ordem de idéias, não pode surgir a dívida de jogo como obrigação válida. A rigor, não se justifica a impossibilidade de repetição do que foi pago voluntariamente. Diz-se, no entanto, que o contrato de *jogo proibido* gera uma *obrigação natural*. *Nessa assertiva se contém difundido equívoco*. O principal efeito da obrigação natural consiste na *soluti retentio*. Ora, o credor de dívida de jogo proibido não tem o direito de *reter* o que recebeu. A esse recebimento falta *causa*, precisamente porque o contrato é nulo de pleno direito. Por outro lado, embora imperfeita, porque desprovida de sanção, 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 de ato ilícito não pode gerar uma obrigação com semelhante finalidade, nem desperta o sentimento de que é desonroso o inadimplemento. Em *obrigação natural* pode-se falar quando o jogo é tolerado, visto que a lei lhe não atribui sanção apenas para não fomentar a prática de ato que não tem objetivo sério.

A dívida oriunda de contrato de *jogo proibido* poderia ser *repetida*, por constituir *enriquecimento sem causa*. O pagamento seria indevido, por ter como causa contrato nulo. Realizado como é contra proibição legal, esse contrato não pode originar qualquer efeito. Contudo, argüi-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 paris causa turpitudinis, cessat repetitio*.⁷ A nulidade do contrato justifica a inexistência de obrigação, mas a *repetição* se exclui pela concorrência de causa torpe.⁸

358. Jogos tolerados e jogos autorizados. O *contrato de jogo tolerado* não cria a obrigação de pagar a dívida resultante da *perda*. Lícito não é ao credor exigi-la. Mas se o devedor paga voluntariamente não tem o direito de recobrar o que pagou. Exclui, portanto, a *repetição*. Apenas em dois casos é permitida: a) quando o credor ganhou por dolo; b) quando for menor, ou interdito, o jogador que perdeu.⁹ Se o jogo é tolerado, a situação apresenta-se em termos diversos da que se configura no *jogo proibido*. Jogando, não estão praticando os parceiros ato ilícito. A rigor, o contrato deveria criar a obrigação de pagamento. Mas, como a ordem jurídica não considera a atividade dos jogadores digna de tutela ainda quando o ganho ou a perda não dependem exclusivamente da sorte, recusa à obrigação nascida desse contrato a indispensável sanção. Isso significa que o credor não dispõe de meios para compelir o devedor a pagar-lhe a dívida. Se este não cumpre a obrigação o outro nada pode exigir. O pagamento fica, assim, na dependência do arbítrio da parte que perdeu.

O contrato de *jogo tolerado* origina uma *obrigação natural*. Não se pode dizer, portanto, que é ineficaz. A obrigação surge, embora não seja exigível. Há, em suma, *debitum* sem *obligatio*, para utilizar distinção acolhida na dogmática jurídica moderna. Sem dúvida, tem o devedor a necessidade jurídica de satisfazer a prestação, mas o credor não dispõe da *garantia*, no caso de inadimplemento.

Tanto há *debitum* que se a obrigação for cumprida voluntariamente não pode o devedor repeti-la. Se pagou, é válido o pagamento para todos os efeitos. Não lhe assiste direito a recobrá-la sob o fundamento de que não estava obrigado a pagá-la. Se pleitear a restituição, tem o credor a *soluti retentio*, isto é, o direito de conservar o que foi pago em solução da dívida.

Esse efeito do contrato de jogo tolerado só se explica porque não é ato ilícito. Se a lei não confere ao credor *ação* para cobrar a dívida não é porque repute ilícita sua causa. O contrato de jogo tolerado é lícito. Se não produz efeito de criar a *obligatio*, isso se deve à circunstância, tantas vezes assinalada, de que, por sua futilidade, não exerce o contrato função econômico-social merecedora de proteção. Mas, se quem perde no jogo paga a dívida, por seu conceito de honra ou por outra razão, a lei valida o ato como se fora praticado em cumprimento de uma obrigação perfeita.

A isso se reduz a eficácia do contrato de jogo, menos por ser *imoral*, como o classifica a doutrina, do que pelo interesse de desamparar ato econômico e socialmente irrelevante, cuja prática abusiva é perniciosa.

A limitação de sua eficácia à *impossibilidade de repetição* traz, dentre outras, as seguintes conseqüências para a *dívida de jogo*:

- a) não pode ser garantida por fiança;
- b) nenhum ônus real pode constituir-se para assegurar seu pagamento;
- c) não admite reforço por meio de cláusula penal;
- d) não pode ser utilizada para *compensação*.¹⁰

Estas limitações teriam cabimento, a rigor, nas dívidas oriundas do contrato de *jogo proibido*, *especialmente* as que dizem respeito às obrigações de garantia, por isso que nascem de *contratos acessórios*, que pressupõem, como se sabe, *contrato principal válido*. Mas vigoram também para o contrato de *jogo tolerado*, porque, embora válido, não produz *obrigação exigível*, ou, por outras *palavras*, o *vinculum juris* não encerra a *obligatio*. Se a dívida de jogo não obriga a pagamento, evidentemente não pode ser garantida por *fiança* ou *penhor*. Nem se justifica, ademais, que o credor, sem o consentimento do devedor, possa compensá-la, dado que o crédito praticamente não existe.

Alguns jogos são expressamente autorizados. O próprio Estado, em alguns países, tem, por exemplo, o monopólio da *loteria*. Bem é de ver que a autorização torna lícito qualquer jogo. E, em conseqüência, válido será, para todos os efeitos, o contrato que se celebra, configurando o jogo lícito. Nesse caso, é plenamente eficaz. O jogador que ganhou tem o direito de demandar o que perdeu, porquanto a obrigação deste é exigível. Não se lhe aplica, por conseguinte, a regra básica a que subordina o contrato de *jogo tolerado*. A dívida de *jogo autorizado* obriga a pagamento. Não há cogitar, desse modo, da *exclusão de repetição*, visto que diz respeito apenas às *obrigações naturais*, e a dívida de jogo autorizado é *obrigação perfeita*. Em suma: as disposições coordenadas na lei civil para a disciplina do contrato de jogo aplicam-se, tão-somente, aos jogos *proibidos* simplesmente ou

tolerados.¹¹ Os *contratos de jogo autorizado* têm seus efeitos regulados nas leis especiais que o permitem, ou se regem pelos princípios gerais do direito contratual. Conferem direito de crédito aos jogadores favorecidos pela sorte, desde que o ganho seja obtido licitamente. Se o perdedor se recusa a pagar, a dívida pode ser cobrada judicialmente.

São contratos de *jogos autorizados*, entre nós, o de *loteria* e o de *rifa*.

Pelo *contrato de loteria*, uma das partes obriga-se a pagar determinada soma de dinheiro ao contratante favorecido pela sorte, e a outra a pagar o preço do bilhete que o habilitará a esse prêmio. Pode este resultar do número de jogadores. No *contrato de loteria* o prêmio deve consistir em dinheiro. Pois, do contrário, haverá *contrato de rifa*. Decide-se por *sorteio* ou qualquer processo que se submeta ao azar o ganho ou a perda dos jogadores. Para se tornar viável, o contrato de *loteria* há de ser *contrato de adesão*, isto é, celebrado em condições uniformes, por uma empresa e grande número de jogadores. É impraticável, se não há pluralidade.

Pelo *contrato de loteria*, a empresa obriga-se não só a pagar o prêmio a quem lhe fez jus, mas, também, a realizar o sorteio no dia prefixado, tenha ou não vendido todos os bilhetes. Não se permite o adiamento. No caso de sobra de bilhetes, a própria empresa concorre ao sorteio, pois, se for premiado um dos bilhetes vendidos, a ela corresponde o ganho. O direito de crédito do jogador favorecido pela sorte só existe se cumpriu a obrigação de pagar o bilhete antes da realização do sorteio.

O *contrato de loteria* é válido unicamente quando a empresa lotérica está autorizada a funcionar. Caso contrário, será nulo. Loteria é jogo de azar, estando compreendido, portanto, entre os jogos ilícitos. A autorização regular é que o torna lícito.

Muito semelhante à loteria é o *contrato de rifa*. Distinguem-se, todavia, porque o *prêmio* na loteria consiste em dinheiro, enquanto na *rifa* é qualquer bem, móvel ou imóvel: uma casa, um terreno, um automóvel, um rádio, uma jóia, e assim por diante. Não reclama a rifa a organização de meios materiais para sua realização por parte de quem se obriga a pagar o prêmio. Nem a continuidade do negócio, já que se esgota quando sorteado um dos possuidores de bilhetes. Em regra não depende de autorização específica e está subordinada a regras menos exigentes do que a loteria, que constitui exercício de atividade profissional. Na *rifa*, por exemplo, admite-se o adiantamento do sorteio, desde que aos interessados seja comunicado, o que se faz normalmente por avisos na imprensa.

A *corrida de cavalos*, que tem feição de competição esportiva, enseja a realização de *apostas*. O contrato é válido, em todas as suas modalidades, desde que realizado com as entidades autorizadas a celebrá-lo. Pode revestir, porém, a forma do *jogo*. Os contratos do *turfê* submetem-se às regras jurídicas reguladoras dos contratos de jogo autorizado.¹²

359. Mútuo para jogo. Os contratos realizados para facilitar jogo proibido são, em tese, *nulos*. Esta é uma das poucas regras que elevam o motivo de contratar à condição de elemento essencial a validade do contrato.

Desse modo, são ilícitos os contratos estipulados para favorecer determinada pessoa a praticar jogo proibido, ou mesmo tolerado.

Diversos contratos podem ser realizados com esse fim. O mais comum é o *mútuo*. Daí por que as leis a ele sempre se referem. A sanção estabelecida tem como consequência a impossibilidade de exigir do mutuante o reembolso do que emprestou ao jogador.¹³ Se este não paga, carece aquele de ação judicial para recobrar o que desembolsou. Mas a nulidade do *empréstimo para o jogo* só se caracteriza se o contrato se efetua no ato de jogar, ou de aposta. Só desse modo se pode ter a certeza de que o *motivo* do contrato foi facilitar o jogo. Do contrário, abrir-se-ia larga porta à investigação da causa de todo e qualquer empréstimo feito a pessoa que tem o hábito de jogar. Não é ilícito, por conseguinte, o contrato de mútuo feito para proporcionar a jogador recursos para saldar a dívida de jogo. A proibição, em suma, inspira-se muito mais no propósito de evitar a exploração da necessidade circunstancial do jogador do que no de dificultar o jogo.

360. Contratos diferenciais. [À luz do art. 1.479 do Código Civil de 1916, equi-paravam-se ao contrato de jogo] os contratos diferenciais, isto é, os contratos de vendas pelos quais as partes não se propõem realmente a entregar a mercadoria, o título, ou valor, e a pagar o preço, mas, tão-só, à liquidação pela diferença entre o preço estipulado e a cotação do bem vendido no dia do vencimento. Se o preço subir, ganha o comprador, pois o vendedor é obrigado a pagar a *diferença*. Se baixar, ganha o vendedor, que à diferença faz jus. No primeiro caso, a *diferença* é paga pelo vendedor, e no segundo, pelo comprador.

O fim do contrato diferencial é a *especulação*. Não permitia a lei essa espécie de *jogo*. Por isso, [a lei submetia] os *contratos diferenciais* às disposições concernentes ao contrato de jogo. [O Código Civil de 2002, atento à

importância econômica e à prática difundida dos contratos diferenciais, adotou regra contrária à que vigorava no Código de 1916, excluindo-os expressamente do regramento dos contratos de jogo e aposta¹⁴.] Assim como tais disposições dizem respeito aos *jogos tolerados*, é de se inferir que, entre nós, os *contratos diferenciais* não são nulos. Apenas não obrigam ao pagamento da dívida a que derem causa e se um dos contratantes cumprir voluntariamente a obrigação não pode recobrar a quantia desembolsada.

Têm caráter de *jogo* exclusivamente aqueles contratos nos quais o propósito das partes, declarado expressa ou tacitamente, é o de obter simplesmente a diferença de preço. Se a venda é real e, portanto, promete o vendedor a entrega efetiva da mercadoria e o comprador o pagamento do preço, a circunstância de ser a *venda a termo* não significa que o contrato seja *diferencial*.

361. Competições esportivas. As disposições legais concernentes ao contrato de jogo não se aplicam às competições esportivas.¹⁵ Em essência, enquadram-se no conceito de jogo *lato sensu*, para o qual não é decisiva a circunstância de que a decisão dependa, exclusiva ou principalmente, da sorte. Jogo não deixa de ser se a decisão depende da força, ou da habilidade, dos jogadores. Ademais, a competição esportiva tem por finalidade o exercício físico, constituindo vigoroso processo de desenvolvimento dos músculos, tão necessários à saúde do corpo. Eis por que os jogos esportivos, além de autorizados, são estimulados e protegidos. Entre nós regulam-se por lei especial, e as entidades que os organizam são controladas pela autoridade administrativa.

Quando têm por objeto *competições esportivas*, os jogos e apostas produzem todos os efeitos jurídicos de contrato válido. Em relação, porém, às *apostas*, há limitações. Dever-se-ia adotar a regra segundo a qual fossem válidas as apostas desde que constituíssem condição necessária ao desenvolvimento útil das competições. Prevalece, entre nós, no entanto, o princípio segundo o qual valem apenas as que são autorizadas, como acontece com as que se fazem nos prados de *corridas de cavalo*. Às sociedades de *turfe* confere-se o monopólio para exploração das apostas, tanto nos hipódromos como fora deles. Já as apostas que se fazem comumente, tendo por objetivo outras competições esportivas, principalmente o futebol, são proibidas.

A quantia que recebe um jogador ou uma associação esportiva, por exibição pública em espetáculo pago, mesmo que dependa, no todo ou em parte, da vitória, não constitui pagamento de dívida de jogo.

362. Sorteio. Nem sempre a decisão por sorte pode ser considerada *jogo*. Se a finalidade do *sorteio* não é o divertimento ou ganho dos interessados, falta-lhe um dos elementos que caracterizam o jogo. Não se regula, pois, como tal.

Quando o *sorteio* tem por fim dirimir questões, ou dividir coisas comuns, considera-se sistema de partilha ou processo de transação, conforme o caso.¹⁶ Não é de jogo, nesses casos, o contrato pelo qual os interessados submetem à sorte a solução de situações para as quais não encontraram outra. Assim utiliza-se o *sorteio* para adjudicação dos lotes em que se dividem bens a ser partilhados, quando a escolha não pode ser feita por outro modo em razão de pretenderem alguns interessados os mesmos objetos. Outras vezes a própria lei o adota como critério para resolver questões que, por outro modo, não podem ser dirimidas, com acontece, por exemplo, nos concursos com promessas pública de recompensa, nos quais os trabalhos tinham mérito igual; por determinação legal, a recompensa se confere por *sorteio*. Pode ser utilizada, finalmente, como processo para prevenir ou terminar litígio. As partes desentendidas preferem confiar à sorte a solução da controvérsia, admitindo a lei que, nesse caso, o sorteio é processo de *transação* quando, em verdade, se apresenta como fórmula especial de prevenção ou extinção de litígio, porque não pressupõe concessões mútuas.

¹ Vide Henri de Page, ob. cit., p. 272. Apoiado em Portalis, distingue os contratos aleatórios de jogo e aposta.

² Vide Henri de Page, ob. cit., p. 272. Apoiado em Portalis, distingue os contratos aleatórios de jogo e aposta.

³ Apud Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, vol. II, t. 2º, p. 450.

⁴ Enneccerus, ob. cit., p. 450.

⁵ [Art. 814, § 2º, do Código Civil.]

⁶ [Art. 814, § 2º, do Código Civil.]

⁷ Blas Perez Y Alguer, notas ao *Tratado de Derecho Civil* de Enneccerus, Kipp e Wolff, t. 2º, vol. II, p. 456.

⁸ Autores citados, mesmo lugar.

⁹ [Art. 814, *caput*, e § 2º, do Código Civil.]

¹⁰ **Enneccerus, Kipp e Wolff, ob. cit., p. 453.**

¹¹ [Art. 814, § 2º, parte final, do Código Civil.]

¹² [Art. 814, § 3º, do Código Civil.]

¹³ [Art. 815 do Código Civil.]

¹⁴ [Art. 816 do Código Civil.]

¹⁵ [Art. 814, § 3º, do Código Civil.]

¹⁶ [Art. 817 do Código Civil.]

Capítulo 41

FIANÇA

Sumário: 363. Generalidades. 364. Caracteres. 365. Pressupostos e requisitos. 366. Efeitos. 367. Extinção.

363. Generalidades. A garantia do cumprimento de uma obrigação, em reforço do vínculo originário, pode ser oferecida pelo próprio devedor ou por terceiro. Quando o devedor vincula um bem ao pagamento da dívida, concedendo ao credor o direito de obtê-lo com o valor daquele, há *garantia real*, mas se a obrigação originária é reforçada por outra, assumida por terceiro, diz-se que há *garantia pessoal*. Oferecida esta garantia, haverá duas *obrigações*: a *principal* e a *fidejussória*. Deriva, a última, da lei, de uma declaração de vontade, ou de um *contrato*. Quando este é sua fonte, a obrigação fidejussória representa *garantia convencional*.

A *garantia pessoal* deriva do contrato de fiança, cuja função econômico-social consiste, precisamente, em dar nascimento à *obrigação fidejussória*.

Há *contrato de fiança* quando uma pessoa assume, para com o credor, a obrigação de pagar a dívida, se o devedor não o fizer. É [garantia de satisfazer uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra¹].

Quem contrai essa obrigação chama-se *fiador*. É o devedor da obrigação fidejussória. Denomina-se *afiançado* o devedor da *obrigação principal*.

O *contrato de fiança* trava-se entre o *fiador* e o *credor* do *afiançado*. Sua natureza é a de um contrato subsidiário, por ter a execução condicionada à inexecução do contrato principal. Por outras palavras, a *obrigação fidejussória* só se torna exigível se a *obrigação principal* não for cumprida. Contudo, tal sucessividade não é da essência do contrato de fiança. Podem os interessados eliminá-la, estipulando a *solidariedade* entre o *fiador* e o *afiançado*, como, de regra, se procede na prática.

