
DIREITO DOS CONTRATOS

AUTOR: JOSÉ GUILHERME VASI WERNER

Sumário

Direito dos Contratos

I – RESUMO DOS TEMAS	4
<i>Introdução</i>	4
<i>O papel da vontade na teoria geral dos contratos</i>	6
<i>Princípios da teoria geral dos contratos</i>	10
<i>A função social dos contratos</i>	17
<i>Pressupostos e requisitos</i>	19
<i>Formação dos contratos</i>	23
<i>Forma e prova do contrato</i>	31
<i>Interpretação dos contratos</i>	32
<i>Classificação dos contratos</i>	34
11) <i>Contratos de consumo</i>	45
<i>Efeitos dos contratos</i>	45
<i>Estipulação em favor de terceiro</i>	48
<i>Exceção de contrato não cumprido</i>	50
<i>Cláusula resolutiva tácita</i>	53
<i>Arras ou sinal (arts. 417 A 420 do código civil)</i>	55
<i>Arras penitenciais</i>	58
<i>Vícios redibitórios</i>	61
<i>Evicção</i>	66
<i>Inviabilidade dos contratos</i>	68
<i>Inviabilidade por causas anteriores ou concomitantes</i>	69
<i>Histórico</i>	70
<i>Do conceito da lesão antes e depois do novo código civil</i>	75
<i>Introdução</i>	75
<i>Tarifação</i>	80
<i>Natureza</i>	81
<i>Efeitos</i>	86
<i>Momento da aferição</i>	88
<i>Aplicação</i>	88
<i>Lesão no código de defesa do consumidor</i>	89
3) <i>Estado de perigo</i>	90
<i>Inviabilidade por causas supervenientes</i>	91
1) <i>Impossibilidade</i>	91
2) <i>Onerosidade excessiva</i>	92
3) <i>Impossibilidade com culpa: inadimplemento/ inexecução/ falta de cumprimento culposo</i>	95
4) <i>Vontade</i>	100
<i>Doação</i>	101
<i>Empréstimo</i>	107
<i>Mútuo (mutuante e mutuário)</i>	110
<i>Depósito</i>	118
<i>Mandato</i>	133
<i>Fiança</i>	151
<i>Compra e venda</i>	158
<i>Pactos adjetos à compra e venda</i>	168
2) <i>Venda a contento</i>	171
3) <i>Preempção ou preferência</i>	173
4) <i>Pacto comissório</i>	173
<i>Promessa de compra e venda (compromisso de compra e venda)</i>	174
<i>Promessa de compra e venda</i>	174
<i>Compromisso de compra e venda</i>	176
<i>Contrato preliminar</i>	179
<i>Troca</i>	182
<i>Locação</i>	182
<i>Locação de coisas</i>	183

<i>Locação de imóveis urbanos (lei 8245/91)</i>	189
<i>Prestação de serviço</i>	192
<i>Empreitada (empreiteiro e dono da obra)</i>	196
<i>Seguro</i>	203
BIBLIOGRAFIA BÁSICA E COMPLEMENTAR	224



I – RESUMO DOS TEMAS

INTRODUÇÃO

Antes de iniciarmos o estudo dos contratos, é interessante que nos indagemos acerca da noção que originariamente temos do termo contrato. Sobre o que pensamos quando falamos de contrato?

Podemos pensar: (i) no papel, no conjunto de disposições, de cláusulas ou artigos escritos; (ii) na combinação, no acerto, na negociação para regular interesses comuns através da criação de direitos e obrigações; ou (iii) na relação, no relacionamento entre as partes que surge dessa combinação.

Devemos deixar claro que o contrato não pode ser associado àquela primeira impressão. O escrito, o papel, quando muito é instrumento do contrato, ou seja, tão somente uma das formas pela qual a vontade das partes se materializou, se exteriorizou. Um contrato pode mesmo ser verbal, sem que a ele esteja associado qualquer instrumento.

O contrato é, na verdade, acordo, consenso. Na idéia canônica: “*contractus est duorum vel plurium in idem placitum consensus*” (é o consentimento de dois ou mais no mesmo lugar; vontades que se encontram).

Mas não se pode deixar de reconhecer que esse acordo, esse consenso, gera uma série de obrigações e direitos entre aqueles que o celebram e daí também se falar em contrato como toda a relação, como o conjunto de relações jurídicas que deriva do consenso.

Aliás, Judith Martins-Costa menciona que para os romanos, o contrato “*era visualizado como um vínculo objetivo, mais propriamente servindo para designar as conseqüências do acordo, vale dizer, a vinculação obrigacional daí decorrente, e não como a manifestação de vontades opostas e convergentes ou a expressão da liberdade e autodeterminação individual: nada mais distante, portanto, da concepção subjetiva ou voluntarista acolhida no primeiro código moderno, o Code Napoléon, ao qual subjazia o brocardo ‘qui dit contractuel dit juste’, com a força de uma verdade indiscutível, colocado aí, em primeiro plano, o aspecto subjetivo do indivíduo*” (*Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro*, Revista Direito do Consumidor, Ed. RT, v. 3, p.127-154).

Acordo, encontro de vontades, consentimento, consenso.

Vontade: essa é em verdade uma palavra chave no entendimento da teoria dos contratos.

Por que esse destaque dado à vontade? Por que o contrato é entendido como encontro de vontades? O que faz essa vontade (ou vontades)? Qual o papel que ela desempenha?



Na verdade, a vontade tem papel relevante na teoria contratual pois a ela é reconhecido o poder de criação, modificação e extinção de relações jurídicas/direitos.

Essa idéia foi consolidada por volta dos séculos XVII e XVIII, quando se formulou a teoria tradicional dos contratos¹, influenciada essa formulação por idéias filosóficas prevalentes na época que consideravam a vontade do indivíduo como o motor do mundo.

E se vontade é a vontade do indivíduo, a ele se permite a autorregulação de interesses. Se pela sua vontade o indivíduo pode criar, modificar e extinguir relações jurídicas é porque a ele é dada certa autonomia no âmbito do ordenamento jurídico.

E para continuar o estudo dos contratos é preciso que dominemos a noção de autonomia privada ou autonomia da vontade como ainda preferem alguns.

Segundo Orlando Gomes, a autonomia privada é a “*esfera de liberdade da pessoa que lhe é reservada para o exercício dos direitos e a formação das relações jurídicas do seu interesse ou conveniência*”.

É o reconhecimento do poder da vontade para o uso, gozo e disposição dos direitos (exercício dos direitos) e para a criação, modificação ou extinção das relações jurídicas.

É, em suma, o poder de autodeterminação de uma pessoa.

Autonomia = auto (próprio) + nomos (norma/regra) = autorregulação

Eu estou dizendo isso porque não só aos fatos que encontram previsão expressa no ordenamento é reconhecida a função de geradores desses efeitos.

Toda e qualquer ordem jurídica, de qualquer país que seja, em maior ou menor grau, concede a seus súditos um espaço livre de imposições, de normas imperativas, em que é reconhecida (e portanto tutelada) a possibilidade ou o poder do indivíduo para gerar efeitos específicos por meio de determinados atos.

Lembrem-se da distinção entre normas imperativas de conduta, que obriguem a determinado comportamento (*jus cogens* — imperativas e proibitivas), e as normas dispositivas, que deixam à vontade da parte a possibilidade ou não de sua aplicação (*jus dispositivum*).

As relações humanas não vêm com programação fornecida pela norma jurídica.

Os homens não podem ter toda sua vida regulada pelo Direito, o que nem mesmo se mostraria possível.

Há um campo aberto para que eles possam agir da forma que melhor lhes aprouver.

¹ Renato José de Moraes (“Cláusula Rebus Sic Stantibus”, p. 2) chama a atenção para a impropriedade na referência geralmente feita a essa teoria como “teoria clássica dos contratos” pelo fato de ter se desenvolvido na Idade Moderna e não na Antiguidade Clássica.



E é nesse campo que vivem os negócios jurídicos, nos quais se insere o contrato.

Segundo Orlando Gomes, o “*negócio jurídico é o instrumento próprio de circulação dos direitos, isto é, de modificação intencional das relações jurídicas*”.

E ele quer dizer com isso que é através do negócio jurídico que os homens vão movimentar seus direitos, adquirindo-os, desfazendo-se deles e transferindo-os para outros. Não fosse pelo negócio jurídico, os homens só poderiam fazer aquilo que estivesse previsto na lei, aquilo cujos efeitos já estariam previstos na lei, sendo quase como autômatos.

Orlando Gomes ainda diz: “*se a autonomia privada é o poder de autodeterminação, o negócio jurídico é o instrumento através do qual o poder de autodeterminação se concretiza*”.

Poderíamos dizer que o negócio jurídico é o instrumento para a autorregulamentação dos interesses privados.

O contrato nada mais é que um negócio jurídico (bilateral sempre) e que, por isso, é um instrumento através do qual os indivíduos podem fazer expressar suas vontades e determinar os efeitos que querem produzir, ou seja, determinar qual a criação, modificação ou extinção de relações jurídicas que desejam.

E é a vontade (do indivíduo) que, em última análise, gera esses efeitos.

O contrato é fonte de obrigações. A geração de obrigações é a principal função reconhecida no contrato e, por isso, ele se situa dentre as fontes das obrigações no sistema dos Códigos.

E é a vontade que gera essas obrigações.

Hoje em dia é até intuitivo que liguemos o contrato ao consenso.

Mas nem sempre foi assim.

O PAPEL DA VONTADE NA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

Papel Inexistente ou Secundário:

Na época de Roma, o papel da vontade era inexistente, pelo menos secundário. Era o vínculo entre duas pessoas que gerava obrigações, não a vontade em si.