364. Caracteres. Fiança é contrato *unilateral*, *gratuito* e *acessório*.

Produz obrigações unicamente para o *fiador*. Mesmo a *fiança onerosa* é contrato unilateral, pois se efetua entre o fiador e o credor, independentemente do consentimento do devedor da obrigação principal [e até mesmo contra a sua vontade²]. Sua *bilateralidade* é defendida, no entanto, pelos que sustentam a existência de um dever de diligência por parte do credor, que seria obrigado a obter o pagamento do devedor principal. Se é certo que deve exigí-lo primeiramente deste, esse comportamento não passa de uma condição para o exercício do seu direito contra o fiador, nunca uma obrigação. Entendem alguns escritores que a fiança é contrato *bilateral imperfeito*, porque, se o fiador paga a dívida, se sub-roga no direito do credor, mas essa opinião assenta no falso pressuposto de que o contrato se realiza entre o fiador e o devedor. Insustentável, demais disso, porque, cumprida a obrigação do fiador, se extingue o contrato de fiança.

Nenhuma dúvida quando à *gratuidade*. Obriga-se o fiador, assumindo a responsabilidade subsidiária ou solidária do pagamento de uma dívida, sem qualquer vantagem. Quem se beneficia é o credor. Contudo, não é proibida a estipulação, em favor do fiador, de vantagens pecuniárias que compensem os riscos.³ Porque contrato *benéfico*, a fiança não admite interpretação extensiva.⁴

A garantia pessoal prestada com a fiança pressupõe, logicamente, outro contrato, de cuja existência e validade depende. É, portanto, um vínculo que se contrai em função de outro. Trata-se, desse modo, de um *contrato acessório*.

Do caráter acessório da fiança decorrem as conseqüências seguintes:

- a) a obrigação fidejussória não sobrevive à obrigação principal;
- b) a obrigação fidejussória tem a mesma natureza e extensão da obrigação principal.

Assim, se a obrigação principal for nula, a fiança desaparece. Se pura e simples, pura e simples será a obrigação fidejussória. Não poderá ter esse caráter se a obrigação principal for condicional. A fiança mais onerosa do que a dívida só vale nos limites da obrigação afiançada.⁵ Se esta não render juros, a obrigação do fiador não pode produzi-los. E assim por diante.

O contrato de fiança é *intuitu personae* em relação ao fiador. Importa, decisivamente, para a sua celebração, a confiança que inspire ao credor. [Daí a possibilidade de o credor recusar o fiador apresentado pelo devedor ou por outra pessoa, quando não julgá-lo pessoa idônea, quando não for domiciliado no local da execução do contrato ou quando não for titular de bens suficientes para cumprir a obrigação⁶].

365. Pressupostos e requisitos. Quanto à capacidade dos contratantes, regem as disposições legais de caráter geral, indagando-se apenas se pessoa casada pode afiançar sem o consentimento do cônjuge. A questão é, antes, de *legitimidade* do que de *capacidade*. É nula a fiança dada pelo [cônjuge sem a autorização do outro, exceto no regime de separação absoluta de bens⁷].

Não é mais proibido à mulher prestar fiança, como de tradição firmada no *senatus-consulto* veleiano.

Certas pessoas não estão legitimadas para assumir as obrigações de fiador por ser de interesse público que não contraíam tal responsabilidade.⁸

Toda obrigação válida é suscetível de ser afiançada, seja de *dar*, seja de *fazer*.

A fiança pode ser prestada para a garantia do cumprimento de obrigação futura ou condicional. A responsabilidade do fiador, nesse caso, firma-se para a eventualidade de que a obrigação venha a ser eficaz. Não poderá ser demandado antes que a obrigação principal se torne líquida e certa.⁹ Admite-se, pois, que garanta dívida cuja importância não esteja determinada no momento da celebração do contrato de fiança.

O valor da fiança pode ser inferior ao da obrigação principal. Permite-se, com efeito, que o fiador se responsabilize apenas por uma parte da dívida ou se obrigue em condições menos onerosas que as do afiançado. Proíbe-se, no entanto, que assuma responsabilidade mais extensa, determinando a lei que se reduza ao valor da fiança.¹⁰ Não será, pois, nula a obrigação, mas apenas reajustável.

Conforme os termos do contrato, o fiador responderá pelos *créditos secundários*, que compreendem os juros, as despesas judiciais e as multas.¹¹ A *fiança* pode ter por objeto outra *fiança*. Chama-se *subfiança* o contrato pelo qual alguém afiança a obrigação do fiador. O fiador do fiador denomina-se *abonador*. Se o fiador exige do devedor outro fiador para o caso em que venha a exercer seu direito regressivo, diz-se que há *retrofiança*.

Algumas legislações exigem que o contrato de fiança se celebre *por escrito*. Outros admitem a *fiança verbal*. Entre nós há de dar-se por escrito, seja em instrumento público, seja em instrumento particular.¹² Não é necessário, porém, que o contrato se realize em instrumento à parte. Pode ser celebrado no instrumento do contrato principal, como ocorre freqüentemente no de locação. Haverá, então, coligação de contratos, sob a forma de *união meramente externa*.¹³

O *pré-contrato* de fiança deve obedecer à mesma forma do contrato.

366. Efeitos. A fiança produz duas ordens de efeitos, a saber:

- a) relações entre o credor e o fiador;
- b) relações entre o afiançado e o fiador.

Na primeira ordem, compreendem-se as *exceções* que são concedidas ao *fiador*, sob o nome de *benefícios*. Tais são:

- a) o *benefício de ordem*;
- b) o *benefício de divisão*.

O *benefício de ordem* consiste no direito assegurado ao fiador de exigir do credor que acione em primeiro lugar o devedor principal. É uma *exceção* que deve ser oposta até a contestação da lide. Invocando o *benefício*, o fiador recusa-se legitimamente a pagar a dívida antes que o credor tenha executado, sem êxito, os bens do afiançado.

O fiador tem de invocá-lo tempestivamente na ação a que responde, opondo a exceção dilatória até a contestação da lide e deve nomear bens do devedor, livres e desembaraçados, quantos bastem para solver o débito.¹⁴

O *benefício de ordem* pode ser renunciado *expressa* ou *tacitamente*. [Contudo, para que o fiador perca o benefício deverá renunciá-lo expressamente¹⁵]. De regra é excluído no contrato pela cláusula de que o fiador se obriga como *principal pagador*.¹⁶ Nada impede, porém, que a renúncia se dê posteriormente. Enfim, importa renúncia a inércia do fiador que, acionado, não opõe a exceção até a contestação da lide.

Ao fiador não aproveita o *benefício de ordem*, se o devedor for insolvente ou falido.¹⁷ A obrigação principal pode ser garantida *conjuntamente* por vários fiadores. É o que se chama *cofiança*. Presume-se a *solidariedade* entre os *cofiadores*. O credor, nesse caso, pode executar os bens de qualquer dos fiadores, pois cada qual responde pela dívida toda. Mas no contrato de fiança pode ser estipulado o *benefício de divisão*. Desde que seja expressamente reservado, cada fiador responde unicamente pela parte que, em proporção, lhe couber no pagamento.¹⁸ Estabelecido que cada fiador responderá apenas por parte da dívida, que houver sido determinada, não será obrigado a mais. Há, no caso, limitação convencional de responsabilidade.

Na segunda ordem de relações, deve-se considerar, em primeiro lugar, o *benefício de sub-rogação*.

Se o *fiador* pagar a dívida, sub-roga-se nos direitos do credor.¹⁹ Passa a ser credor do afiançado, investindo-se nos mesmos direitos do credor da obrigação principal, por ele cumprida. Há, portanto, simples substituição de credor.

Ao fiador que paga asseguram-se as seguintes *pretensões* contra o *devedor*:

- a) obter o ressarcimento de todas as perdas e danos resultantes do pagamento;²⁰
- b) ser indenizado dos prejuízos sofridos em razão de fiança;²¹
- c) ser reembolsado dos juros correspondentes ao capital que desembolsou para pagar a dívida.²²

Assistem-lhe os seguintes direitos:

- a) promover andamento da execução iniciada contra o devedor pelo credor, se este, sem justa causa, a retardar;²³
- b) exigir que o devedor satisfaça a obrigação, ainda antes de haver pago;
- c) exigir que o devedor o exonere da fiança, desde que tenha decorrido o prazo dentro do qual se obrigou a libertá-lo.

A *fiança* pode ter *duração limitada* ou *ilimitada*. Se for dada sem limitação de tempo, o fiador pode exonerar-se da obrigação a todo tempo. A exoneração de responsabilidade [dava-se, durante a vigência do Código Civil de 1916,] por efeito de mútuo consenso, ou de sentença judicial.²⁴ [O Código Civil de 2002 simplificou o procedimento e passou a permitir que a exoneração opere mediante notificação ao credor]. A exoneração de responsabilidade dá-se *ex nunc*, ficando obrigado o fiador por todos os efeitos da fiança [durante o prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da notificação feita ao credor²⁵].

Embora a fiança seja contrato *intuitu personae* em relação ao fiador, suas obrigações transmitem-se *mortis causa*, desde que nascida antes da abertura da sucessão. Por outras palavras: os efeitos da fiança produzidos até a morte do fiador vinculam os herdeiro *intra vires hereditates*.²⁶

367. Extinção. A fiança extingue-se *por via de consequência* ou *diretamente*.

De sua natureza *accessória* decorre a extinção quando a obrigação principal é cumprida. Pouco importa o modo por que se extingue a obrigação do afiançado. Tanto faz que cesse pelo modo ordinário como pela dação em pagamento, pela novação, ou pela remissão. Em qualquer hipótese, verifica-se a extinção por *via de consequência*.

Diretamente ou *por via principal* dá-se a extinção quando a causa extintiva afeta a obrigação fidejussória. Qualquer dos modos de extinção das obrigações em geral determina o fim da fiança, sem que desapareça a obrigação principal.

Extingue-se ainda mediante *revogação*. A fiança prestada para a garantia de *dívida futura* pode ser revogada pelo fiador quando a situação financeira do devedor da obrigação principal agravar-se a ponto de desaconselhá-la.

Desobriga-se o *fiador*:

- a) se sem seu consentimento o credor conceder moratória ao devedor;²⁷

- b) se for impossível ao fiador sub-rogar-se nos direitos de credor, por fato deste;²⁸
- c) se houver substituição do objeto do pagamento e vier o credor a perder, por evicção, a coisa recebida;²⁹
- d) se o credor, a quem forem indicados bens do devedor pelo fiador ou alegar o benefício de ordem, retardar a execução, deixando o devedor cair em insolvência.³⁰

¹ [Art. 818 do Código Civil.]

² [Art. 820 do Código Civil.]

³ Eduardo Espínola, *Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro*, p. 405.

⁴ [Arts. 114 e 819 do Código Civil.]

⁵ [Art. 823 do Código Civil.]

⁶ [Art. 825 do Código Civil.]

⁷ [Art. 1.647, inciso III, do Código Civil.]

⁸ Estão nesse caso: os agentes fiscais, leiloeiros, tesoureiros, dentre outros.

⁹ [Art. 821 do Código Civil.]

¹⁰ [Art. 823 do Código Civil.]

¹¹ [Art. 822 do Código Civil.]

¹² [Art. 819 do Código Civil.]

¹³ *Vide nº 77, supra.*

¹⁴ [Art. 827 do Código Civil.]

¹⁵ [Art. 828, inciso I, do Código Civil.]

¹⁶ [Art. 828, inciso II, do Código Civil.]

¹⁷ [Art. 828, inciso III, do Código Civil.]

¹⁸ [Art. 829 do Código Civil.]

¹⁹ [Art. 831 do Código Civil.]

²⁰ [Art. 832 do Código Civil.]

²¹ [Art. 832 do Código Civil.]

²² [Art. 833 do Código Civil.]

²³ [Art. 834 do Código Civil.]

²⁴ [Art. 1.500 do Código de 1916].

²⁵ [Art. 835 do Código Civil.]

²⁶ [Art. 836 do Código Civil.]

²⁷ [Art. 838, inciso I, do Código Civil.]

²⁸ [Art. 838, inciso II, do Código Civil.]

²⁹ [Art. 838, inciso III, do Código Civil.]

³⁰ [Art. 839 do Código Civil.]

Capítulo 42

TRANSAÇÃO

Sumário: 368. Generalidades. 369. Conceito e caracteres. 370. Pressupostos e requisitos. 371. Espécies. 372. Efeitos. 373. Invalidez.

368. Generalidades. Incluem alguns códigos a *transação* entre os *modos de extinção das obrigações*. Tem-na a doutrina, porém, como um *contrato*.

Se contrato é um negócio jurídico destinado unicamente a criar obrigações, a transação se localiza entre as formas de pagamento *lato sensu*, porque sua função principal é extingui-las, mas essa doutrina restritiva do conceito de contrato, de inspiração francesa, está em decadência. Admite-se modernamente que também têm natureza contratual os negócios jurídicos bilaterais *modificativos* ou *extintivos de obrigações*. Embora a *transação* não se confunda com o *distrato*, que é o acordo puramente extintivo de obrigações contratuais tomadas na sua totalidade, visa a pôr termo a relações jurídicas. Nem por isso deixaria de ser contrato. Ademais, reconhece-se hoje que a *transação* não é simplesmente *negócio declaratório* para dirimir controvérsia. Sendo de sua essência a reciprocidade de concessões, possui caráter *constitutivo*, por inevitável a modificação a que tais concessões conduzem.¹ Pela transação, podem criar-se relações jurídicas, eficácia que não teria se fora o negócio simplesmente declaratório.

Impõe-se, pois, sua localização na parte reservada à disciplina dos contratos típicos, visto que não se limita a extinguir obrigações. Outras relações jurídicas de caráter patrimonial, não obrigacionais, podem ser objeto de transação, pelo que não se justifica incluí-las entre os modos de extinção das obrigações. Mesmo que a estas se restringisse, sua função não seria unicamente extintiva, porque, pela transação, também podem ser reconhecidas, ou confessadas.

[O Código Civil de 2002, atendendo à natureza contratual da transação, passou a incluí-la dentre os contratos em espécie, regulando-a nos arts. 840 a 850].

369. Conceito e caracteres. Transação é o contrato pelo qual, mediante concessões mútuas, os interessados previnem ou terminam um litígio, eliminando a incerteza de uma relação jurídica.² Requer:

- a) incerteza de uma relação jurídica;
- b) eliminação contratual da incerteza, mediante concessões recíprocas.³

A incerteza não precisa ser objetiva. Cabe transação quanto a direitos incertos unicamente sob o ponto de vista subjetivo.⁴

Necessário que haja *concessões mútuas*, de qualquer teor. Concessões feitas somente por um dos interessados implicam *renúncia* ou reconhecimento do direito do outro. Tudo conceder sem nada receber não é transigir.

O contrato de *transação* é *bilateral, oneroso, comutativo e formal*.

As obrigações, que se originam, são interdependentes. Cada parte obriga-se precisamente porque a outra se obrigou. Trata-se, portanto, de *contrato* inequivocamente sinalagmático.

Resulta sua *onerosidade* de um dos seus elementos essenciais. Uma vez que as concessões recíprocas devem ser feitas obrigatoriamente, não pode haver transação gratuita. Se uma das partes nada concede, transação não há. É, portanto, contrato essencialmente *oneroso*.

Pertence, a mais, à categoria dos *contratos comutativos*. A equivalência das concessões aprecia-se subjetivamente. Cada qual é juiz de seus interesses. Assim, não perde esse caráter se uma das partes faz à outra concessões muito mais vantajosas.

Em algumas legislações, o contrato não está sujeito à *forma*; em outras se exige a *forma escrita* para sua prova; e, finalmente, como entre nós, a forma é necessária à validade do negócio.⁵ Neste caso, é contrato *formal*.

370. Pressupostos e requisitos. Se bem que não se transmitem direitos pela *transação*, não pode transigir quem não tenha o *poder de disposição* dos que constituem objeto do contrato. Não basta, pois, a *capacidade de obrigar-se*.

Algumas pessoas não estão legitimadas a transigir. Precisam ser autorizadas, como, por exemplo, os tutores.

Objeto da transação é, em princípio, toda relação jurídica que seja *res dubia*. Assim, pode recair em relações reais, obrigacionais, familiares ou sucessórias.

Contudo, não se pode efetuar transação a respeito de certos direitos. Só se permite, com efeito, relativamente a direitos patrimoniais de caráter privado.⁶ Excluem-se do âmbito desse contrato certas relações de família, como o matrimônio, o pátrio poder, o poder marital, o estado de filho ilegítimo. Mas é lícito transigir quanto aos interesses pecuniários vinculados ao estado de uma pessoa, como, v.g., o direito de sucessão de quem investiga a paternidade, desde que não importe transação sobre o estado que se reivindica. Proíbe-se transação sobre a dívida de alimentos. Em suma, todo direito de que o titular não pode dispor é insuscetível de *transação*.

Quanto à *forma*, exige-se, entre nós, que o contrato se conclua *por escrito*, quer a transação de direitos duvidosos, quer a de direitos litigiosos. Esta se faz, via de regra, por forma peculiar, que é o *termo nos autos*. A transação *preventiva será contrato solene* se versar sobre direitos cuja transmissão só se possa dar mediante *escritura pública*. Não valerá por outra forma.⁷

371. Espécies. Atento ao fim a que se destina, a *transação* será *preventiva* ou *terminativa*.

Visa a primeira a evitar um litígio. Elimina-se a incerteza dos direitos que cada interessado supõe ter, fazendo-se composição amigável. Não raro, prefere-se fazer concessões mútuas a arriscar-se num pleito cuja solução poderá ser inteiramente desfavorável a um deles. Por vezes a *transação preventiva* é usada menos para evitar a decisão judicial do que para eliminar os vexames e a demora de uma lide.

A *transação terminativa* supõe direitos contestados em Juízo. A *ação está* em curso quando os litigantes deliberam pôr-lhe termo mediante concessões mútuas. Por esse modo, termina o litígio. Pode realizar-se por três formas:

- a) por termo nos autos, assinado pelos transatores;
- b) por escritura pública, nas obrigações em que a lei a exige;
- c) por instrumento particular, nas obrigações em que ela o admite.