Os romanos tinham um grande senso de comunidade, arraigado desde os primórdios de sua história na luta contra os demais povos do lácio e da península dos apeninos. Por isso, entendiam que a validade dos atos da cidadania dependia da publicidade, do conhecimento geral. Era essa publicidade que legitimava o status do cidadão, do pai de família, do proprietário, do credor.



Assim, pouco importava a vontade das partes em um negócio qualquer, mas a ritualidade de sua consagração, de sua exteriorização pública. Esta, sim, era vista como a matriz dos efeitos e a causa do vínculo que se formava. A solenidade tinha suma importância.

Os romanos não admitiam que o mero consenso pudesse alterar uma situação jurídica, enfim, que pudesse criar, modificar ou extinguir direitos. Para tanto, o Direito de Roma só admitia uma solenidade pública e presenciada por todos os membros da cidade, como uma troca de símbolos (no inglês: “tokens”), uma entrega ou um pacto de sangue.

Mesmo o empréstimo, o mútuo, não era visto como uma consequência da vontade. O que prevalecia, na figura que se chamou de *nexum*, era a vinculação que surgia entre aquele que emprestava e aquele que tomava o empréstimo, um verdadeiro liame de natureza pessoal que colocava o devedor, seu corpo e sua liberdade, à mercê do credor.

Essa idéia de certa forma se confirma na constatação de que os romanos, embora tenham elaborado a primorosa obra técnica que foi a teoria das obrigações, pouco tenham se importado com as suas fontes.

Existia ainda a figura da *sponsio* que consistia em um juramento perante os símbolos da religião da cidade, as divindades, de realização de um benefício em favor de alguém. Sua quebra, porém, não tinha consequências jurídicas, apenas religiosas. Da *sponsio* nascia vínculo entre o prestador do juramento e a divindade. O beneficiário não tinha como fazê-la cumprir. Dela, contudo, posteriormente derivou a *stipulatio* em que já se admitia a ação do credor pela quebra do juramento.

Desenvolvimento da Importância:

Somente com o desenvolvimento da cidade e das transações comerciais, sempre avessas aos formalismos, é que surgiram quatro figuras que obrigavam por si sós, independentemente de solenidade: eram a venda, a locação, a sociedade e o mandato. Eram chamadas de *pacta*. Os demais contratos ainda exigiam as solenidades.

De todo modo, essa foi a primeira brecha que se abriu no formalismo dos contratos, o que permitiu que os canonistas, que eram os intérpretes e elaboradores dos cânones do Direito da Igreja (Direito Canônico) passassem a entender, sob a inspiração da idéia espiritualista cristã, que a quebra de um compromisso firmado era um atentado à verdade, era um pecado, uma mentira, uma fraude.

A própria palavra, o assentimento dado, por isso, passava a ter, por si só, força vinculante, contribuindo para que se afastasse a importância das formalidades.



Segundo se infere de Ripert, contudo, a evolução do Direito Canônico não levaria ao absolutismo da vontade que caracterizou a teoria clássica dos contratos. A aplicação da ética cristã aos preceitos da lei talvez não permitisse as aberrações que se verificaram no auge do primado liberal.

A revitalização do direito romano na idade média tardia, com os glosadores e comentadores, de certa forma interrompeu o processo de moralização do direito e ensejou o retorno da técnica estrita:

“Peut-être même, si l’on faisait une compte exact de ce que nous devons sur ce point au droit romain, faudrait-il, tout en reconnaissant les services que nous a rendu sa savante technique, lui imputer une conception trop rigide de la théorie de l’obligation. Il est possible que la renaissance romaine ait arrêté les canonistes dans l’élaboration d’une conception plus souple du contrat et de la responsabilité civile” (Geoges Ripert, *La Règle Morale Dans les Obligations Civiles*, LGDJ, 1949, p.33).

E a importância do simples compromisso, do mero consenso na geração dos efeitos obrigacionais ganhou força com o advento do humanismo e do renascimento (e em boa parte da reforma e de seu contrapeso, a contrarreforma), na medida em que promoveram o indivíduo, ressaltando seu papel no mundo.

De acordo com o ideal humanista, nada poderia derivar senão do homem, senão do indivíduo e, portanto, sua vontade individual, seu livre arbítrio, era o motor do mundo. Nada estaria legitimado se não contasse com seu aval. E ao indivíduo foi dada a supremacia no ordenamento das coisas, que ele comandava a partir de sua vontade, abrindo espaço para a propagação do consensualismo (*“solu consensus obligat”*). Ressuscitou-se o lema de Protágoras: *“o homem é a medida de todas as coisas”*.

E isso é até compreensível quando se toma tais movimentos como parte de uma reação (em típica visão dialética), tendo em conta que na Idade Média a sociedade era dividida em grupos, em castas (guildas, mercadores, corporações de ofícios, nobreza, vassalos, Igreja) e somente eles tinham importância. Somente aos grupos era dada consideração. Fora deles, o indivíduo não era nada.