Em qualquer das três formas é necessária a homologação do juiz. Por isso, a *transação terminativa* também é conhecida como *transação judicial*. Sua *natureza jurídica* não está assentada pacificamente. Prevalece a opinião de que é, ao mesmo tempo, ato civil e processual.

372. Efeitos. O efeito específico da *transação* é a extinção da relação jurídica controvertida, pela eliminação de sua incerteza. Produz a extinção das obrigações decorrentes da *res dubia*, e declara ou reconhece direitos.⁸ Já os romanos proclamavam a força extintiva da transação. Expressa-se na fórmula segundo a qual tem a autoridade de *coisa julgada*, mas há evidente exagero nessa equiparação. É certo que põe termo a um pleito, impedindo seja renovado ou até que se investigue, por outro meio, a qual dos transatores corresponde o direito. Mas as diferenças entre a *transação* e a coisa julgada são tão precisas que a assimilação não se justifica. Distinguem-se tanto pela forma como porque a transação é indivisível e admite a forma preventiva, podendo ser rescindida por vício do consentimento, o que não se verifica com a *sentença judicial*.⁹ Em verdade, a expressão correta é que a *transação* produz entre as partes o *efeito de coisa julgada*. É diferente. Tanto a transação não equivale à coisa julgada que não pode servir como título de execução, tal como ocorre com a sentença transitada em julgado.

Sua natureza contratual explica a relatividade de seus efeitos. A *transação* é *res inter alios acta*. Não aproveita, nem prejudica, senão aos que nela intervieram.¹⁰ Por outras palavras, obriga exclusivamente as partes. Terceiros não podem ser prejudicados com sua realização. Se concluída entre o credor e o devedor principal, desobriga o fiador.¹¹

Se entre um dos credores solidários e o devedor, extingue a obrigação deste para com os outros credores.¹² Se entre um dos devedores solidários e seu credor, extingue a dívida em relação aos codevedores.¹³

373. Invalidade. A transação pode ser nula ou anulável, como qualquer negócio jurídico, mas sua finalidade específica justifica soluções particulares do problema de sua invalidade, que devem ser assinaladas.

Não vale a transação relativa a contrato ilícito, bem como a que se baseia numa situação de fato que não corresponde à realidade. Aplicação interessante desta última regra se faz à transação a respeito de litígio decidido por sentença passada em julgado. Se dela não tinha ciência um dos transatores, é *nula*. Também o é, na mesma ordem de idéias, a que, feita no suposto de que os transatores tenham direito sobre o objeto, venha a se verificar, por título ulteriormente descoberto, que não possuíam.¹⁴ A transação é nula:

- a) se feita sobre a base de documentos que depois se reconheceu serem falsos;
- b) se feita relativamente a título nulo.

O erro pode ser causa de *anulação* do contrato quando incide:

- a) numa circunstância que, segundo a transação, se considerava *litigiosa* ou *incerta*;
- b) numa circunstância que afeta a situação de fato não litigiosa e que os transatores tomaram como verdadeira;
- c) no conteúdo das declarações que integram a transação.¹⁵

Em todos esses casos, justifica-se a anulação, porque o fim do contrato não pode ser alcançado. Embora haja erro nos *motivos*, têm estes transcendência jurídica, porque são elevados à base do negócio.¹⁶ Anula-se, ainda, a transação relativa a título nulo, com base em documentos falsos, ou ocultados.

O erro de direito sobre os pontos que provocaram a divergência entre os interessados não deve ser considerado causa de anulabilidade do contrato de transação.¹⁷ Não se anula senão por erro de fato, quanto à pessoa ou coisa controversa.¹⁸ Assim é no direito pátrio. A tese não é, entretanto, pacífica.

Da *indivisibilidade* da transação decorre o princípio segundo o qual, sendo nula qualquer de suas cláusulas, toda ela será inválida.¹⁹

¹ Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, vol. 3º, p. 236.

² [Art. 840 do Código Civil].

³ Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, t. 2º, vol. II, p. 495. Santoro Passarelli, *La Transazione*, p. 12.

⁴ Enneccerus, Kipp e Wolff, *ob. cit.*, p. 496.

⁵ [Art. 842 do Código Civil].

⁶ [Art. 841 do Código Civil].

⁷ [Art. 842 do Código Civil].

⁸ [Art. 843 do Código Civil].

⁹ Gasperi, *Tratado de las Obligaciones*, vol. 3º, p. 233.

¹⁰ [Art. 844 do Código Civil].

¹¹ [Art. 844, § 1º, do Código Civil].

¹² [Art. 844, § 2º, do Código Civil].

¹³ [Art. 844, § 3º, do Código Civil].

¹⁴ [Art. 850 do Código Civil].

¹⁵ Enneccerus, *ob. cit.*, t. 2º, vol. II, p. 502.

¹⁶ Enneccerus, Kipp e Wolff, *ob. cit.*, p. 503.

¹⁷ [Art. 849, parágrafo único, do Código Civil].

¹⁸ [Art. 849 do Código Civil].

¹⁹ [Art. 848 do Código Civil].

Capítulo 43

CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Sumário: 374. Generalidades. 375. Estrutura. 376. Objeto. 377. Caracteres. 378. Natureza. 379. Formação. 380. Obrigações legais. 381. Obrigações contratuais. 382. Sanções. 383. Extinção.

374. Generalidades. A expansão, nos mais adiantados centros urbanos, do mercado imobiliário encaminhou para as edificações em condomínio a solução dos problemas da habitação e da concentração comercial, ensejando o exercício de uma atividade profissional através de relações contratuais tão freqüentes e importantes que determinaram a tipificação do negócio jurídico denominado, na lei, contrato de incorporação imobiliária. [Este contrato encontra-se regulado por meio da Lei nº 4.591/64].

Por esse contrato, obriga-se alguém a promover a construção de edifício dividido em unidades autônomas para distintos adquirentes da respectiva fração ideal do terreno, sob regime de condomínio especial.

São partes do contrato de incorporação imobiliária, de um lado, o incorporador, do outro, a pessoa que adquiriu ou promete adquirir uma ou mais unidades autônomas da edificação a ser construída ou em construção, denominada subscritor ou adquirente. O incorporador pode ser pessoa física ou jurídica. De regra, exerce atividade de incorporação sob a forma de empresa, mas esta posição contratual pode ser ocupada por pessoa que não promova, profissionalmente, incorporações. Nem todas as pessoas são legitimadas a figurar, na relação de incorporação imobiliária, como incorporador. Tal posição é reservada:

- a) ao *proprietário do terreno* em que será construída a edificação;
- b) ao *promitente comprador*, com a cláusula de irrevogabilidade, do mesmo terreno;
- c) ao *construtor* com poderes outorgados em instrumento público pelo proprietário do terreno ou pelo promitente comprador;
- d) ao *corretor de imóveis*, observadas as exigências feitas ao construtor.¹

É irrevogável a procuração conferida ao construtor, ou ao corretor de imóveis, por ser meio de cumprir obrigação controlada. O incorporador não tem de acumular inevitavelmente a condição de construtor. A construção tanto pode ser promovida e realizada pelo incorporador, sob regime de empreitada ou administração, como pode ser contratada diretamente entre adquirentes e a companhia construtora. A construção da edificação pelo incorporador não é, desse modo, um elemento natural do contrato de incorporação. A sua condição de incorporador-construtor não significa que as operações materiais da construção do edifício tenham de ser por ele efetuadas, pois a sua obrigação de construir ele a cumpre por intermédio de terceiros, por empreitada ou por administração.

A outra parte no contrato de incorporação imobiliária é qualquer pessoa, física ou jurídica, que se proponha a adquirir, em edificação sob regime de condomínio especial, uma ou várias unidades autônomas, comprando-as ou prometendo comprá-las. Para que a compra, ou promessa de compra, seja elemento do contrato de incorporação, há de recair numa unidade autônoma a ser estipulada antes ou durante a construção do edifício. Se uma edificação é adquirida, sem autonomia de suas unidades, por várias pessoas, o contrato de aquisição não é de incorporação, nele figurando os adquirentes como uma pluralidade de compradores que passam a ser coproprietários, tendo cada qual, simplesmente, uma fração ideal do bem comum. Se a venda de unidade autônoma ocorre após a conclusão da obra, o respectivo contrato não é de incorporação pela razão clara e intuitiva de que, por definição, só é juridicamente

possível enquanto o edifício está em construção ou apenas projetado. Partes nesses contratos, são, portanto, um incorporador e um pretendente a proprietário de unidade isolada.

Se bem que inexista vínculo jurídico entre os diversos adquirentes das unidades autônomas de um edifício incorporado, o contrato de incorporação é dos que jamais se celebram com uma só *parte*, única da mesma espécie. Sua finalidade exige um feixe de contratos em cada incorporação, todos com cláusulas uniformes. Essa uniformidade necessária determina a prática de sua celebração em formulários impressos, tendo, de regra, o feitio de um *contrato de adesão*. Os que figuram, no contrato de incorporação, como adquirentes atuais ou potenciais das unidades autônomas do edifício a ser construído não formam um grupo organizado por força de se encontrarem em posição idêntica perante o incorporador, por isso que a incorporação não se realiza por um só e exclusivo contrato, mas através de contratos vários e independentes. Formam, contudo, um feixe, justificando o interesse comum dos adquirentes, ação conjunta para certos fins a denotar repercussões recíprocas de uns sobre outros. O contrato de incorporação não é, em suma, um ato plurissubjetivo e muito menos um contrato plurilateral.

375. Estrutura. O contrato de incorporação abrange os seguintes ajustes:

- a) de alienação, ainda que potencial, da fração ideal do terreno;
- b) de construção do edifício;
- c) do condomínio a ser constituído.

Seria um contrato atípico misto se não já tivesse sido definido em lei como espécie contratual nominada. Compreende prestações características de outros contratos típicos, com a compra e venda, a promessa de venda, a empreitada, a prestação de serviços, e de contratos atípicos como a organização de condomínio especial. Tais prestações são da natureza do contrato, não podendo faltar.

A aquisição da fração ideal do terreno, ou a constituição, nessa quota-parte, de direito real de promitente-comprador é, ademais, *conditio juris* para a aquisição de unidade autônoma como propriedade isolada. Constitui obrigação indeclinável do incorporador, a ser incluída no contrato de incorporação, a de transmitir ao adquirente a propriedade dessa fração ideal, ou de se comprometer irretratavelmente a transferi-la, por se não admitir o domínio da unidade construída sem se ser condômino do terreno. Nulo é o contrato de incorporação imobiliária no qual não se constitua um desses dois direitos reais, não valendo, por conseguinte, quando a promessa de venda contenha cláusula de arrependimento. Só a promessa irretratável, averbada à margem do registro da incorporação, confere incontestável e plena eficácia ao contrato de incorporação imobiliária.² Embora a venda ou a promessa irrevogável de venda da fração ideal do terreno não sejam contratos autônomos em relação ao de incorporação imobiliária, mas simples elementos do conteúdo da relação jurídica a que dá vida, aplicam-se-lhe as regras desses dois contratos que não se choquem com as que regem prestações típicas de outros contratos presentes também no seu contexto, ou lhe não desvirtuem a causa.

A obrigação de construir o edifício não deve ser tomada ao pé da letra, no sentido de que o incorporador há de ser necessariamente construtor civil, mas, sim, no de que lhe incumbe promover a construção, por empreitada ou por administração, se não constrói diretamente o edifício.³ Quando constrói por intermédio de terceiro, empreiteiro ou administrador da obra, o contrato, de empreitada ou de administração, não é absorvido pelo de incorporação, conservando, pois, sua autonomia. A obrigação que tem é de promover a construção, não a de construir, sendo, assim, obrigação de fazer, que, descumprida, pode ser executada à custa do incorporador, por decisão judicial.

A instituição do condomínio, elemento do contrato de incorporação, não é a convenção de condomínio que elaboram os condôminos, sejam proprietários das unidades autônomas, sejam promitentes-compradores, sejam cessionários dos direitos de aquisição, antes, durante ou depois da construção. A convenção de condomínio é um contrato para regular entre os condôminos, de conteúdo normativo e obrigatório em grande parte, enquanto a instituição do regime condominial é um elemento natural do contrato de incorporação. A obrigação do incorporador de promover a construção do edifício implica a de instituir esse regime – incorporação não existindo se condomínio especial não se constituir, com expressa menção, no próprio contrato.

As três prestações fundamentais do contrato de incorporação imobiliária fundem-se numa unidade necessária à configuração de sua causa típica: a aquisição, em regime especial de condomínio, de um bem imóvel no mesmo edifício ou conjunto de edifícios.

376. Objeto. O contrato de incorporação tem como objeto a operação jurídica de venda de uma unidade autônoma de edifício construído em regime de condomínio especial, por pessoa habilitada a promover a construção.

As obrigações contraídas exigem das partes prestações características; o incorporador deve promover a construção do edifício e transferir a propriedade da unidade autônoma que vendeu; à outra parte cumpre pagar o preço. O objeto da obrigação do incorporador é complexo por envolver diversas prestações. Não lhe incumbe o cumprimento de prestação única, até porque assume obrigações distintas, de dar e de fazer. Obriga-se, com efeito, a transferir um direito real, dando, e promover uma construção, fazendo. Considerado conforme seus efeitos, a obrigação do incorporador é de resultado, eis que se compromete a entregar à outra parte a sala, o apartamento, a loja ou qualquer outra unidade autônoma que se obrigou a construir, cumprindo-lhe, em caso de inexecução, justificá-la, sob pena de pagar perdas e danos. A obrigação da outra parte tem como objeto uma prestação pecuniária representativa do preço. A prestação pode ser paga de uma só vez, mas, na prática, é habitualmente dividida para cumprimento periódico e sucessivo no curso da construção e até após sua conclusão. Nenhum obstáculo sério se levanta à permuta de fração ideal do terreno com apartamento a construir, não tendo consistência a objeção de que não se pode permutar coisa futura com coisa atual, por ser incontestável a equiparação ao promitente-comprador do promitente-permutante.⁴

O bem que o incorporador se obriga a construir e que se constitui objeto da prestação de sua obrigação de dar pode ser:

- a) unidade integrante de um só edifício com a respectiva fração ideal do terreno;
- b) unidade autônoma de um dos edifícios de dois ou mais pavimentos que constituem um conjunto por ser a fração ideal distribuída na totalidade do terreno;
- c) casa térrea, ou assobradada, em terreno comum num conjunto do qual se destaca a parte do solo que ocupa representada por uma fração ideal.

Unidades autônomas da primeira categoria são um pavimento, uma loja, um apartamento residencial, um conjunto de salas, uma garagem, um terraço de cobertura, um boxe, enfim, tudo o que possa ser, no condomínio, propriedade exclusiva.

377. Caracteres. O contrato de incorporação imobiliária é sinalagmático, simplesmente consensual, oneroso, formal e de execução diferida.

Origina obrigações correlatas, cumprindo ao incorporador, fundamentalmente, em contraprestação do preço a cujo pagamento se obriga a outra parte, satisfazer a *obrigação de resultado* consistente na entrega da unidade autônoma construída. Entre as duas obrigações há dependência recíproca.

Firmado o instrumento pelas partes, está perfeito e acabado, produzindo imediatamente os efeitos próprios. A vinculação entre a necessária alienação da fração ideal do terreno e a construção da acessão, precedendo a primeira à segunda e a condicionando, não desfigura a consensualidade do contrato.

Vantagens subjetivamente equivalentes buscam as partes no sinalagma das prestações certas que o contrato origina, sendo, pois, oneroso da espécie comutativa.

O contrato de incorporação imobiliária não é solene a despeito de ser "*titulus acquirendi*" de propriedade imobiliária. Dispensa a lei a escritura pública para facilitar sua celebração como instrumento econômico da aquisição de apartamentos, salas ou outras unidades integrantes de uma edificação. Exige, entretanto, o instrumento particular. Não vale, com efeito, se não concluir por escrito. Tendo-se como solene apenas os contratos que exigem escritura pública, seria aceitável, para prevenir confusões, a qualificação, como contrato formal, assim denominado todo aquele que não tem forma livre, do contrato de incorporação imobiliária.

Encerrando, como encerra, a obrigação do incorporador de promover a construção do edifício, a execução do contrato não se dá imediatamente após sua conclusão. O protraimento da execução é imperiosa consequência da natureza da prestação prometida. Executa-se, porém, de uma só vez no momento em que a unidade construída é entregue ao condômino-adquirente. Não pertence à categoria dos contratos de duração, mesmo quando o pagamento do preço é distribuído em prestações periódicas, porque somente assim se devem qualificar os contratos que, por sua própria natureza, não comportam execução única e, no caso, o preço pode ser pago de uma só vez.

378. Natureza. O problema da determinação da natureza jurídica do contrato de incorporação imobiliária demanda segura solução em face, principalmente, de interesse de qualificar o incorporador.

A incorporação de edifício em condomínio não requer, do incorporador, habitualidade nem profissionalidade no exercício dessa atividade. Considerada em si é um empreendimento, mas não necessariamente uma empresa; o proprietário de um terreno pode, sem ser empresário de incorporações, incorporar eventualmente um edifício sem que por isso deva ser considerado empresa imobiliária. Claro é que tem essa qualidade a sociedade, ou o indivíduo, que se dedica a essa atividade comercialmente. Ainda, porém, que o incorporador não seja comerciante, e não se equipare à pessoa jurídica por injunção legal, a sua atividade, conquanto civil, pode ser definida como empresarial para efeitos fiscais, assimilado, como está, na lei, a uma empresa individual. Assim não é o incorporador esporádico, dado que toda empresa presume continuidade.

Para considerá-lo, em qualquer circunstância, empresário, seria necessário que a incorporação fosse essencialmente [uma atividade empresarial]. A qualificação do incorporador há de buscar-se no próprio contrato de que obrigatoriamente tem de participar. Obrigando-se basicamente a gerir interesses alheios, assume a função de os representar para a obtenção do resultado que persegue. Juntamente ao desempenho dessa atividade jurídica, o incorporador, quando proprietário do terreno, vende-o em frações ideais, instituindo um condomínio especial. Dada a complexidade do conteúdo do contrato de incorporação, não é possível reduzi-lo a uma das figuras tradicionais do contrato, muito embora se aproxime, por sua prestação mais característica, do mandato.

O contrato de incorporação imobiliária forma-se habitualmente mediante a simples aposição da assinatura do pretendente num módulo ou fórmula, de regra impressa, preparada pelo incorporador para disciplinar, de modo uniforme, a série de relações contratuais necessárias à realização da incorporação. Articulado em condições uniformes, falta-lhe, para ser contrato de adesão, o requisito de inesgotabilidade. Exaure-se, com efeito, ao ser concluído, ou, pelo menos, ao se completar a incorporação com a colocação, no mercado imobiliário, da última unidade autônoma. Aplicam-se-lhe, entretanto, os princípios dominantes da interpretação dos contratos de adesão, notadamente o que nega eficácia às cláusulas vexatórias e o que atribui à cláusula manuscrita, ou datilografada, prevalência sobre a impressa.

Na determinação da natureza jurídica do contrato de incorporação imobiliária cabem breves considerações a respeito de sua unidade. A incorporação abrange distintos atos jurídicos que podem ser objeto de contratos diversos: compra e venda ou promessa de venda de coisa comum e de coisa privativa, construção de edifício ou de um conjunto de edificações, instituição de condomínio especial. Todos eles se reúnem num só instrumento para um só fim. Tem-se indagado, entretanto, se são contratos coligados ou contrato único. Se constituem uma união de contratos, pergunta-se se a coligação é meramente instrumental ou com dependência unilateral. No primeiro caso o contrato de venda ou promessa de venda da fração ideal do terreno estaria unido ao de incorporação *stricto sensu* simplesmente porque lavrados no mesmo instrumento. No segundo caso, tanto o de construção como o de instituição do condomínio estariam, sem se fundirem, conservando a própria individualidade e formando uma unidade econômica, dependentes do contrato de alienação da fração ideal do terreno. Tratar-se-ia de uma união com dependência unilateral, tanto mais evidente quando a vinculação entre as frações de terreno e o negócio de construção é estabelecida na lei em termos que não deixam dúvida quanto à impossibilidade de ser dono de uma unidade autônoma sem ser condômino de terreno sobre o qual se elevou a edificação. Não estaria fora de cogitação o enquadramento, na categoria das uniões com dependência recíproca, dos três contratos, supostamente autônomos, se em consideração se levar que o de venda da fração ideal do terreno dependeria, do mesmo modo, dos dois outros, tendo em vista que se desfaz se eles não forem executados. A verdade é, porém, que se trata de prestações típicas de três contratos, unificadas por uma causa típica. Essas prestações não perdem a individualidade mas se fundem numa unidade complexa que adquire tipicidade ao ser definida, nomeada e disciplinada na lei.

Embora certas disposições legais deixem a impressão de que a venda da fração ideal do terreno, a construção do edifício e a instituição do condomínio conservam a independência como contratos distintos, tão interpenetrados se acham como meios jurídicos para ser alcançada certa e invariável finalidade, que se não pode duvidar de sua unificação numa espécie contratual de traços inconfundíveis. A incorporação imobiliária é hoje objeto de contrato típico.

379. Formação. O contrato de incorporação formar-se-ia, paradoxalmente, pela aceitação de proposta feita ao incorporador pelo interessado na incorporação. Quem a organiza, lança e promove é o incorporador, traçando, inclusive, as condições uniformes dos contratos que firmará para realizar o empreendimento. No entanto, a prática

colocou o incorporador na posição de oblato. O pretendente à aquisição da unidade autônoma do edifício a ser incorporado seria o peticitante, convidado a fazer uma proposta definida por seu destinatário. O lançamento da incorporação é, em verdade, uma oferta ao público. Não se trata de *invitatio ad offerendum* porque esse convite não é um ato com relevância jurídica, nenhuma alteração *determinada* na situação jurídica preexistente, enquanto os prospectos do incorporador, ainda que não dispensem a formalização do contrato de incorporação, constituem genuína proposta a pessoa indeterminada se contém os elementos essenciais do eventual contrato. Como oferta ao público, o anúncio do incorporador o vincula, submetendo-o, quando aceita, às conseqüências do ato pré-negocial da proposta de contrato. A oferta do incorporador produz efeitos a partir do momento em que chega ao conhecimento do público. É da maior importância a sua caracterização como oferta ao público, e não como simples convite a fazer oferta, porque a proposta *ad incertam personam*, de que a oferta ao público é o tipo por excelência, obriga, empenha, vincula o seu autor, enquanto a *invitatio ad offerendum* não possui a virtualidade de formar uma relação jurídica. Obriga-se, pois, o incorporador por sua proposta, mas, como a incorporação é um empreendimento que requer a participação de uma pluralidade de interessados na aquisição das unidades autônomas, a lei instituiu um período de carência no qual lhe é permitida a simples retratação.⁵ Tem ele, assim, de confirmar, em outro instrumento, o contrato, se quer levar avante a incorporação. Se retratação não houve, obrigado fica a firmar o *instrumentum* da relação jurídica nascida condicionalmente com a aceitação de sua oferta. O incorporador que se recusar a firmá-la não estará descumprindo obrigação de contratar, senão desertando do seu compromisso de imprimir formas especiais ao contrato já formado com a aceitação da sua proposta, e, assim, se responsabilizando por sua inexecução em termos de responsabilidade contratual. A desistência do empreendimento no período de carência, autorizada em lei, é, tecnicamente, retratação de proposta. A obrigação legal de promover a celebração dos contratos relativos à fração ideal do terreno, à construção do edifício e ao condomínio mais não é, na própria sistemática da lei, do que a ratificação, em instrumento adequado, do contrato concluído com a adesão à proposta, que tem a sua eficácia suspensa no período de carência. Trata-se, na disposição da lei, de construção tecnicamente defeituosa, por isso que a obrigação não é de contratar, nem três são os contratos, senão um só.

Existindo desde a aceitação da proposta, mas só se tornando eficaz a partir do momento em que deve estar ratificado no *instrumentum* previsto na lei, o contrato de incorporação imobiliária forma-se singularmente com a protelação de sua eficácia determinada por uma condição autêntica que, embora estabelecida na lei, o integra como autolimitação da vontade no contrato resultante da aceitação da oferta do incorporador, dependente ainda de sua redução a escrito em outro instrumento confundido na lei com o contrato, isto é, o acordo de vontade genético.

380. Obrigações legais. Na discriminação das obrigações do incorporador, cumpre distinguir as legais das contratuais.

As obrigações legais são estabelecidas no propósito de preservar os adquirentes de unidades autônomas de um edifício da leviandade ou da malícia do incorporador. Distribuem-se no tempo, sendo exigíveis antes da incorporação, no curso de empreendimento, ou após a conclusão da obra.

São obrigações legais, que têm de ser satisfeitas pelo incorporador a fim de poder empreender uma incorporação, celebrando, com eventuais adquirentes de unidade do edifício respectivo, o competente contrato, as seguintes:

- a) inscrever a incorporação no registro imobiliário;⁶
- b) consignar nos documentos preliminares o prazo de carência.⁷

Nos sessenta dias seguintes ao termo final do prazo de carência, ou, se não houver, logo após o lançamento do empreendimento, pode o incorporador confirmar ou efetivar as vendas, concluindo os contratos de incorporação. Obriga-o a lei a:

- a) indicar, em seu instrumento, o número do registro da incorporação;⁸
- b) mencionar o nome dos responsáveis pelo custeio da construção;⁹
- c) mencionar a existência de ônus real ou fiscal;¹⁰
- d) discriminar o modo de pagamento do preço da construção;
- e) discriminar o custo da fração ideal do terreno;¹¹
- f) dar andamento regular às obras.¹²

Concluída a obra, tem as seguintes obrigações:

- a) providenciar a averbação da construção;
- b) providenciar a elaboração do instrumento de condomínio.

As obrigações legais a serem cumpridas antes da incorporação não se inserem obviamente no conteúdo do contrato. Quem quiser ter a posição contratual do incorporador tem de satisfazer a de inscrição, no registro imobiliário, da incorporação. A sanção pelo descumprimento é penal. Já a obrigação de consignar, nos documentos preliminares, o prazo de carência para a decisão definitiva de realização da incorporação pode inexistir se o incorporador o dispensa.

No rigor da técnica é antes um ônus para o exercício da faculdade de arrependimento reservada ao incorporador em período que precede à celebração do contrato de incorporação imobiliária.

Já as obrigações exigíveis no curso da incorporação se apresentam sob a forma de cláusulas indeclináveis do contrato, algumas consistindo em indicações ou menções, outras impondo diretrizes ao modo de constituição de obrigações contratuais básicas ou ao comportamento do incorporador. O inadimplemento das obrigações consistentes na menção de dados no instrumento do contrato não o torna anulável, nulo ou resolúvel, nem submete o incorporador a qualquer sanção, salvo se a omissão foi de má-fé ou a causa de dano sofrido pela outra parte. O descumprimento das outras não autoriza também a resolução do contrato, mas a obrigação de diligência consistente no dever de dar regular andamento às obras do edifício ou conjunto de edifícios, se não for observada, pode determinar o afastamento do incorporador pelos adquirentes, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal que couber.

As obrigações legais que correm ao incorporador, concluída a obra, são de duas ordens, ambas, porém, relevantes. A primeira é uma complementação do serviço a que se obrigou de construir, para o adquirente da fração ideal do terreno, uma unidade autônoma.

A sua averbação é indispensável à aquisição da propriedade dessa acessão. Se o incorporador a retarda, responde pelas perdas e danos que resultem da demora.¹³ Em se tratando de ônus, não deveria ter sido convertido em obrigação do incorporador, e, muito menos, do construtor. A própria lei admite, como não poderia deixar de ser, que a averbação seja requerida por qualquer dos adquirentes de unidade, intuitivamente desta.¹⁴ A obrigação de providenciar a elaboração do instrumento do condomínio compreende as de instituí-lo, especificá-lo e discriminar as frações ideais do terreno, as partes de propriedade exclusiva e comum.¹⁵ Deve ser cumprida após a conclusão da obra, podendo os adquirentes de unidades autônomas exigir, do incorporador, o adimplemento por meio do processo de execução das obrigações de fazer. O condomínio assim instituído e especificado por sua iniciativa tem de ser inscrito no Registro de Imóveis.

A simples indicação das obrigações legais do incorporador revela que se sucedem em três fases bem definidas:

- 1^a) a pré-contratual;
- 2^a) a contratual do período da construção;
- 3^a) a de execução do contrato com a consumação do negócio imobiliário--condominial.

381. Obrigações contratuais. Do contrato de incorporação nascem, para o incorporador, as obrigações seguintes:

- a) transferir, como vendedor ou procurador do dono do terreno, a fração ideal vendida;
- b) firmar a escritura definitiva de venda da fração ideal do terreno, transmitindo a propriedade, se houver prometido à venda, ou se for promitente-permutante;
- c) promover a construção de edifício dividido em unidades autônomas, estabelecendo o plano de obra e, eventualmente, as condições da construção;
- d) entregar a seus adquirentes, devidamente averbadas, as unidades que adquiriram.

A alienação do terreno destinado à construção do edifício e submetido, por seu dono, ao regime de condomínio forçado costuma ocorrer através da sucessão de dois negócios jurídicos. De regra, o incorporador obriga-se a vender a fração ideal do solo sobre o qual assentará o edifício, para receber, em prestações, o preço. A promessa é feita em caráter irrevogável, com a cláusula de vinculação do seu objeto, indissolúvelmente, à unidade autônoma a construir. Para segurança do cumprimento integral do contrato por parte do adquirente, o incorporador só se compromete a

outorgar a escritura definitiva de venda da fração ideal do terreno quando o promitente-comprador saldar o pagamento do preço da construção, coincidente a última prestação com a conclusão da obra. Sucede raramente a imediata venda definitiva dessa fração. Num caso ou no outro, a propriedade só se transfere com a averbação do contrato à margem do registro da incorporação. Desse modo, se o registro não foi feito, pode qualquer adquirente ou promitente-comprador rescindir o contrato em face da impossibilidade de transferência da propriedade ou da constituição do direito real causadas pela omissão do incorporador.

A obrigação de firmar a escritura definitiva de venda da fração ideal do terreno e da correspondente acessão surge, obviamente, nos contratos que envolvem promessa de venda, ou permuta. Em caso de recurso, pode o promitente-comprador recorrer às regras processuais da adjudicação compulsória, instituídas, entre nós, no pressuposto de que o contrato preliminar de compromisso de venda gera uma obrigação de fazer.¹⁶

A obrigação de promover a construção do edifício é também uma obrigação de fazer. Não se confunde com o contrato de construção que, em seu cumprimento, o incorporador celebra, sob regime de empreitada ou de administração, com engenheiro civil ou empresa de engenharia. Contudo, certas obrigações do contrato de construção, como, v.g., a do prazo de entrega da obra, integram a obrigação do incorporador, por ser esta uma obrigação de resultado. O próprio incorporador pode ser o construtor do edifício, caso em que insere, no contrato de incorporação, o de construção, celebrado diretamente com o promissário-comprador, sob regime de empreitada, mas, como não lhes é possível cumprir isoladamente a obrigação de construir cada unidade autônoma, não se dissocia a sua condição de incorporador da de construtor.

Concluída a obra, o incorporador cumpre a obrigação de entregar as unidades autônomas aos respectivos adquirentes, procedendo, como determina a lei, à sua averbação no registro imobiliário. Se o preço não está pago integralmente por ter sido estipulado o seu pagamento em período superior ao da construção, convenciona as partes dilatação do prazo para cumprimento da obrigação de averbar a construção em nome do promissário-comprador na qualidade de adquirente.

Constam ainda, no conteúdo de um contrato de incorporação imobiliária, cláusulas instituidoras de outras obrigações do incorporador, como as que dizem respeito ao condomínio, a modificações do projeto de construção e a serviços de revisão.

A obrigação principal da outra parte é pagar o preço, tanto da fração ideal do terreno como da construção. De regra, paga um sinal, exigido na modalidade de arras confirmatórias, e se compromete a saldar pontualmente prestações mensais representadas por notas promissórias. É usual a cláusula de juros pelo atraso no pagamento de cada prestação. Cobra-se também, multa. Admissível, por fim, a estipulação de correção monetária na impontualidade.

382. Sanções. Certas obrigações do incorporador têm de ser cumpridas sob sanções penais, constituindo algumas infrações crime contra a economia popular e outras contravenções relativas à mesma economia.

As obrigações cuja infração constitui crime são pré-contratuais. O incorporador tem o dever de ser leal e sincero nas suas afirmações constantes da oferta ao público, ou no próprio contrato de incorporação. Se as fizer sem serem verdadeiras, em propostas, contratos, publicidade, prospecto ou em qualquer documento ou comunicação ao público ou aos potenciais condôminos, comete crime punível com a pena de reclusão de 1 a 4 anos e multa de 5 a 50 vezes o maior salário mínimo legal vigente no país.¹⁷ A afirmação falsa deve ser relativa:

- a) à constituição do condomínio;
- b) à alienação das frações ideais do terreno;
- c) à construção das edificações.

A infração caracteriza-se quando feita de má-fé sobre dado ou elemento influente na deliberação dos subscritores de unidades. Nem por ser penalmente responsável, deixa de o ser civilmente o incorporador. A responsabilidade civil é, nesse caso, extracontratual, se a afirmação falsa constar de documento cuja leitura suscite o desejo de aceitar a oferta e formar o contrato, configurando-se, desse modo, no prazo de carência. Se feita no instrumento do contrato, enseja a sua rescisão com o pagamento de perdas e danos, regendo-se, intuitivamente, pelas regras da responsabilidade contratual.

As obrigações cuja infração constitui contravenção penal são contratuais, não obstante se incluam no conteúdo do contrato por imposição legal. O incorporador não pode vender ou prometer à venda fração ideal do

terreno sem satisfazer certas exigências constantes da lei de incorporação; cumpre-lhe indicar, no contrato, a existência de ônus real ou fiscal do imóvel, bem como a circunstância de estar ocupado; incumbe-lhe mencionar, no contrato, o montante do orçamento atualizado da obra; e não interromper a obra por mais de 30 dias, ou lhe retardar excessivamente, sem justa causa, o andamento. A violação de qualquer dessas obrigações, legalmente instituídas para integração no conteúdo do contrato, sujeita o infrator à pena de multa de 5 a 20 vezes o maior salário mínimo vigente no país.¹⁸ A contravenção penal, única por infração de obrigação pré-contratual, é recusa de promover celebração do contrato de incorporação no prazo de 60 dias a contar do termo final do período de carência.¹⁹ Tal como em relação às infrações criminais, as que constituem contravenção não absorvem a responsabilidade do incorporador, sujeito, como fica, a pagar a competente indenização dos prejuízos que causar, por suas omissões, aos subscritores das unidades autônomas de edifício. Pelas mesmas faltas respondem o construtor, o corretor, o proprietário do terreno ou o titular de direito aquisitivo do mesmo terreno no caso dos contratos dos quais não participe o incorporador, isto é, se prestações do contrato de incorporação, como a alienação da fração ideal do terreno ou a construção do edifício, forem destacadas para ser objeto do contrato com as pessoas mencionadas.

Sendo o incorporador pessoa jurídica, a responsabilidade é dos diretores ou gerentes.

383. Extinção. O contrato de incorporação imobiliária resolve-se, como todo contrato sinalagmático, por inexecução oriunda do inadimplemento de obrigação essencial por uma das partes. Contém a inerente condição resolutiva, expressa ou tácita. Quando, por conseguinte, se reconhece a inexecução culposa de um dos contraentes, a sua resolução cabe. Se a condição resolutiva foi expressamente estipulada, ou resulta de termos inequívocos da lei de referência a determinada obrigação de uma das partes, opera de pleno direito. Sendo simplesmente implícita, é preciso interpelar judicialmente o inadimplente. De qualquer sorte, não há rescisão, mas resolução, devendo-se levar à conta de equívoco o emprego na lei do primeiro termo. A parte prejudicada terá de pedir ao juiz a resolução.