R.C. van Caenegem resume bem as principais causas da crítica ao antigo regime, colocando em destaque essas desigualdades: *“em primeiro lugar, na desigualdade diante da lei, que era mantida pelo sistema político dos “Estados” com seus privilégios fiscais para as ordens da nobreza e do clero e o acesso limitado ao cargo público”* (Uma Introdução Histórica ao Direito Privado; 2 ed.; Martins Fontes: São Paulo; 2000, p.162).



Elevação a Dogma:

E de fato o antigo regime acabou caindo por completo com a Revolução Francesa de 1789, que bem representa sua deposição. Se o renascimento, o humanismo e a reforma foram a reação à Idade Média no campo das artes e do pensamento, a Revolução Francesa o foi no campo político-institucional. Foi a aplicação prática da supremacia individual sobre as antigas instituições corporativas, ainda que capitaneada por uma peculiar parcela de cidadãos: a burguesia. Como se dá com toda reação vitoriosa, o indivíduo, que passou a ser então a única medida do mundo, foi considerado acima de tudo e de todos os grupos. Só ele agora importava. Tudo deveria nele se legitimar. E em sua vontade. Os contratos não precisavam de mais nada para criar efeitos, para criar obrigações. Bastava a vontade, o consenso de dois indivíduos.

Note-se que tudo passou a se explicar com base na vontade, até as organizações sociais (os Estados e os governos somente se constituíam por força da vontade de seus súditos, melhor dizendo, através do consenso de seus súditos: e a noção moderna de contrato, de tão natural que passou a ser considerada passou para além do Direito; e se falou em “contrato social”).

“La doctrine de droit naturel enseignât la supériorité du contrat en fondant la société même sur le contrat” (Georges Ripert, *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, LGJD, 1949, p.37).

E a legitimação da vontade, do consenso, enfim, do contrato, como fonte de obrigações, se tornou plena no momento em que os indivíduos passaram a ser tomados por iguais. E iguais não só em sua condição, mas em sua liberdade.

Todos sabem que a Revolução Francesa foi o marco da superação política do Antigo Regime que ainda dividia a sociedade em estratos, com privilégios para alguns grupos e a discriminação de outros. A Revolução foi a reação da burguesia à perpetuação dessa condição medieval nas instituições políticas (*“pas des différences”*, *“pas des privilèges”*) e suas conseqüências mais imediatas foram o fim das diferenças, a garantia da igualdade de tratamento a todos os indivíduos (*“égalité”*) e o levantamento das restrições impostas aos cidadãos comuns (*“liberté”*). Não é à toa que liberdade e igualdade tenham sido os dois primeiros brados do lema revolucionário.

Foi precisamente a partir desse ponto, assegurada a liberdade para a realização dos interesses econômicos da burguesia, aliada à igualdade presumida de condições entre os indivíduos, que pode florescer a idéia, transformada em dogma, da autonomia da vontade, ou seja, o dogma da liberdade incondicionada do indivíduo para situar-se como bem lhe aprouvesse perante o mundo.

E as filosofias da época legitimaram essa condição ao conceber a conclusão lógica da fusão entre essas então premissas básicas da sociedade: se todos



os homens são livres e todos os homens são iguais; e se cada um tem na sua vontade o poder de legitimar o mundo, somente na vontade de outrem encontram restrição.

Fixou-se o limite da vontade individual: outra vontade individual.

E vinha fácil a conclusão: se as vontades se unem, o poder por elas criado é logicamente maior que a vontade de um só e, portanto, a ela apenas não pode sucumbir.

Aí está o fundamento da obrigatoriedade, verdadeiro mandamento da ética contratualista liberal.

E aí se fundem em uma só as justificativas do consensualismo (basta o consenso para obrigar) e da obrigatoriedade dos contratos.

Com a escola do Direito Natural, sob os princípios do individualismo e racionalismo então dominantes, consolidou-se finalmente a idéia de que o “*fundamento racional do nascimento das obrigações se encontrava na vontade livre dos contratantes*” (Orlando Gomes) e que, portanto, no caso específico dos contratos, era o consentimento (o acordo de vontades livres) que bastava para obrigar.

“*Quand quelqu'un décide quelque chose à l'égard d'un autre, dira Kant, il est toujours possible qu'il lui fasse quelque injustice, mais toute injustice est impossible quand il décide pour lui même*” (Georges Ripert, *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, LGJD, 1949, p.38).

E um trecho da obra de José Renato de Moraes resume a ética contratualista:

“*Nessa visão clássica, o contrato é sempre justo, pois seu conteúdo é o resultado da livre (liberdade) manifestação de vontade (vontade) dos próprios contratantes (que eram iguais). O equilíbrio entre as prestações das partes é de se presumir. Portanto, a única coisa que necessita ser examinada é se as partes exprimiram seu consentimento de maneira livre e consciente... A lei não intervém no processo senão para garantir a concretização do que as vontades dos contratantes, de maneira livre e consciente, determinaram*” (Cláusula Rebus Sic Stantibus, p. 9-10).

A partir de sua igualdade e de sua liberdade, os indivíduos poderiam dirigir suas vontades no sentido que quisessem, relacionar-se com o mundo como e quando desejassem e criar, modificar e extinguir as relações jurídicas que preferissem.

PRINCÍPIOS DA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

E de tudo o que se disse até agora, extraímos os primeiros princípios que regem toda a teoria dos contratos:

1) CONSENSUALISMO

Os contratos formam-se tão somente pela vontade, ou melhor, pelo acordo de vontades, o consenso.

“Não é preciso haver qualquer início de execução da prestação, forma, sinal, ou causa para que o contrato seja eficaz entre as partes: é suficiente o acordo de vontades despido, o chamado nudum pactum” (Renato José de Moraes; Cláusula Rebus Sic Stantibus, p. 6-7).

“Solu consensus obligat”.

2) AUTONOMIA DA VONTADE

Supondo que as partes são livres em sua vontade e que são iguais, colocadas em um mesmo plano, podem regular seus interesses da maneira que quiserem.

A autonomia da vontade é a liberdade de contratar que se divide em:

Liberdade de Contratar propriamente dita: consenso de vontades na autorregulação dos interesses privados, o poder conferido às partes abstratamente de produzir os efeitos que quiser; e

Liberdade Contratual: liberdade de estipular o contrato e determinar seu conteúdo. Afinal, se as partes são livres e iguais, elas em conjunto podem estipular o que bem quiserem.

“Com base nesta, afirmava-se que a conclusão dos contratos, de qualquer contrato, devia ser uma operação absolutamente livre para os contraentes interessados: deviam ser estes, na sua soberania individual de juízo e de escolha, a decidir se estipular um certo contrato, a estabelecer se concluí-lo com esta ou aquela contraparte, a determinar com plena autonomia seu conteúdo, inserindo-lhe estas ou aquelas cláusulas, convencionando este ou aquele preço” (Enzo Roppo, p. 32).

“Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares — que se completavam reciprocamente — sobre os quais se formava a asserção peremptória segundo a qual dizer “contratual” equivale a dizer “justo” (“qui dit contractuel dit juste”)” (Fuillé, após Kant, cit. em Enzo Roppo, p. 35).

Esse princípio encontra origem, segundo se conta, no voluntarismo, doutrina filosófica defendida por Boécio e desenvolvida por Duns Scotus e Guilherme de Ockham, segundo a qual a vontade (o querer) era o motor das ações e não a razão ou conhecimento (Dicionário Oxford de Filosofia; Dicionário de Obras Filosóficas). Embora Scotus e Ockham tenham elaborado a doutrina para referir-se às ações e prescrições de Deus, acabou sendo aplicada na explicação das ações humanas:



“...quando a secularização e o laicismo tirarem a idéia de um querer divino que justifique a bondade das coisas e sirva de parâmetro para descobrir o bem e o mal, a base da conduta humana será apenas o consenso voluntário das pessoas, que decidirão, por meio da lei e do contrato, o que é bom ou ruim, sem precisarem fazer qualquer referência à natureza das coisas. Tendo sido algo querido, ele é bom para as partes e não há critério objetivo, externo à vontade das partes, que possa ser utilizado para contestar o conteúdo do querer. Aí está totalmente desenhado o voluntarismo, tão fundamental para explicar a noção clássica do contrato” (Renato José de Moraes, p.6).

3) FORÇA OBRIGATÓRIA

Enuncia que já que as partes livremente com sua vontade aceitaram o contrato, livremente se vincularam, também livre e voluntariamente restringiram sua liberdade, pelo que não haveria razão para não cumprirem o acordo.

Essa era a verdadeira ética contida em todo o sistema e por isso tão arraigada:

“Cada um é absolutamente livre de comprometer-se ou não, mas, uma vez que se comprometa, fica ligado de modo irrevogável à palavra dada: “pacta sunt servanda”. Um princípio que, além da indiscutível substância ética, apresenta também um relevante significado econômico: o respeito rigoroso pelos compromissos assumidos é, de facto, condição para que as trocas e outras operações de circulação da riqueza se desenvolvam de modo correto e eficiente segundo a lógica que lhes é própria, para que não se frustrem as previsões e os cálculos dos operadores” (Enzo Roppo, p. 34).

Mas ninguém pode impedir que um contratante, por arrependimento, ou por qualquer outra razão, deixe de cumprir o avençado, pelo que a simples vontade na ocasião da pactuação não vincula. O contrato obriga porque a lei o garante. A atitude do contratante que não cumpre fica isolada, pressionada pela norma ao cumprimento através dos meios garantidos ao credor e aos interessados para exigir a execução do contrato que nada mais seria que o cumprimento das respectivas obrigações.