O caso mais freqüente de resolução é o atraso no pagamento das prestações em que se desdobra o preço. A mora no cumprimento dessa obrigação acarreta ao credor dificuldades na condução do empreendimento, atingindo seu interesse legítimo e justificado de receber *oportuno tempore*, de todos, tais prestações. Eis por que, constituindo-se, pode o incorporador intentar a ação resolutória na qual se restituem as partes ao *statu quo ante*. Assim sendo, desconstitui-se, com a resolução, a aquisição da fração ideal do terreno, se operada com o pagamento total do preço, resolvendo-se, pela mesma razão, a relação jurídica de construção, se o atraso se der em relação às prestações do preço da mesma fração. O contrato é único, não se admitindo propriedade de unidade autônoma sem propriedade do terreno, e *vice-versa*. Aplica-se, em resumo, a regra *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*. Se a resolução houver sido causada, no caso de atraso no pagamento da fração ideal do terreno, pelo adquirente ou promissário-comprador, [poderá ainda assim pleitear o reembolso das quantias pagas²⁰]. Se o atraso se dá no pagamento de três prestações consecutivas da construção, a mora só se constitui se o devedor não purgá-la no prazo de dez dias contado de sua obrigatória notificação.²¹ Não há, pois, *mora ex re*, sempre se exigindo a interpelação do devedor. Constituído o devedor em mora por não a ter emendado no prazo da lei, um órgão de fiscalização da incorporação, a Comissão de Representantes, está legalmente autorizado a considerar rescindido o contrato e a providenciar a substituição do devedor. Não é, desse modo, o credor que recolhe os efeitos da rescisão, muito embora se possa sustentar que a Comissão age no interesse do incorporador, por substituição.

O contrato de incorporação extingue-se ainda por outras causas que não a inexecução culposa, comuns aos contratos em geral, como a impossibilidade por força maior, e, naturalmente, por sua execução, e pelo distrato.

¹ [Art. 31 da Lei nº 4.591/64].

² [Art. 32, § 2º, da Lei nº 4.591/64].

³ [Art. 48 da Lei nº 4.591/64].

⁴ F. Aeby, *La propriété des Appartements*, p. 100; Caio Mário da Silva Pereira; *Condomínio e Incorporações*, p. 210; Nascimento Franco e Nisske Gondo, *Incorporações Imobiliárias*, p. 19; Geraldo Ataliba Nogueira, *in RT*, vol. 375, p. 24.

⁵ [Art. 34 da Lei nº 4.591/64].

⁶ [Art. 32 da Lei nº 4.591/64].

⁷ [Art. 32, alínea n, da Lei nº 4.591/64].

⁸ [Art. 32, § 3º, da Lei nº 4.591/64].

⁹ [Art. 32, § 6º, da Lei nº 4.591/64].

¹⁰ [Art. 37 da Lei nº 4.591/64].

¹¹ [Art. 41 da Lei nº 4.591/64].

¹² [Art. 43 da Lei nº 4.591/64].

¹³ [Art. 44 da Lei nº 4.591/64].

¹⁴ [Art. 44, § 2º, da Lei nº 4.591/64].

¹⁵ [Art. 35 da Lei nº 4.591/64].

¹⁶ [Art. 1.418 do Código Civil].

¹⁷ [Art. 65 da Lei nº 4.591/64].

¹⁸ [Art. 66 da Lei nº 4.591/64].

¹⁹ [Art. 66, inciso III, da Lei nº 4.591/64].

²⁰ [Art. 53 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor].

²¹ [Art. 63 da Lei nº 4.591/64].

Capítulo 44

NOVAS FIGURAS CONTRATUAIS

Sumário: 384. Enunciação. 385. Alienação fiduciária em garantia. 386. *Leasing* (arrendamento mercantil). 387. *Know-how*. 388. *Franchising*. 389. *Engineering*. 390. *Factoring*. 391. Seguro de crédito. 392. Contratos na informática. 393. Contrato de viagem turística. 394. Cartões de crédito. 395. Outros contratos.

384. Enunciação. O desenvolvimento econômico do país tem atraído para a sua legislação ou introduzido na prática do comércio e da indústria novas figuras e técnicas contratuais, que não podem ser reduzidas aos tipos esquematizados no Código Civil e no Código Comercial. São, realmente, figuras originais que foram criadas para atender a novas exigências econômicas e provêm, como é compreensível, em seu maior número, de práticas dos negócios no mais desenvolvido dos países.

Se bem que algumas ainda não estejam reguladas entre nós ou ainda tenham pouca aplicação, interessa conhecê-las através de traços suficientes a que se forme a seu respeito uma idéia clara das respectivas estrutura e função.

As novas figuras contratuais que passam a ser descritas são:

- 1) Alienação fiduciária em garantia
- 2) *Leasing*
- 3) *Know-how*
- 4) *Franchising*
- 5) *Engineering*
- 6) *Factoring*
- 7) Seguro de crédito
- 8) Contratos de informática
- 9) Contratos de viagem turística
- 10) Cartões de crédito

Foram conservados, no texto, os nomes originais. Alguns são intraduzíveis. Outros já se tornaram universalmente conhecidos e se incorporaram a todos os idiomas. Por sua vez, os que foram designados em vernáculo, seja na lei, seja nos livros de doutrina, não merecem aplauso e possivelmente não serão usados. Dificilmente se chamará o *leasing* de *arrendamento mercantil* ou o *factoring* de *faturização*, como não se encontrará vocábulo em português que substitua *know-how*.

Dos tipos contratuais relacionados para sumariíssima dissertação têm consagração legal no país, específica ou incidentemente, a alienação fiduciária em garantia, o *leasing*, o *engineering* e o seguro de crédito.

O tratamento dispensado pelo legislador a qualquer das figuras enunciadas é, sob todos os aspectos, deficiente, confuso e inseguro.

385. Alienação fiduciária em garantia. Alienação fiduciária em garantia é o negócio jurídico pelo qual o devedor, para garantir o pagamento da dívida, transmite ao credor a propriedade de um bem, [normalmente] retendo-lhe a posse direta, sob a condição resolutiva de saldá-la. [Salvo disposição em contrário, na alienação fiduciária de coisa

fungível e na cessão fiduciária de direitos sobre móveis ou títulos de crédito, realizadas no âmbito do mercado financeiro e de capitais, a posse do bem dado em garantia é integralmente transmitida ao credor e proprietário fiduciário.¹ Nessa hipótese não há, portanto, o desdobramento da posse em direta e indireta, que comumente caracteriza a alienação fiduciária em garantia].

Foi introduzida no sistema legislativo do país na chamada lei do mercado de capitais.² Deu-lhe, no particular, nova redação, alterando-lhe algumas disposições e introduzindo outras, um decreto-lei baixado quatro anos depois.³ [O Código Civil de 2002, embora não discipline a alienação fiduciária em garantia no título pertinente aos contratos em espécie, o faz ao tratar de tema a ela conexo, a propriedade fiduciária, nos arts. 1.361 a 1.368. Com efeito, as regras contidas nestes dispositivos são muito semelhantes às que foram introduzidas na lei do mercado de capitais por força do Decreto-Lei nº 911/69, o que torna evidente a intenção do legislador no sentido de regular o contrato de alienação fiduciária em garantia, ainda que não o tenha feito no título mais apropriado.

Recentemente, a Lei nº 10.931/2004, que dispõe sobre o patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias, a letra de crédito imobiliário, a cédula de crédito imobiliário, a cédula de crédito bancário e dá outras providências, alterou as normas da lei de mercado de capitais e do Decreto-Lei nº 911/69, dispondo acerca da modalidade de alienação fiduciária em garantia que tem por credor uma instituição financeira. Conseqüentemente, passaram a coexistir duas espécies de alienação fiduciária em garantia. A primeira, regulada nos arts. 1.361 a 1.368 do Código Civil, tem como objeto necessariamente *coisa móvel infungível*⁴ e pode ser celebrada, no pólo credor, por pessoa que não se qualifique como instituição financeira. A segunda restringe-se ao âmbito do *mercado financeiro e de capitais*, pode recair também sobre *coisa fungível* e segue as regras fixadas no art. 66-B da lei do mercado de capitais, bem como os dispositivos processuais constantes do Decreto-Lei nº 911/69 (introduzidos pela Lei nº 10.931/2004).

Outro subtipo do contrato é, por fim, a alienação fiduciária de bens imóveis, regulada pela Lei nº 9.514/97, em especial nos arts. 22 a 33.

O Código Civil de 2002 trata, portanto, da alienação fiduciária em garantia de *bens móveis celebrada fora do contexto do mercado financeiro e de capitais*. Aplica-se, no entanto, *supletivamente* às demais modalidades do contrato disciplinadas na legislação extravagante, como esclarece o art. 1.368-A: “As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial.”]

Trata-se de negócio jurídico autônomo, da espécie dos negócios de garantia, com traços originais, sem embargo de ser tido como especial modalidade do negócio fiduciário.⁵

Na formação desse negócio jurídico figuram obrigatoriamente duas partes: o fiduciante e o fiduciário. O fiduciante é quem aliena em garantia e tem a posição, na relação obrigacional, de devedor. O fiduciário, quem adquire a propriedade resolúvel da coisa e é credor do fiduciante. Tem a relação como *objeto* uma coisa móvel identificável, [podendo também recair sobre imóveis⁶].

O negócio de alienação fiduciária em garantia tem de ser reduzido a escrito. Só por esse meio se prova. Celebra-se por instrumento particular [ou público⁷].

Transmitida condicionalmente, como é a propriedade da coisa para fim de garantia, se o devedor paga a dívida, o credor tem de lhe restituir a propriedade da coisa, por isso que o pagamento importa implemento da condição resolutiva, isto é, da condição que extingue a propriedade resolúvel do credor-fiduciário.

Fiduciante e fiduciário têm direitos e obrigações correlatas na condição de figuras obrigatórias na situação jurídico-real oriunda do negócio translativo da propriedade e na condição de sujeitos, ativo e passivo, da relação obrigacional. O fiduciário é obrigado, como tal, a restituir a propriedade que adquiriu sob condição resolutiva, mas como a adquiriu para fim de garantia tem direito a vender a coisa para se pagar, caso o fiduciante seja impontual ou inadimplente.⁸ [O Código Civil veda expressamente o pacto comissório, mas permite a dação em pagamento do bem dado em garantia, desde que acordada após o vencimento da dívida.⁹ A lei do mercado de capitais, tal como alterada pela Lei nº 10.931/2004, não reproduz semelhante proibição]. Credor, que é, por empréstimo ao fiduciante, assistem-lhe todos os direitos e pretensões que nascem de tal relação, compreendido o poder de agressão ao patrimônio do devedor para nele se satisfazer.

O fiduciante tem o direito eventual de exigir do fiduciário que lhe restitua a propriedade da coisa. O exercício da pretensão restitutória condiciona-se ao integral pagamento da dívida. Na sua posição de devedor cumpre-lhe

pagar a dívida, importando o atraso de uma prestação no vencimento antecipado do saldo.¹⁰ A lei assegura ao credor garantido por alienação fiduciária [no âmbito do mercado financeiro e de capitais] diversos meios para a realização do seu crédito.¹¹ Tais são:

- a) a busca e apreensão;
- b) a ação de depósito;
- c) a ação executiva.

A busca e apreensão é uma ação autônoma que o credor (proprietário fiduciário) pode propor contra o devedor ou terceiro para tomar o bem, se comprova que o devedor está em mora ou é inadimplente. Estabelece a lei o rito processual dessa singular ação, determinando que se consolide a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem nas mãos do proprietário fiduciário.¹² Situações originais apresentam-se no curso da ação: a limitação da defesa, a purgação da mora em certos casos, a consolidação da propriedade por decreto judicial, a venda extrajudicial da coisa, a dispensa de avaliação.

O segundo meio judicial de que dispõe o credor e proprietário fiduciário é a *ação de depósito*. Emprega-se de regra quando o bem não se acha na posse do devedor ou não sabe o credor onde se encontra. A princípio, era uma das vias excludentes das outras. Por disposição legal digna de aplauso, a ação de depósito pode nascer de *conversão* da ação de busca e apreensão, sendo esta infrutífera. Rege-se a ação de depósito pelas disposições do Código de Processo Civil.¹³ Não querendo o credor socorrer-se de qualquer das duas ações – a de busca e apreensão e a de depósito –, pode usar o processo de execução, reconhecida, como é, força executiva ao contrato de alienação fiduciária em garantia.¹⁴ Exe-cuta-se, pois, título extrajudicial nos termos prescritos na lei processual, sendo por quantia certa a execução. Nenhuma particularidade distingue tal execução.

A alienação fiduciária em garantia, tal como se acha legalmente esquematizada entre nós, tem provocado desencontro de interpretações e controvérsias acadêmicas em quase todos os pontos atacados pela doutrina. Censura-se a sua denominação, tergiversa-se na determinação de sua origem, vacila-se na sua conceituação, na fixação dos elementos da relação jurídica, na determinação do conteúdo e definição de natureza jurídica. Perdura entre os estudiosos dessa figura jurídica radical divergência quanto à delimitação de seu campo de aplicação, polemizando partidários da interpretação restritiva que limita a legitimação das partes e o objeto do contrato e os prosélitos da interpretação extensiva, que admitem seu uso, quando menos, por toda e qualquer instituição financeira e para qualquer fim, não apenas a garantia da dívida de consumidor. [Diante da disciplina a ela dada pelo Código Civil, parece pacífico que a alienação fiduciária em garantia não necessita ser celebrada por instituição financeira].

Pergunta-se, sem resposta conclusiva, se a alienação fiduciária em garantia é figura original do Direito brasileiro ou se é deformação do negócio fiduciário de tipo germânico. Indaga-se, entre outras perplexidades, se a propriedade fiduciária se adquire, sem tradição, por efeito exclusivo do contrato. Discute-se a posição dos coobrigados, designadamente do avalista das promissórias caucionadas habitualmente pelo devedor fiduciante. E tantas outras questões se levantam, em número, que perturbam o esforço para entender a entidade.¹⁵

386. Leasing (arrendamento mercantil).¹⁶ O *leasing* é uma operação de financiamento para proporcionar aos empresários o acesso a bens de produção necessários ao funcionamento da empresa, sem que tenha de comprá-los.

Três empresas são necessárias à operação: a que vende as máquinas; a que as compra da primeira e paga o preço; e a que as obtém, sem ter comprado os referidos bens. A operação é realmente *trilateral*, entre o fornecedor das máquinas, o financiador, e a empresa interessada em usá-las [(leasing financeiro)].

A operação é, entretanto, bilateral, quando é o próprio interessado que aliena o bem ao fornecedor ou concedente e o recebe de volta a título de *leasing (lea-se-back)*, ou quando não há financiador¹⁷ [(leasing operacional)].

O *leasing* é a nova técnica jurídica imaginada para atender à necessidade econômica de aquisição ou renovação de maquinaria de um estabelecimento industrial, sem desembolso, pela empresa, da quantia necessária para comprá-la. É outra empresa que adquire esses bens e os aluga, com opção de compra dada à empresa que os toma em arrendamento.

Em síntese: por meio de *leasing* a empresa equipa-se sem investir capital.

A operação deu nascimento ao novo tipo de contrato. Entre nós, a lei [nº 6.099/74] o denominou *arrendamento mercantil*, mas continua a ser conhecido pelo vocábulo empregado no direito norte-americano.

Trata-se de um contrato integrante do grupo que tem como objeto o uso de coisas, muito próximo da locação, cujas regras se lhe aplicam se não há próprias. Da relação locativa distingue-se fundamentalmente, entretanto, pela *causa*; no *conteúdo*, apresenta, porém, muitas semelhanças.

Pelo contrato de *leasing* uma instituição financeira, especializada ou não, concede a um industrial, por longo prazo, o direito de utilizar máquinas que adquiriu para esse fim, cobrando-lhe aluguel por esse uso temporário e admitindo que, há certo tempo, declare opção de compra, pagando o preço residual, isto é, o que fica após a dedução das prestações até então pagas.

O contrato é vantajoso para as duas partes. Para o concedente do *leasing*, porque permanece proprietário das máquinas enquanto se conservam alugadas, estando desse modo garantido contra a insolvência de quem as arrendou. Para este, porque não precisa comprar esses bens, poupando, desse modo, imobilização de capital.

Para a sua configuração, necessários são os seguintes elementos jurídicos: *a)* a compra de equipamentos e máquinas por uma instituição financeira para arrendá-los a longo prazo; *b)* a concessão do uso desses bens contra o pagamento de um aluguel (renda); *c)* a faculdade assegurada ao concessionário do uso das máquinas de adquiri-las, na totalidade ou em parte, mediante preço convencionado no próprio contrato, deduzidos os pagamentos feitos a título de aluguel.¹⁸

Nesta enunciação falta a operação de compra de maquinaria, que é realizada pela concedente do *leasing* com o vendedor, embora, na prática, seja o concessionário quem as escolhe, limitando-se o concedente a pagar o preço. A menção é, porém, necessária, porque, de regra, se inserem no contrato de *leasing* cláusulas relativas a essa operação de compra, tornando-se, desse modo, negócio jurídico trilateral.

O elemento essencial de caracterização do *leasing* é a faculdade reservada ao arrendatário de adquirir, no fim do contrato, os bens que alugou. Se não existe, o contrato não é de *leasing*. Essa faculdade é, ao se exercer, um direito potestativo, bastando, portanto, a declaração optativa do concessionário do *leasing* para que a relação pessoal de uso dos bens se transforme em relação real de propriedade.

A opção de compra, sendo um elemento jurídico essencial à caracterização do *leasing*, determina a cobrança de um aluguel superior ao *valor de uso dos bens*, porquanto esse aluguel é ao mesmo tempo parcela eventual do preço pelo qual serão comprados os bens arrendados. A eventualidade da compra influi também na duração do contrato, devendo ser tal que o saldo represente razoável *preço residual*. É admissível ainda a prorrogação do prazo do contrato, mas, se, em consequência, for integralmente coberto o valor substancial dos bens, há desfiguração do *leasing*. [De acordo com a súmula 293 do Superior Tribunal de Justiça, “a cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil”. Este enunciado revogou a súmula 263 do mesmo tribunal, que dispunha em sentido contrário]. De regra constam no contrato cláusulas relativas à descrição dos bens arrendados, às restrições a seu uso, às obrigações relativas à sua conservação, ao seguro, às estipulações sobre a rescisão do contrato e à devolução dos bens e sobre a opção de compra.¹⁹ A duração do contrato é ordinariamente inferior à vida técnica do bem, sendo esta a razão, segundo Ferrini, pela qual o preço de aquisição é inferior ao valor do resíduo previsto ao ser celebrado o contrato.

Na determinação da *natureza jurídica* do *leasing*, divergem os autores. De um lado, os que tentam conduzi-lo a um tipo nominado de contrato; do outro, os que o têm como nova figura do comércio jurídico, irreduzível a qualquer das conhecidas dos contratos esquematizados.

No primeiro grupo, diversos contratos típicos, como a locação, a compra e venda e até a gestão de negócios, são indicados como o contrato a que se *reduz* o *leasing*. A maior afinidade é com a locação, mas não pode ser tido como simples modalidade desse contrato porque encerra elementos jurídicos próprios que impedem a assimilação e rejeitam a integral submissão ao seu regime legal.

É dominante na doutrina mais recente o juízo de que o *leasing* é um contrato autônomo, muito embora resulte da fusão de elementos de outros contratos, mas não pode ser classificado como *contrato misto*,²⁰ composto por prestações típicas da locação, da compra e de outros contratos, porque tem causa própria e já se tipicizou.

Até mesmo o *leasing* operacional não deve ser enquadrado na locação, pois a prestação adicional de assistência técnica lhe modifica a função.

Não é possível qualificar o *leasing* entre as modalidades da compra e venda apesar de sua semelhança com a venda a prestação clausulada com reserva de domínio. O concedente do *leasing* não se obriga a transferir a

propriedade dos bens entregues ao tomador, como sucede na venda com o referido pacto; tal obrigação nasce do exercício, por este, da faculdade de opção que lhe é reservada no contrato. De resto, o direito que o tomador do *leasing* adquire é de uso temporário da coisa, mas de natureza obrigacional, como na locação e no empréstimo.

Se bem que não seja uma locação ou uma venda à prestação, aplicam-se ao *leasing* algumas disposições legais próprias desses contratos e do negócio creditício de financiamento. Larenz caracteriza-o como um contrato que tem a finalidade econômica da venda à prestação, a ser alcançada mediante a cessão de uso da coisa por certo tempo,²¹ com mudança da titularidade, no caso de ser exercida a opção.

Quanto ao *lease-back*, a semelhança com a retrovenda não lhe atribui sua natureza porque a finalidade do financiamento, como operação de crédito típica do contrato, o afasta daquele pacto adjeto à compra e venda.

Há três modalidades usuais de *leasing*:

- 1) *leasing financeiro*;
- 2) *leasing operacional*;
- 3) *lease-back*.

No *leasing financeiro*, o concedente adquire a terceiro máquinas e equipamentos para entregá-los a uma empresa a fim de que esta os utilize, por prazo determinado, mediante o pagamento de prestações pecuniárias periódicas, com direito de opção para adquirir a propriedade com o pagamento de preço residual, ao fim do contrato.

O concedente do *leasing* pode ser empresa que exerça exclusivamente essa atividade creditícia, ou que pratique tais operações ao lado de outras do setor. Exige-se, entretanto, que seja uma instituição financeira porque o *leasing financeiro* é fundamentalmente uma operação de financiamento.

O *leasing operacional*, também designado *renting*, é um contrato de locação a que se liga indissolavelmente o pacto de assistência técnica aos bens alugados. Não lhe é essencial a cláusula de reserva do direito de opção para compra dos bens, como sucede no *leasing financeiro*. O *leasing operacional* rege-se pelas regras da locação.

No *lease-back*, a sociedade que o aceita compra os bens de produção de determinada empresa, deixando-os na posse da vendedora, mas a título de arrendatária, contra pagamento de aluguel. Tal como no *leasing financeiro*, reserva-se ao locatário o direito de opção para compra dos bens, no caso *recompra*.

Distingue-se ainda o *leasing* pela espécie dos bens em que recai. Há *leasing mobiliário* e *leasing imobiliário*. Não há diferença essencial entre os dois, mas têm distinta função econômica.

Porque seja um contrato de prestações correlatas, origina o *leasing* as seguintes obrigações mais relevantes:

- *para o fornecedor* – vender ao concedente os bens e entregá-los ao tomador ou financiado para sua utilização.
- *para o financiador* – pagar o preço da compra e arrendar o bem ao tomador.
- *para o tomador*:

- a) pagar os aluguéis;
- b) manter a coisa em bom estado de conservação, e em condições idôneas ao fim a que se destinam;
- c) *restituí-la*, findo o contrato, se não quiser comprá-la no uso do seu direito de opção.

O concedente pode ceder ao tomador suas *pretensões* contra o fabricante das máquinas (fornecedor).

Quem suporta os riscos e os encargos dos bens arrendados é o tomador. O concedente suporta apenas os do seu crédito. Entende Larenz que, em relação ao risco de perda, desvalorização ou deterioração das máquinas, o tomador do *leasing* encontra-se em situação semelhante à de um comprador.²² O contrato de *leasing* é um contrato-tipo. Suas *cláusulas* uniformes são ditadas pelo *concedente*, permitindo, por isso, que o seu *conteúdo* seja excelente campo de observação. Algumas cláusulas merecem breve análise, a começar pela que é respeitante ao perecimento da coisa arrendada. Quem suporta o risco é o seu utilizador. Em consequência, deve continuar a pagar o aluguel se a coisa perece, ainda que a causa da destruição lhe não seja imputável. Prescinde-se do critério da culpa para a determinação de sua responsabilidade. Quanto aos vícios da coisa, a norma é que o concedente não assume a correspondente garantia, salvo se tornam impossível a sua utilização.

No caso de resolução de contrato, dispõe-se ordinariamente que se o inadimplemento for do arrendatário perderá os aluguéis que já pagou.

Pondera-se, no entanto, que esta contraprestação própria da locação não é apenas, no caso, remuneração do uso, mas, também, parcela do preço da venda eventual. Sustenta-se que por isso se deve aplicar o critério

empregado na venda com reserva de domínio. Se o inadimplemento é do fornecedor (fabricante da máquina), na relação trilateral, o uso da coisa se torna impossível, pelo que o utilizador não está obrigado a pagar aluguéis, nem o concedente é responsável pelo inadimplemento do referido fornecedor. Conquanto a venda seja feita ao concedente, quem verdadeiramente age como se fosse o comprador é o utilizador. O inadimplemento imputável ao fornecedor é sujeito às regras da responsabilidade contratual e o que lhe é inimputável, à teoria do risco. Em caso de falência do utilizador, a massa falida o substitui.

Uma vez que no *lease-back* ou *leasing de retorno* seu objeto é vendido ao concedente pelo interessado em constituí-lo, é preciso verificar, como adverte Ferrini, se a venda de um bem que continua na posse direta do vendedor é nula por violar a proibição do pacto comissório. A não ser em caso de fraude à lei, entende-se que é válida, porque a alienação tem função de garantia, e é imediatamente translativa.

O contrato de *leasing* extingue-se pelas causas determinantes da extinção de qualquer contrato por prazo determinado, e, assim, pelo advento do termo final, pelo mútuo consentimento ou pela inexecução culposa de uma das partes, vale dizer, infração de cláusula fundamental como, por exemplo, o atraso no pagamento dos aluguéis. Rescindindo abusivamente pelo tomador do *leasing*, terá ele de pagar ao concedente todas as prestações que completariam o cumprimento integral da obrigação do pagamento de aluguel.

O *leasing* já penetrou na prática dos negócios no Brasil como operação de financiamento privativa (*leasing financeiro*) de certas instituições financeiras. Define a operação e exige que, no respectivo contrato, constem indeclinavelmente cláusulas concernentes à duração, ao valor de cada prestação e ao intervalo para seu pagamento, à reserva da opção de compra e à prorrogação do contrato.

387. Know-how. O contrato de *know-how* difunde-se com os avanços da tecnologia. Consiste num acordo de vontades pelo qual uma pessoa, física ou jurídica, se obriga a transmitir a outra, para que os aproveite, os conhecimentos que tem de processo especial de fabricação, informações ou práticas originais e só por essa pessoa conhecidos. Por diversos modos ocorre a transmissão: mediante simples entrega de planos, desenhos ou outros papéis, através de fornecimento do material que incorpore os conhecimentos ou, finalmente, pelo ensino prático de sua aplicação, seja por meio de técnicos enviados para esse fim, seja pela admissão, na própria fábrica, de pessoas designadas para aprender, praticando, o processo de fabricação.

Know-how não se confunde com segredo de fabricação nem com prestação de assistência técnica. O segredo de fabricação é uma invenção patenteada que só o dono da patente utiliza com exclusividade, sem transmiti-lo, portanto, a ninguém. Já o *know-how* não constitui segredo absoluto, sendo, por isso mesmo, objeto de transmissão por via de contrato através do qual é revelado à outra parte um processo de fabricação que não conhecia e passa a utilizar.

O *know-how* admite um pacto de assistência técnica, mas com esta não se confunde. A assistência técnica consiste numa prestação de serviços, enquanto o *know-how* é uma locação do bem incorpóreo em que se define.

São partes no contrato: o transmitente e o licenciado, podendo aquele ser uma pessoa física que descobriu novo processo ou possui conhecimentos técnicos originais.

Objeto do *know-how* é a transmissão onerosa de conhecimentos ou técnicas originais e não-reveladas. Para obtê-los, o licenciado paga certa remuneração, *cash* ou calculada proporcionalmente sobre cada produto fabricado segundo o processo transmitido.

É controvertida a natureza do *know-how*. Tenta-se reconduzi-lo a uma figura conhecida como a *prestação de serviços* ou a *licença* do direito industrial. Explica melhor sua natureza jurídica a teoria que vê no conjunto dos seus elementos um bem incorpóreo, mas patrimonial, que se torna objeto de cessão temporária ou definitiva. Aproxima-se, pois, da locação se a cessão é por algum tempo.

O *know-how* é, entretanto, contrato autônomo – irredutível a qualquer dos conhecidos.

São modalidades do *know-how*, previstas em nosso Direito (Ato Normativo nº [135], do INPI), os contratos de *licença* para exploração de patente, para uso de marca, para [fornecimento de tecnologia e para a prestação de serviços de assistência técnica e científica].

388. Franchising. Com o vocábulo *franchising* designa-se a operação pela qual um empresário concede a outro o direito de usar a marca de produto seu com assistência técnica para a sua comercialização, recebendo, em troca, determinada remuneração.

Trata-se de novo método comercial destinado a poupar a abertura de filiais e despesas, pois deve ser independente o comerciante que é licenciado para explorar a marca. A nova técnica exige uma rede de distribuição para não se tornar antieconômica.

A denominação do contrato em língua portuguesa é *franquia* – muito inexpressiva para ser aceita.

São *partes* do contrato: o concedente da licença e o concessionário ou licenciado. Seu *objeto*, a comercialização, mediante assistência técnica e às vezes financeira, de artigos de fácil revenda, instalações, equipamentos, tudo, enfim, que comporte distribuição por intermédio de uma rede de lojas. O contrato celebra-se sempre por escrito e contém condições uniformes a que aderem os licenciados. Seu *conteúdo* abrange, de um lado, as duas obrigações típicas do concedente, isto é, autorizar o uso da marca e prestar assistência na sua comercialização, e, do outro lado, as obrigações do licenciado, dentre as quais relevam as de distribuir o produto e pagar a taxa de filiação e os direitos de ingresso.

O *franchising* é um contrato que se aproxima da concessão exclusiva, da distribuição, do fornecimento e da prestação de serviços. Não é, outrossim, locação nem mandato, mas, sim, figura autônoma, embora híbrida.

[O contrato de franchising foi previsto na Lei nº 8.955/94, que dele traz o seguinte conceito: “Franquia empresarial é o sistema pelo qual um fornecedor cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.” A lei prevê que o franqueador deverá apresentar documento intitulado “circular de oferta de franquia” aos possíveis franqueados em um prazo de, pelo menos, dez dias anteriores à formalização do contrato ou à efetivação de qualquer pagamento pelos franqueados. Nessa circular devem estar descritas todas as obrigações atinentes aos franqueados, tais como valores a serem pagos a título de taxa de franquia e royalties. Da mesma forma, devem ali constar todos os direitos dos franqueados, como as marcas a que terão direito de explorar, o know-how ou segredo industrial que lhe serão transmitidos etc. A inexistência da circular de oferta de franquia ou a falsidade de suas disposições gera ao franqueado o direito de anular o contrato, ressarcindo-se das perdas e danos em que eventualmente tenha incorrido].

389. Engineering. A significação literal da palavra não corresponde à jurídica. Não se trata, com efeito, de simples projeto industrial como objeto de um contrato específico. É algo mais, abrangente de sua execução, montagem de unidades industriais e até assistência técnica nos primeiros tempos do funcionamento.

O *engineering* é um contrato a fim de obter-se uma indústria construída e instalada. Desdobra-se em duas fases bem características: a de estudos e a de execução.

Obriga-se a empresa de engenharia a apresentar o projeto para a instalação da indústria, a dirigir a construção de suas instalações e a pô-las em funcionamento, entregando-a nestas condições à outra parte, que, por sua vez, se obriga a pôr todos os materiais e máquinas à disposição da construtora e a lhe pagar os honorários ajustados e reembolsar despesas. Se o *engineering* se limita à primeira fase, os honorários são, de regra, fixos. Se é completo, a execução é remunerada variavelmente por certo percentual sobre o custo da obra. É próprio do contrato o oferecimento de garantias pela empresa de engenharia.

Responsabiliza-se habitualmente, prestando caução, pelo atraso na entrega da obra e pelo mau funcionamento da indústria.

O *engineering* é considerado um contrato atípico da espécie contrato misto, no entendimento de que resulta da justaposição de prestações características de vários contratos típicos. Alguns autores qualificam-no, todavia, como empreitada em modalidade especial, e outros acham que se funde com a venda (empreitada mista), formando uma entidade original.

390. Factoring. Se bem que não esteja entre nós regulado especificamente, é o *factoring* um contrato que se inclui no elenco das figuras negociais que a atividade creditícia conhece como uma técnica nova para seu incremento. [A legislação tributária define factoring como “prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços”²³].

Factoring é o contrato por via do qual uma das partes cede a terceiro (o *factor*) créditos provenientes de vendas mercantis, assumindo o cessionário o risco de não recebê-los contra o pagamento de determinada comissão a que o

cedente se obriga. Importa, no entanto, distinguir o *conventional factoring* do *maturity factoring*. No primeiro, os créditos negociados são pagos ao cedente no momento da cessão, isto é, os respectivos valores são adiantados; no segundo, quando se vencem.²⁴

Sugere-se a denominação *faturização*, para designá-lo em nosso idioma²⁵, [bem como fomento mercantil]. As partes têm de ser, de um lado, um comerciante ou um industrial e, do outro, uma [empresa de factoring]. Além dessas pessoas, supõe a operação a existência do comprador das mercadorias – devedor do crédito cedido. [Não obstante parte da doutrina entender que se trata de] operação privativa de instituição financeira, [a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem se firmando em sentido oposto²⁶]. O *factor* não se limita, de regra, a adquirir os créditos. Porque financia o cliente adiantando-lhe a quantia devida pelo comprador e porque assume o risco da sua insolvência, provisória ou definitiva, o *factor* interfere na contabilidade e na gestão do cliente, presta-lhe informações e exerce controle em sua atividade.

O *factoring* é um contrato atípico que reúne prestações da cessão de crédito, do mandato e da locação de serviços. Sua individualidade decorre da função econômica própria e inconfundível que exerce. Distingue-se do *desconto* porque é uma cessão de crédito sem direito de regresso contra o cedente; assemelha-se, porém, ao *desconto a forfait*. Não se confunde, por outro lado, com o *seguro de crédito*; neste, a cobertura do risco não é total, a indenização é posterior à falta do pagamento, não há prestação de serviços nem se verifica a transferência do crédito como objeto do contrato. Ocorre, entretanto, a sub-rogação, que, no *factoring*, é contratual, devendo o comprador ser notificado.

O cliente garante apenas a existência, legitimidade e validade do crédito, pois a cessão não é *bonitas nomini*. Sua obrigação principal é pagar a *comissão* do *factor*. Deve ainda reembolsá-lo das despesas de cobrança e lhe proporcionar informações sobre as contas dos vendedores e submeter à sua aprovação os créditos que quer ceder.

A operação é altamente vantajosa para o cedente ao prevenir o risco da falta de pagamento, ao proporcionar ao cedente imediato numerário, e ao liberar a empresa do serviço de cobrança das faturas.

A utilização, entre nós, do *factoring* é facilitada pela existência da *duplicata* – título de crédito peculiar à venda mercantil – de fácil circulação.

391. Seguro de crédito. O chamado *seguro de crédito* é um tipo de contrato de natureza discutida, que atende à exigência de segurança das relações creditícias.

Por via desse negócio jurídico, o risco do não-pagamento de certas dívidas é assumido por terceiro que, em troca, cobra do credor determinada quantia.

A despeito da sua denominação, continua controvertida a *natureza jurídica* do *seguro de crédito*. Três correntes de opinião definem a posição da doutrina quanto à solução do problema:

- 1^a) a que o tem como genuíno contrato de seguro;
- 2^a) a que o classifica entre os *negócios fidejussórios* e, portanto, de *garantia*;
- 3^a) a que o qualifica como um *negócio misto*, de seguro e fiança.

É predominante a primeira corrente. Não pode ser considerado fiança nem equiparado a qualquer outra espécie de fidejussão bancária fundamentalmente porque, em todos eles, o garante é sujeito de uma relação acessória na qual assume a responsabilidade de pagar a dívida de outrem, enquanto no *seguro de crédito* a obrigação do segurador nasce de um contrato autônomo.²⁷ O critério mais seguro para distinguir o *seguro de crédito* de outros tipos negociais de *garantia* é o da *causa*. Naquele a *causa* é a eliminação do dano representado pela definitiva diminuição patrimonial decorrente da insolvência do devedor, enquanto nestes a *causa* é a garantia do pagamento da dívida através da adjunção de um segundo devedor *pari-gradus*, que cumpre a obrigação principal (Gasperone). O segurador paga a dívida de outrem (o devedor), enquanto o garante paga a sua própria dívida; um indeniza, o outro não.