É a lei reconhece a obrigatoriedade do vínculo ao assumir a posição liberal de não intervenção na autonomia dos indivíduos, pois se o fizesse ou se permitisse que se o fizesse, estaria interferindo na vontade dos contratantes, em sua liberdade de contratar.

O fundamento filosófico dessa opção legal era a lógica quase matemática que se extraía do princípio do absolutismo da vontade:



Se todos os homens são livres e todos os homens são iguais; e se cada um tem na sua vontade o poder de legitimar o mundo e somente na vontade de outrem encontram restrição, quando duas dessas vontades se unem, ainda que por um átimo, o poder por elas criado é logicamente maior que aquele da vontade de um só e, portanto, a ela apenas não pode sucumbir.

O princípio da obrigatoriedade (enunciado na regra clássica *pacta sunt servanda*) é de origem liberal, tem sua história no ideário liberal que aceitava a soberania, o absolutismo da vontade. Pode-se dizer que o princípio da obrigatoriedade reforça a liberdade de contratar, garantindo-a no tempo.

Reflete-se no art. 1.134 do Code: “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*”.

Segundo Caio Mario, Messineo já dizia que a obrigatoriedade seria um consectário da liberdade de contratar afirmando que o contrato obriga porque as partes livremente o aceitaram.

Dizer que o princípio da obrigatoriedade se reflete na intangibilidade do contrato (intocabilidade do contrato), impossibilidade de sua alteração ou modificação posterior de uma só das partes ou pelo Juiz (provocado por ela). Vale dizer que qualquer modificação ou ajuste passaria pela desconsideração do acerto original, feito livremente, o que seria um atentado à soberania da vontade. O que foi feito livremente só livremente poderia ser desfeito.

4) BOA-FÉ

5) RELATIVIDADE

Exceções ao Princípios:

Toda a teoria dos contratos, como vimos, que enxergava neles o produto de vontades livres se firmou no contexto liberal e racionalista do séculos XVIII e XIX, quando se propunha a igualdade e a liberdade total dos indivíduos, bem como que o mercado de trabalho e de capitais deveriam ser livres, concepções essas que, se podem estar voltando à ordem do dia atualmente, não mais são consideradas absolutas em face das desigualdades que se fizeram surgir.

“*Pour la formation du contrat la loi exige deux consentements; elle ne mesure pas au dynamomètre la force des volontés (...) Pendant longtemps on s’est contenté de l’égalité théorique et abstraite, révélée pour l’échange des consentements*” (Georges Ripert, *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, LGJD, 1949, p.100).

A felicidade e confiança que certamente caracterizaram aquela época plena de certezas e cheia de si duraram não mais que o séc. XIX. A desilusão bur-



guesa com a constatação das desigualdades reais, presentes no seio de toda sociedade industrial, fizeram desmoronar as bases filosóficas sobre as quais se assentava o império burguês.

“Sua reivindicação (da razão) era estabelecer certezas objetivas e universais, que fossem válidas para toda humanidade. Mas tais ambições nunca se realizaram. O que parecia justo em todas as circunstâncias a um estudioso, um povo, uma época ou civilização, não era visto da mesma maneira por outros” (R.C. van Caenegem, *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*; 2 ed.; Martins Fontes: São Paulo; 2000, p.162).

Abriu-se espaço para a propagação das doutrinas socialistas e de seu contraponto eclesiástico mais moderado, a *“Rerum Novarum”*.

O Estado, até então, mero assegurador da igualdade formal, passou a intervir diretamente nas relações interindividuais de modo a proteger os interesses coletivos recém-reconhecidos (direitos de 3ª geração), buscando assegurar uma igualdade material.

Os princípios da teoria contratual, antes absolutos, pois produtos diretos de uma certeza primordial, o poder ilimitado da vontade individual, assentado na razão, foram mitigados e enfraquecidos pelo necessário reconhecimento de diversas situações excepcionais às quais não se aplicavam.

Mas não quer dizer que tenham perdido sua importância. Ainda são essenciais ao estudo da teoria contratual tal qual é hoje entendida e de certa forma ainda embasam a noção que hoje temos do contrato.

Seu estudo ainda é essencial, pois é somente a partir de uma visão histórica do contrato e do ideário que esteve por trás dele que podemos compreender e melhor entender a evolução do tratamento jurídico que ele vem recebendo nos últimos séculos e, particularmente, as últimas alterações e modificações (que às vezes é mais adequado tratar como uma verdadeira revolução do modo de pensá-los) que a teoria contratual vem refletindo.

Ao mencionar a importância da análise desses princípios históricos, Enzo Roppo já dizia: *“uma análise que se nos afigura de particular interesse e importância, seja porque aqueles princípios constituem, historicamente, uma das máximas e mais significativas expressões de todo o direito burguês, amadurecida de forma plena justamente no momento mais alto da hegemonia política, econômica e cultural da burguesia, seja porque — como já se assinalou — a sua herança, continua em vária medida a estar presente nos textos legais e nas doutrinas jurídicas de que hoje dispomos”* (p. 32).