Nem todo crédito pode ser objeto do seguro. Admite-se a operação apenas nos créditos oriundos de venda mercantil, notadamente nas que se fazem para exportação de mercadorias²⁸ para cobertura dos riscos comerciais e dos riscos políticos e extraordinários. O que verdadeiramente se segura não é o crédito, mas sua expressão monetária.

São *partes* do contrato de *seguro de crédito*:

- a) o *segurador*, que pode ser qualquer companhia de seguros ou uma companhia que só opera nesse ramo;
- b) o *segurado*, um exportador ou um comerciante.

O contrato deve ser realizado por escrito, podendo a *apólice* abranger todos os créditos do segurado ou somente um deles.

Do *seguro de crédito* nascem para o *segurado*, dentre outras, as seguintes obrigações:

- a) pagar o prêmio;
- b) cumprir certos deveres quando ocorre o não-pagamento;
- c) não agravar o risco nem conceder crédito a devedores duvidosos.

Incumbe basicamente ao *segurador* pagar o valor pecuniário do crédito se verificada a impontualidade.

Extingue-se o contrato se a dívida for paga no vencimento ou, não sendo, com o seu pagamento pela seguradora, que se sub-roga nos direitos do segurado.

Figura interessante, que se aproxima do seguro de crédito, é o seguro-fiança ou *seguro fidejussório*. Neste, o assegurado é o próprio devedor, equiparando-se a obrigação do segurador à do *fiador*. Trata-se, na opinião dominante, de um *pseudo-seguro*. No contrato assim denominado o contratante da garantia não é o credor, mas o próprio devedor, a cujo lado o “segurador” se coloca para lhe pagar a dívida nas hipóteses previstas. No Direito pátrio, a operação é tida como de *seguro*.

Modalidade especial de *seguro de crédito* é o seguro de crédito à *exportação*, destinado a cobrir o risco de inadimplemento do importador estrangeiro que adquiriu produtos ou mercadorias brasileiras.

392. Contratos na informática. A invenção do computador e sua disseminação levantou problemas jurídicos importantes, dentre os quais o da natureza dos contratos que seu uso determina e o da proteção dos programas necessários ao seu aproveitamento.

Para a sua solução, é necessário um pequeno glossário para elucidar palavras e expressões da língua inglesa que se usam sem tradução nos domínios da informática, em toda parte. São as mais usuais *hardware* e *software*. *Hardware* é o computador, a máquina analítica, o calculador eletrônico. *Software* é a produção intelectual condensada num programa que se insere na máquina para obter o resultado previsto. Outras de menor importância são *software house* – empresa especializada em computação; *turnkey service* – modificação ou invenção de novo programa para adaptação; *packaged programs* – serviço completo; *purchase of time* – tempo do serviço; *random access memory* – armazenamento.

São necessários também alguns esclarecimentos a respeito do funcionamento do *computador*. Consiste o programa numa seqüência de dados e instruções transmitidos em linguagem de máquina, figuras ou sons que aparecem na tela do monitor, no papel da impressora ou em dispositivo sonoro. Exige o serviço a operação de alguém na máquina, a sua propriedade ou locação.

Dessas exigências, nascem os contratos da informática.

Considerados na perspectiva de quem usa o computador há, na classificação de F. Awalt, sete fundamentais tipos de contrato:

- 1) a locação de todo o sistema;
- 2) a compra do *hardware* e dos programas;
- 3) a aquisição parcial a que se acopla a locação com um só produtor;
- 4) o mesmo contrato misto, mas a locação se realizando com vários produtores;
- 5) a aquisição de uma empresa de computadores e a sua utilização por outra empresa que fornece os serviços;
- 6) a aquisição de parte do sistema e a execução dos programas por empresa diversa daquela que os produz;
- 7) a aquisição de serviços computadorizados por uma empresa especializada.²⁹

Os contratos de locação de todo o sistema e de compra dos computadores por uma empresa e a sua utilização por outra que fornece os serviços abrangem o *hardware*, os demais, o *software*. Nesses contratos há união com ou sem dependência recíproca de dois tipos, a *compra* e *venda* e a *locação*, tanto de coisas como de serviços. Coligam-se ainda *contratos acessórios*, como o de manutenção do computador.

Os contratos principais variam de conteúdo, como aqueles nos quais o interessado se limita a alugar o tempo do operador, enquanto noutros há necessidade de adaptar às exigências da atividade da empresa os computadores, induzindo uma relação de cooperação entre o fabricante e o programador (*turnkey service*). Os contratos de locação dos computadores podem converter-se em *leasing* (arrendamento mercantil).

Guido Alpa observa que os contratos que se realizam na área da informática, tanto para a utilização do *hardware* como do *software*, formalizam-se em instrumentos impressos com cláusulas iguais, facilitando, desse modo, a análise do respectivo conteúdo. O dono dos computadores introduz cláusulas relativas ao seu uso cuidadoso, ao tipo de prestação, ao volume de trabalho e à disponibilidade do pessoal necessário à execução do serviço.³⁰ Há disposições sobre o treinamento dos operadores, o controle do funcionamento do *hardware*, e as modalidades de pagamento. Quanto ao contrato de *software*, as cláusulas regulam os serviços a prestar, a duração e modalidade de pagamento, o plano temporal do serviço, os direitos autorais, a custódia dos dados, o acesso, para controle, do utente, as limitações de responsabilidade, as garantias.³¹

Um dos problemas tormentosos do *software* é a determinação de seu regime legal. Como o programa é atividade criativa do programador, sua proteção deve ser a que se dispensa aos direitos autorais.³²

[Os contratos de licença de uso de software, licença de direitos de comercialização referentes a software e transferência de tecnologia de software encontram-se disciplinados na Lei nº 9.609/98. O registro de softwares no INPI foi regulamentado pelo Decreto nº 2.556/98].

393. Contrato de viagem turística. Sob a denominação de contrato turístico ou, simplesmente, de *contrato de viagem*, como o designa a Convenção Internacional de Bruxelas, de 1970, dissemina-se uma relação contratual de perfil jurídico peculiar, que milhões de pessoas de todas as estratos sociais travam aproveitando os serviços profissionais de agências dedicadas, principalmente, à promoção, organização e realização de viagens internacionais ou nacionais.

O contrato turístico desdobra-se em duas modalidades, a de *organização*, quando é conhecido como *contrato de excursão turística*, e a de simples *intermediação*. O *contrato de excursão* é o acordo entre uma agência de turismo e um turista em virtude do qual aquela proporciona a este, contra o pagamento de um preço global, um conjunto de prestações consistentes nos serviços básicos de transporte e estada nos lugares determinados. O *contrato de intermediação de viagem* é o acordo por via do qual uma pessoa se obriga a interceder junto a outra, contra o pagamento de uma comissão, para que esta organize uma viagem ou serviços isolados, que permitam a sua realização ou facilitem a estada em pontos predeterminados.

São partes no contrato de excursão o próprio interessado em viajar e a agência de turismo, e esta e o intermediário na outra modalidade de contrato de viagem. Uma das partes é necessariamente uma *empresa*.

O contrato é bilateral, oneroso, comutativo, de duração.

Sua *natureza* depende da modalidade. O *contrato de intermediação* insere-se no mandato, segundo alguns, ou é *contrato de mediação*, segundo outros. Tudo indica que a atividade do *intermediário* coincide com a do *mandatário*, uma vez que se obriga a promover, por conta do cliente, a conclusão dos contratos relativos à prestação dos serviços necessários à realização da viagem.³³ Já o *contrato de excursão* não comporta essa inserção. A doutrina dominante o enquadra na categoria *locativa*, frisando que gera uma *obrigação de resultado* a ser cumprida através da prestação de vários serviços. *Locatio operis*, portanto, intitulada *empreitada* em nosso Código Civil. Esta locação coliga-se, às vezes, com o mandato, ou com outro contrato, perdendo a unidade.

O *contrato turístico* produz direitos e obrigações para ambas as partes. A Convenção de Bruxelas enfatiza a obrigação do agente (ou do intermediário) de agir, no cumprimento de suas obrigações contratuais, no empenho de proteger os interesses e os direitos do turista. No quadro dos *efeitos* do contrato de *excursão*, cabe a observação preliminar de que não existe uma relação contratual entre o turista e as pessoas que lhes prestam os serviços turísticos, prometidos pela agência. No elenco das obrigações, estabelecidas quase sempre em contratos impressos e uniformes, como *condições gerais*, salientam-se as que dizem respeito ao *preço*, *mudança de itinerário*, e a *responsabilidade* do organizador da viagem. É usual a cláusula na qual se discrimina o que está incluído e o que não está nos preços da viagem. Outra cláusula comum é a que prevê seu reajustamento cambial, antes do início da viagem. O organizador se reserva o direito de alterar, sem prévio aviso, o itinerário, se a mudança for necessária para garantir o conforto do turista, bem como substituir o hotel por outro de igual categoria e de mudar os horários de saída. Cumpre ao viajante, em suma, respeitar os regulamentos da excursão e de qualquer serviço conexo. Dentre os seus *direitos*, alinham-se com maior relevância: a) *o de se fazer substituir*; b) *o de resiliir o contrato* em qualquer

momento, contanto que indenize o agente. Este também pode rescindi-lo, total ou parcialmente, antes ou no curso do contrato, mas somente se circunstâncias excepcionais, desconhecidas no momento em que contratou, se apresentarem inopinadamente; nessa hipótese não tem de pagar indenização, mas alguns *contratos-tipo* inserem cláusula pela qual se a agência for obrigada a cancelar a viagem por motivo de *força maior* reembolsará a importância já paga pelo cliente.

Quanto à *responsabilidade*, as *agências* costumam exonerar-se declarando, no contrato, que agem meramente como *intermediárias* entre o turista e as companhias de transporte, hotéis, restaurantes, *tours*, declinando de qualquer responsabilidade por falhas e deficiências em qualquer dos serviços prestados. Não se responsabilizam, do mesmo modo, por acidentes pessoais, nem pela bagagem ou qualquer outro objeto de propriedade do viajante. Contudo, o organizador da excursão responde por qualquer prejuízo causado ao viajante por motivo do inadimplemento das obrigações a serem cumpridas por ele próprio. Há quem entenda, por último, que a *cláusula de não indenizar* se torna ineficaz se provada a culpa *in eligendo* do organizador da excursão.

394. Cartões de crédito. A sociedade de consumo estimulou a difusão de um curioso instrumento jurídico destinado a aguçar o apetite de comprar e a facilitar as vendas dos lojistas. Esse instrumento é o *cartão de crédito*. Sua utilização copiosa em toda a parte justifica o interesse que provoca também no mundo jurídico, apesar do deserto normativo que os cerca.³⁴

Na sua forma universal é um cartão de identificação do seu portador por ele próprio firmado para confirmá-la com a assinatura na nota de venda à vista do vendedor, que a confere. Se o seu uso equivallesse a um *traveller's cheque* escritural nada ofereceria de interesse a análise do mecanismo do seu funcionamento, nem mesmo a sua estrutura peculiar. Tem, entretanto, configuração própria e, para cumprir sua função instrumental, requer a coligação de vários contratos, que reclamam descrição isolada e verificação em conjunto.

Não se pode definir essa união sem conhecer o mecanismo da emissão e utilização do cartão de crédito. Bancos ou sociedades que exploram esse negócio contratam com um pessoa física a *emissão*, em seu favor, de um *cartão de crédito*, pessoal e intransferível, para habilitá-la a pagar suas compras em lojas filiadas mediante sua apresentação e assinatura da nota de venda em modelo especial, reembolsando o comprador, passado algum tempo, o emissor do cartão que efetuou o pagamento.

Três fases distinguem-se perfeitamente nessa seqüência de comportamentos, a da *emissão* do cartão, a da sua utilização por seu portador e a da liquidação da fatura. Na primeira, figuram o *emissor* e o *titular* do cartão; na segunda, este e o *vendedor* ou quem presta o serviço; na terceira, este e o *emissor*.

Na primeira etapa, realiza-se a operação de *emissão* do cartão mediante um *contrato-tipo* celebrado entre a pessoa jurídica que exerce essa atividade profissional e a pessoa física interessada em obtê-lo. A pessoa jurídica, geralmente um banco, expede o *cartão* e se obriga a pagar ao vendedor filiado toda compra efetuada pela pessoa física, de valor limitado. Feito o pagamento, exige reembolso do titular do cartão. Pela prestação do serviço de facilitar as compras, o emissor cobra uma taxa anual, mas a sua remuneração é paga verdadeiramente pelo vendedor em percentual sobre cada fatura. O contrato estipulado entre o emissor e o portador do cartão é de *abertura de crédito*. A sua movimentação não se faz por meio de saques, mas através do uso do cartão perante vendedores filiados, valendo esse uso como cessão ao emissor da dívida contraída, que este deve pagar a débito do cedente. O pagamento feito por meio de cartão de crédito é como se fosse feito mediante cheque visado contra a conta aberta pelo emissor.

Na fase da *utilização* do cartão, o contrato entre seu portador e o lojista é o que faz qualquer consumidor, e de *compra e venda*. A particularidade reside no pagamento do preço, pois que, em vez de ser feito imediatamente pelo comprador ou pelo utente, como é normal, transfere-se para o emissor, que só o efetuará após certo prazo. Não se trata de venda a crédito, por isso que a assinatura do portador na nota de venda implica a atribuição a esta da condição de um título *pro soluto* em relação a quem a firmou. Nasce, porém, para o vendedor o correspondente crédito contra o emissor, que passa, assim, a ser o devedor, justamente porque assume a dívida. Não há propriamente cessão de crédito. O emissor, pagando dívida do portador do cartão como *terceiro* interessado, subroga-se nos direitos do credor, isto é, do vendedor, agindo em nome próprio. Na prática, o emissor debita a fatura na conta aberta para o titular do cartão, reembolsando-se por esse modo. O vendedor não pode recusar o pagamento com o cartão, sob pena de desfiliação.

Na terceira fase, a relação jurídica constitui-se entre o emissor e o utente do cartão. Nos cartões de crédito emitidos por bancos, uma conta é aberta em favor dos seus titulares para liquidação dos débitos que forem

contraindo, ou a cobrança é feita mediante a apresentação das respectivas contas ao devedor. A concorrência entre os emissores de cartões de crédito tem levado alguns a oferecer a vantagem de dividir em prestações o pagamento do saldo devedor mensal. Trata-se, neste caso, de um crédito rotativo.

Dos cartões de crédito propriamente ditos distinguem-se os *cartões de credenciamento (retail cards)*. Tais cartões destinam-se, fundamentalmente, a comprovar que o portador tem crédito na loja que os emitem, podendo comprar a prazo, à prestação, ou com pagamento em cheque. Sua *utilização* não levanta problemas jurídicos particulares, eis que apenas facilita as vendas a crédito na mesma loja ou estabelecimento.

395. Outros contratos. Por sua prática usual nas grandes cidades justificam breve registro os seguintes contratos:

- a) de estacionamento;
- b) de assistência médico-hospitalar;
- c) de cessão de atleta profissional.

O contrato de estacionamento de automóvel em garagem coletiva tornou-se freqüente nas zonas comerciais de grande concentração das metrópoles, quer pela construção de edifícios-garagens, quer pela ocupação do espaço em terreno baldio.

Trata-se de um *contrato misto* que reúne, por sua *causa*, prestações próprias da *locação de coisa*, de *depósito* e da *prestação de serviços*, eis que, com esse negócio jurídico, o dono do automóvel paga certa importância para estacioná-lo num edifício-garagem em que tem um *box* para esse fim, ou num espaço aberto no qual reservou a área necessária à guarda do veículo com exclusividade, ou, ainda, o deposita numa garagem de uso comum, sem vaga exclusiva, para que ali permaneça pelo tempo necessário à sua dispensa.

São *partes* nesse contrato misto uma pessoa que explora o negócio, exercendo profissionalmente a atividade econômica, e, do outro lado, o proprietário do veículo. Seu *objeto* é o uso da garagem como depositário do carro. Ao dono do local para estacionamento compete guardar o automóvel, como depositário, contra uma prestação pecuniária, mensal ou proporcional ao tempo da custódia. À outra parte cabe pagá-la. No estacionamento em edifício-garagem, não há locação de coisa por isso que cada possuidor do veículo é dono de um *box* para a sua guarda. O edifício funciona à moda de um prédio de apartamentos, pagando cada qual uma quota como taxa de condomínio, mas há uma responsabilidade solidária dos condôminos e do administrador do edifício, se é terceiro.

Quanto à *responsabilidade* civil de quem explora comercialmente o negócio de guarda de veículos é indiscutível nos casos de furto e de estragos. Não é, afinal, senão para prevenir os riscos pagos com o serviço adicional de guarda. Quem permite estacionamento em terreno seu, sem contraprestação, ainda assim responde pelas perdas e danos como depositário civil.

O aluguel de vagas nas ruas pelo ente público competente não deixa de ter natureza contratual, mas não é um contrato misto porquanto não há depósito nem prestação de serviços. A rigor nem locação é porque as ruas e avenidas são bens públicos de uso comum. Trata-se de simples permissão onerosa.

O *contrato de assistência médico-hospitalar* é o instrumento jurídico utilizado para funcionar como *seguro-saúde*, na área da previdência privada. Visando ao reembolso de despesas de assistência médica e hospitalar, ou somente de uma dessas prestações, é um *seguro* individual submetido a condições gerais impressas no verso da apólice. O segurado obriga-se ao pagamento dos prêmios mensais, na data dos vencimentos. As *mensalidades* podem ser reajustadas [dentro de determinados períodos fixados em lei], se houver aumento das despesas médico-hospitalares ou mudança de faixa etária do segurado. A assistência médico-hospitalar é devida nas eventualidades discriminadas no instrumento do contrato e consiste no pagamento direto ou no reembolso das despesas com esses serviços. Quanto aos honorários médicos, são também reembolsados na medida estabelecida no contrato e, se forem superiores aos de reembolso, a diferença correrá por conta do segurado. Tanto o médico como o hospital são de livre escolha do segurado.