Judith Martins-Costa sugere tratemos o conceito de história *“mais como uma inigualável fonte de compreensão do presente do que um nostálgico olhar sobre um passado congelado nos compêndios e manuais acadêmicos”* (*Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro*, Revista Direito do Consumidor, Ed. RT, v. 3, p.127-154).

Contar a história do liberalismo, sua ascensão e queda (soerguimento?)



Começar com as exceções à liberdade de contratar, dizendo que a igualdade pregada na revolução francesa na verdade não existia, era apenas formal; que, portanto, a principal premissa liberal nos contratos — a de que as partes contratavam em pé de equidade, que eram livres e iguais — caiu por terra.

A liberdade de contratar, é óbvio que não foi sempre desenfreada. Mesmo nas épocas mais libertinas, sempre encontrou restrições nos limites da ordem pública e nos bons costumes. Já começo destacando aqui que nem por isso se levantou que os homens não seriam livres ao contratar.

O que aconteceu é que mesmo diante dessas restrições, ainda havia ampla liberdade de se estipular o que quisesse e tais restrições passaram a não ser suficientes para evitar abusos.

De fato, a liberdade de contratar presumia a igualdade das partes para discutir os termos do contrato e contraí-lo. Partindo dessa premissa não havia porque estabelecer qualquer controle sobre a vontade soberana das partes.

Ocorre que a igualdade das partes era apenas jurídica e não real. A superioridade econômica de uma parte significa pressão sobre a outra e imposição de termos do contrato.

Nesse ponto foi necessária a intervenção do Estado na formação dos contratos. O resultado negativo do exercício da liberdade contratual foi condensado magnificamente por Lacordaire: “*entre o fraco e o forte é a liberdade que escraviza e a lei que liberta*”.

E a intervenção do Estado para evitar essa escravização se deu de várias formas:

- a) pelo controle da atividade de determinadas empresas economicamente poderosas ou prestadoras de serviços ou produtos essenciais, até mesmo obrigando-as a contratar (a vender, não esconder estoques, etc.) = exceção à liberdade de contratar propriamente dita.
- b) pelo nivelamento do poder das partes para sua equalização, restaurando-se a igualdade real (contratos coletivos de trabalho) = exceção à liberdade de contratar propriamente dita ao impor a contratação com determinada parte.
- c) pelo dirigismo contratual, que é a interferência do Estado no conteúdo do contrato e na sua vida (vida do contrato). O Estado toma a direção dos termos do contrato, restringindo a liberdade das partes ao impor-lhes determinada atuação (ex.: o contrato deve ter pelo menos dois anos e meio, etc.). É uma interferência na estipulação do contrato que afasta a atuação da vontade, a soberania da vontade em determinada zona do contrato. É uma exceção à liberdade contratual.



- tecnicamente se dá através da invasão de normas imperativas ou proibitivas (*jus cogens*) no campo onde viviam normas supletivas ou dispositivas (*jus dispositivum*).

Dois exemplos recentes e excelentes desse dirigismo se encontram no Código do Consumidor (Lei 8.078/90) e na Lei do Inquilinato (Lei 8.245/91).

É preciso notar que o dirigismo estatal (através das normas de ordem pública), embora visando o interesse coletivo, não pode, por força da proteção constitucional, atingir ao ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

A liberdade contratual também pode ser restringida. É o que se dá, por exemplo, no caso dos contratos por adesão. Como suas cláusulas já são estabelecidas, de antemão, por uma das partes, a outra parte não teria como discutir o conteúdo do contrato.

O Código do Consumidor tratou dos contratos de adesão:

Art. 54: Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Por conta disso, já se entendeu que o contrato por adesão não seria realmente um contrato, por faltar a liberdade contratual.

Ocorre que (à exceção de alguns exemplos que fazem jus à crítica) mesmo tendo restringido a liberdade contratual, ainda restaria a liberdade de contratar e, a partir do momento em que a parte aceita celebrar naqueles termos, teria nascido o contrato.

Mesmo assim, a legislação tenta amenizar ao máximo a inferioridade da parte que adere a esses contratos:

Art. 54, § 3º: Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

Art. 54, § 4º: As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Art. 18, § 2º: Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior (reclamação de vícios)... Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.

Depois de tudo o que falei sobre as exceções ao princípio da liberdade de contratar vocês vão perguntar: e agora, qual a exceção ao princípio da força obrigatória depois desse dirigismo? Afinal, se o contrato foi criado em atenção à determinação estatal que espelha o bem comum, como esse contrato pode ser modificado, deixando de ser obrigatório?

É uma bela pergunta. Mas a resposta é simples.



O mesmo princípio de proteção e equidade que inspira a interferência do Estado no momento da **formação** do contrato, o obrigam em determinadas situações (excepcionais) a intervir na vida do contrato, na sua execução normal.