O *seguro-saúde* é um contrato por tempo determinado, geralmente um ano, automaticamente renovável por igual período, e transmissível *mortis causa*. O atraso no pagamento das mensalidades por mais de certo tempo determina a rescisão do contrato.

A *assistência médico-hospitalar* prestada sob essa forma não se confunde com as operações da previdência privada realizadas por entidades abertas, nem com os benefícios da *previdência social*. Aqui o contrato é sempre de seguro, mas varia conforme os planos adotados pelas seguradoras.

O contrato pelo qual um clube cede a outro o passe de seu jogador profissional de futebol é interessante porque está regulado em lei especial³⁵ e por disposições daquele *direito dos particulares* muito bem exposto na monografia de Cesarini Sforza,³⁶ mas não passa, no fundo, de uma espécie da *cessão de posição contratual*.

Por esse negócio jurídico de direito esportivo um jogador profissional de futebol é cedido por um clube a outro, com a sua aquiescência, mediante o recebimento de certa importância, se é dono do seu passe. Entendem alguns autores que é necessário da parte do clube cedente uma declaração antecipada da dissolução do vínculo que o prende ao atleta, sob a condição suspensiva da manifestação favorável da vontade deste, ou a promessa de que ele concordará. Mas, como observa Piraino Leto³⁷ esta particularidade não salienta que a substância do fenômeno é a transferência de determinada *posição contratual*. Trata-se de uma *cessão de contrato* pela qual o clube cessionário passa a ter direito à prestação de serviço do jogador transferido, assumindo as obrigações correlatas. Lado ativo e lado passivo da relação jurídica passam a ser representados por outras partes, considerado o novo sinalagma.

A transferência do passe pode ocorrer também quando o atleta é amador, se bem que em moldes diferentes pela exclusiva aplicação do direito comum.

Na cessão do contrato de atleta profissional rege lei especial³⁸ e tem aplicação as deliberações do órgão dirigente dos desportos nacionais.

¹ [Art. 66-B, § 3º, da Lei nº 4.728/65].

² Lei nº 4.728, de 14.07.65, Seção XIV, art. 66.

³ Decreto-Lei nº 911, de 11.10.69.

⁴ [Art. 1.361 do Código Civil].

⁵ [Em sua monografia sobre o tema, alerta Orlando Gomes para o fato de que a tipificação legal da alienação fiduciária em garantia, com a adoção do mecanismo da propriedade resolúvel, faz com que o fator confiança (fidúcia) desapareça de cena, desfigurando consideravelmente o negócio fiduciário, que tem na confiança um de seus elementos essenciais (Alienação fiduciária em garantia, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, pp. 39 e 40)].

⁶ [Lei nº 9.514/97].

⁷ [Art. 1.361 do Código Civil].

⁸ [Art. 1.364 do Código Civil].

⁹ [Art. 1.365 do Código Civil].

¹⁰ [Arts. 1.367 e 1.425 do Código Civil].

¹¹ [Arts. 3º, 4º, 5º e 8º-A do Decreto-Lei nº 911/69].

¹² [Art. 3º do Decreto-Lei nº 911/69].

¹³ [Art. 4º do Decreto-Lei nº 911/69].

¹⁴ [Art. 5º do Decreto-Lei nº 911/69].

¹⁵ A alienação fiduciária provocou alguns estudos na doutrina brasileira. Além da monografia do autor, em 4ª edição, consultam-se com proveito as obras de Opitz, Forster e Restiffe Neto.

¹⁶ A Lei nº 6.099/74, que lhe deu tratamento tributário, assim o denominou; e a Lei nº 7.132/83, que a modificou, conservou esse nome característico. V. Resolução do Banco Central [nº 980/84].

¹⁷ Ferrarini, in *Trattato di Diritto Privato* sob a direção de P. Rescigno, 11, p. 7.

¹⁸ Hérmard, in *Nouvelles Techniques Contractuelles, Travaux de la Faculté de Droit de Montpellier*.

¹⁹ A Resolução nº [980 [do Banco Central enuncia as especificações que devem constar do contrato.

²⁰ Fran Martins, *Contratos e Obrigações Comerciais*, p. 559.

²¹ *Direito das Obrigações*, p. 360.

²² Na 10ª edição de sua obra sobre o *Direito das Obrigações*, pp. 356 e segs.

²³ [Art. 15, § 1º, d, da Lei nº 9.249/95].

²⁴ Há outras modalidades menos importantes como o *non notification factoring* e a *cessão pro solvendo*.

²⁵ Fran Martins, ob. cit., p. 563. Fábio Konder Comparato, *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, pp. 346 e segs.

²⁶ [Vide Recurso Especial nº 489.658-RS, de 05/05/05].

²⁷ Fábio Konder Comparato, *O Seguro de Crédito*, p. 98.

²⁸ [Lei nº 6.704/79 e Decreto nº 3.937/2001].

²⁹ *In Computer and the Law*, p. 119.

- Guido Alpa, “I Contratti di Utilizzazione del Computer”, in *Trattato di Diritto Privato*, sob a direção de Pietro Rescigno, 11, p. 106.
- ³⁰ 11, p. 106.
- ³¹ Guido Alpa, *trab. cit.*, p. 107.
- ³² Orlando Gomes *et alii*, *A Proteção do “Software”*.
- ³³ M. Grigoli, “Il Contratto di Viaggio”, in *Trattato di Diritto Privato*, sob a direção de Rescigno, 11, p. 807.
- ³⁴ Fran Martins, *Cartões de Crédito – Contratos e Obrigações Comerciais*, Cap. XXXIV.
- ³⁵ [Lei n° 9.615/98].
- ³⁶ *Il Diritto dei Privati*.
- ³⁷ *Contratti Atipici e Innominati*, p. 223.
- ³⁸ [Lei n° 9.615/98].

BIBLIOGRAFIA

- AEBY, Frédéric. *La propriété des appartements*, 1ª ed., Bruxelles: Émile Bruylan, 1960.
- ALLARA, Mario. *La teoria generale del contratto*, 2ª ed., Torino: Giappichlli, 1955.
- ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda. *Obrigações*, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, s.d.
- ALPA, Guido. *I Contratti di utilizzazione del computer*, 1ª ed., Milano: Giuffrè, 1984.
- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Aspectos da evolução da teoria dos contratos*, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1949.
- _____. *Transmissão, domínio e promessa de compra e venda de imóveis*, 1ª ed., Belo Horizonte: Typ. da Faculdade de Direito da Universidade, 1954.
- ANDREOLI, M. *La lesión del contrato*, 1ª ed., Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.
- ANDUIZA, Justo de. *La venta aplazos com reserva de dominio*, 1ª ed., Madrid: Espaso-Calpe, 1934.
- ASCARELLI, Tulio. *Teoria geral dos títulos de crédito*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1969.
- AZEVEDO, Álvaro Vilacer. *Contratos inominados ou atípicos*, 2ª ed., Belém: CEGUP, 1948.
- BALDI, Roberto. *Il contratto di agenzia*, 1ª ed., Milano: Giuffrè, 1971.
- BARBERO, Dominico. *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, 4ª ed., Torino: Torinese, 1955, v. 2.
- BARCELONA, Pietro. *Diritto privato e processo economico*, Napoli: Jovane, 1973.
- _____. *Intervento statale e autonomia privata*, Barcelona: Milano, 1969.
- BATALHA, Wilson de S. Campos. *Loteamento e condomínios; sistema jurídico de propriedades financiadas*, 1ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1953.
- _____. *Loteamentos e condomínios*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, t. II.
- BETTI, Emílio. *Teoria general del negocio jurídico*, 1ª ed., Madrid: Revista de Derecho Privado.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil comentado*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1944.
- BIANCA, C. Massino. *La condizioni generali di contratto*, Milano: Giuffrè, 1979.
- BORSOI, Umberto. *Trattato di diritto del lavoro*, 1ª ed., Padova: CEDAM, s.d.
- BUISSON, Bernard. *Étude sur le contrat de concession exclusive*, 1ª ed., Paris: Sirey, 1968.
- CAPITANT, Henri. *Vocabulaire juridique*, 1ª ed., Paris: Universitaires de França, 1936.
- CARDONE, Marly Antonieta. *Viajantes e praticistas no direito do trabalho*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1976.
- CARLO, Antonio. *Il contratto plurilaterale associativo*, 1ª ed., Napoli: Eugenio Govane, 1967.
- CARRARA, Giovanni. *La formazione del contratto*, 1ª ed., Milano: Francesco Vallardi, 1915.
- CASTELLAZZO, Carlo Toscer di. *L'offerta al pubblico; contributo alla teoria del offerta contrattuale*, 1ª ed., Itália: Torino Fratelli, 1903.
- CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967.
- COLIN, Ambroise. *Cours élémentaire de droit français*, 5ª ed., Paris: Dalloz, 1928.
- COLIN, Ambroise; CAPITAN, H. *Cours élémentaire de droit civil français*, 4ª ed., Paris: Dalloz, 1923.
- COMPAGNA, Lorenzo. *I negozi di attuazione e la manifestazione delle intento negoziale*, 1ª ed., Milano: Giuffrè, 1958.
- DANZ, E. *La interpretacion de los negocios juridicos (contratos, testamentos etc.)*, Madrid: Lib. Victorino Suarez, 1926.
- DEGNI, Francisco. *La compra-venta*, 1ª ed., Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957.
- DEKKERS, René. *Précis de droit civil belge*, 1ª ed., Bruxelles: Émile Bruylan, 1995.

- DEMOGUE, René. *Traité des obligations en general*, Paris: Rousseau, 1933.
- DOSSETTO, Mario. *Le condizioni generali di contratti*, 1ª ed., Padova: CEDAM, 1951.
- DUBIN, Jean. *La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé*, 1ª ed., Bruxelles: Émile Bruylant, 1935.
- DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho publico*, 2ª ed., Madrid: Francisco Beltran, 1926.
- ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil*, 1ª ed., Barcelona: Bosch, 1951.
- _____. KIPP, Theodoro; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*, 1ª ed., Barcelona: Bosch, 1951.
- ESPINOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1953.
- FERRARA, Francisco. *Scritti giuridice*, 1ª ed., Milano: Giuffrè, 1954.
- FERRARA, Luigi Cariotta. *El negocio jurídico*, 1ª ed., Madrid: Aguilar, 1956.
- FERREIRA, Waldemar Martins. *O loteamento e a venda de terrenos em prestação: Decreto n° 3.079, de 15.II.1938*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.
- FERRI, Giuseppe. *I titoli di credito*, 1ª ed., Torino: Torinese, 1950.
- FERRI, Luigi. *Lezioni sul contratto*, 1ª ed., Bologna: Petron, 1975.
- FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.
- FORSTER, Nestor José. *Alienação fiduciária em garantia*, 1ª ed., Porto Alegre: Sulina, 1970.
- FRANCES, Pedro Arruda. *Contratos atípicos: legislação, doutrina e jurisprudência*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Considerações das leis civis*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Laemmerti, 1867.
- GARCIA, Amige. *Condiciones de los contratos*, 1ª ed., Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.
- GASTALDI, José Maria. *El contrato de concesión privada*, 1ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1974.
- GIORDANO, Alessandro. *I contratti per adesione*, 1ª ed., Milano: Giuffrè, 1951.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *De compra e venda no direito comercial português*, 2ª ed., Coimbra: Ed. Coimbra, 1924.
- GORLA, Gino. *Il contratto problemi fondamentali*, 1ª ed., Milano: Giuffrè, 1954.
- GRASSETTI, Cesare. *Rilevanza dell'intento giuridico em caso do di divergenza dall'intento empírico*, Milano: Giuffrè, 1936.
- GUEIROS, Nehemias. *A justiça comutativa no direito das obrigações*, Recife: Jornal do Commercio, 1940.
- GUIMARÃES, Luiz Machado. *Comentários ao código de processo civil*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1941.
- KARL, Larenz. *Base del negocio jurídico y compliment de los contratos*, 1ª ed., Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.
- KROTOSCHIN, Ernesto. *Instituciones de derecho del trabajo*, 1ª ed., Buenos Aires: Delmar, 1948, t. I.
- LA CUERVA, Mário de. *Derecho mexicano del trabajo*, 1ª ed., México: Porruá, 1938.
- LA GRESSAJE, Jean Brethe de; LABORDE-LACOSTE, Marcel. *Introduction á l'étude du droit*, 1ª ed., Paris: Sirey, 1947.
- LETO, Angelo Piraino. *I contratti atipici e inominati*, 1ª ed., Torino: Torinese, 1974.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.
- _____. *Execuções substanciais: Execução de contrato não cumprido*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950.
- _____. *Tratado dos registros públicos*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.
- MAIA, Paulo Carneiro. *Da cláusula Rebus sic stantibus*, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1959.
- MAIORCA, Sergio. *Il contratto: profili della disciplina generale*, Torino: G. Giappichelli, 1981.
- MARTINS, Fran. *Cartas de crédito; na natureza jurídica*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- _____. *Contratos e obrigações comerciais*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*, 3ª ed., Milano: Giuffrè, 1948.
- _____. *Manuale diritto civile e commerciale*, 7ª ed., Milano: Giuffrè, 1947.
- MIRABELLI, Giuseppe. *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli: Eugenio Jovane, 1955.
- _____. *La rescissione del contratto*, 23ª ed., Napoli: Eugenio Jovane, 1962.

- MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, v. 7.
- MORAES, Walter. *Posição sistemática de direito dos artistas intérpretes e executantes*, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- MORIN, Gaston. *La loi et contrat; la déceissance de leur souveraineté*, Paris: Félix Alcan, 1927.
- MOSCO, Luigi. *Principi sulla interpretazioni dei negozio giuridici*, Napoli: Eugenio Jovane, 1952.
- OLIVEIRA, Abgar Soriano de. *Dei cláusula rebus sic stantibus*, 1ª ed., Recife: Diário da Manhã, 1940.
- OPITZ, Oswaldo. *Alienação fiduciária em garantia*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- PACCHIONI, Giovanni. *I quase contratti e l'azione di arricchimento*, 1ª ed., Padova: CEDAM, 1935.
- PAGE, Henri. *Traité elementari de droit Belge*, Bruxelles: Emile Bruylan, 1941.
- PASSARELLI, Francisco Santoro. *Liberta e autorita civile*, 1ª ed., Padova: Cedam, 1977.
- PEREGO, Enrigo. *I vincoli preliminari e il contratto*, 1ª ed., Milano: Giuffrè, 1974.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações imobiliárias*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- _____. *Instituições de direito civil*, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. 3.
- PIERRE-FRANÇAIS, Georges L. *La notion de dette de valeur*, Paris: Pichon et Durand-Auzias, 1975.
- PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil français*, 4ª ed., Paris: Chevalier Marescq, 1906.
- PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*, 1ª ed., Paris: Chevalier, 1930.
- QUEIROZ, Nehemias. *A justiça cumulativa no direito das obrigações*, 1ª ed., Recife: Jornal do Commercio, 1940.
- RÁO, Vicente. *Ato jurídico*, 1ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1961.
- RAYMOND, Saleilles. *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après de premier projet de code pour l'empire alleman*, 3ª ed., Paris: Chevalier, 1925.
- REQUIÃO, Rubens. *Do representante comercial*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*, 5ª ed., Napoli: Eugenio Jovane, 1974.
- RESTIFFE NETO, Paulo. *Garantia fiduciária; direito e ação*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- RETAIL, L. *Les letres de sociétés et leur evolution*, 1ª ed., Paris: Sirey, 1961.
- RIEG, Alfred. *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil*, 1ª ed., Paris: R. Pichon et R. Durand Auzias, 1961.
- RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1937.
- RODATÁ, Stefano. *La fonte de integrazione del contratto*, 1ª ed., Milano: Giuffrè, 1970.
- ROMANO, Sartori. *Frammenti di un dizionário giurídico*, Itália: A. Giuffrè, 1953.
- ROPPO, Enzo. *Il contratto*, 1ª ed., Bologna: Molino, 1977.
- RUGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1971.
- SANTORO-PASSARELLI, Francisco. *Dottrine – generali del diritto civile*, 6ª ed., Napoli: Eugenio Jovane, 1959.
- _____. *Teoria geral do direito civil*, 1ª ed., Coimbra: Coimbra, 1967.
- SANTOS, Frutuoso. *Contrato de promessa de compra e venda de imóveis não loteados*, 13ª ed., Rio de Janeiro: Casa do Estudante do Brasil, 1951.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1924, t. I.
- _____. *Teoria geral do direito civil*, Coimbra: Coimbra, 1967.
- SAVIGNY, M. F. C. de. *Traité de droit romain*, 13ª ed., Paris: Firmin Didot Frères.
- _____. *Sistema del derecho romano actual*, 23ª ed., Madrid: Góngorra, s.d.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contratti in generale*, 1ª ed., Milano: Francesco Villardi, s.d.
- SERNA, Jean-Christian. *Le refus de contracter*, Paris: Pichon, 1967.
- SPATA, Alberto G. *Tratado de locación de obra*, 2ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1952, v. 1.
- TAMBURRINO, Giuseppe. *I vincoli uniterali nella formazzone progressiva del contratio*, Milano: Giuffrè, 1954.
- TELLES, Inocêncio Galvão. *Dos contratos em geral*, Lisboa: Coimbra, 1947.
- TORRES, Magarino. *Nota promissória*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1943.
- TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*, 5ª ed., Padova: CEDAM, 1966.
- TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*, 1ª ed., Milano: Giuffrè, 1973.
- VARELA, João de Matos. *Contrato misto*, 1ª ed., Navarra: Pamplona, s.d.

_____. *Das obrigações em geral*, 1ª ed., Coimbra: Almedina, 1970.

VIEIRA NETTO. *O risco da imprevisão; Duas tendências no âmbito da responsabilidade civil*, Curitiba: Litero-Técnica, 1956.

WETTER, P. Van. *Obligations en droit romain*, 1ª ed., Paris: A. Durand et Pedone Laurie, 1884.