Essa interferência sempre foi polêmica, exatamente pela violência na violação à soberania da vontade (mexer em um ato jurídico já formado, já acertado), ou seja, uma violação à intangibilidade e à obrigatoriedade do contrato.

O princípio da obrigatoriedade, originalmente absoluto, teve de ceder, por razões de equidade, ante os casos em que um acontecimento imprevisível alterasse a situação econômica vigente na época da celebração de tal modo que uma das partes ficasse em posição de extremo desequilíbrio em relação à outra.

A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Enzo Roppo já dizia que os contratos não podem ser enxergados exclusivamente sob a ótica jurídica. Como todos os conceitos jurídicos, “*reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental*” (O contrato. Coimbra: Almedina, 1988. p.7).

No contexto, o autor pretendia demonstrar a importância da expressão econômica do contrato na sua interpretação e no seu tratamento jurídico, lembrando que este tem sempre uma função econômica (apreciável objetivamente, ou seja, independentemente da intenção que moveu cada uma das partes), sendo a mais óbvia a circulação de riquezas.

Ora, a circulação de riquezas é não só uma consequência econômica do contrato. Exerce pressão sobre a esfera social. E sendo esta formada pela conjugação de todas as expressões da vida humana (religiosa, política, econômica, jurídica), a pressão que exerce pode influenciar intensamente a configuração do estrato social. Basta que se associe a circulação de riquezas à possibilidade de sua melhor distribuição.

De todo modo, independentemente da efetiva distribuição de riquezas e exatamente por conta da necessária interferência da esfera econômica no estrato social (eis que aquela integra este), a mera circulação de riquezas já seria uma função social do contrato.

É claro que essa função é exponenciada se a circulação se transforma em distribuição, servindo então para atender a um dos objetivos fundamentais de nossa sociedade organizada:



Art. 3º, III, CR/88: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

O mesmo se dá quando a riqueza constitui em bens ou serviços de importância vital. O contrato servirá, então, para garantir a sua obtenção. Nessa idéia, o que o Código de Defesa do Consumidor chamaria de serviço essencial (artigo 22, Lei 8.078/90).

É expressão da operação da função social dos contratos as decisões no sentido de garantir o fornecimento de serviços de água, luz e telefonia, por exemplo, mesmo ao cidadão inadimplente, impedindo a interrupção da prestação como forma de coerção ao pagamento.

Verifica-se, nesse ponto, um conflito entre o interesse coletivo-social por detrás do contrato em assegurar a continuidade dos serviços necessários para garantir a existência hígida do cidadão e o interesse individual meramente patrimonial.

Ainda quando não se cuida de um bem ou serviço de importância vital mas de uma prestação que possa assegurar o acesso a meios de uma existência mais digna ou confortável (lembrando que a dignidade da pessoa humana é fundamento constitutivo da República Federativa do Brasil — artigo 1º, III, CR/88), essa função social do contrato vai justificar a preterição do princípio da liberdade contratual:

É o caso dos negócios de concessão de crédito, por exemplo, que não podem ser vedados àqueles que se dispõem a contratá-los e não possuam nenhuma restrição econômico-financeira para tanto. Entende-se que, em honra a uma plena operacionalização desse princípio, deva ser apresentada, em caso de recusa, uma razão objetiva que a justifique.

A função social dos contratos foi descoberta na medida em que a vontade individual (e portanto o jogo de interesses individuais) foi perdendo importância em face da maior relevância do que se chamaria de uma “vontade coletiva”, ligada a interesses sociais.

Não no primeiro momento desse processo, que se identifica na preterição da garantia de satisfação das intenções individuais por uma proteção da segurança das relações contratuais (transição da teoria da vontade para a teoria da declaração). Mas numa fase seguinte, quando a análise do negócio desvencilhou-se do ponto de vista dos anseios individuais para prender-se à consideração das expectativas objetivas das partes, isto é, extraídas de uma consciência comum, relativa à sociedade como um todo (é o que se tem chamado de expectativas legítimas).

Após uma leitura do excelente capítulo de Judith Martins-Costa, “*O Novo Código Civil Brasileiro: Em Busca da “Ética da Situação”*”, in *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2002, não se pode



olvidar do alerta contra uma interpretação literal e leviana do dispositivo do artigo 421 do novo estatuto:

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

Não se pode querer enxergar na disposição a imposição da função social dos contratos como uma mera exceção ao princípio da liberdade contratual.

A função social tem hierarquia de princípio, no mesmo patamar do princípio da liberdade contratual servindo de contraponto, de limite, não podendo ser entendida como aplicável de forma meramente excepcional.

É expressão da perspectiva da socialidade, presente em todo o novo Código Civil segundo o próprio redator (Exposição de Motivos) que, juntamente com a eticidade (refletida no princípio da boa-fé), caracteriza o estatuto de uma sociedade que “*tenta ultrapassar o individualismo*” (Judith, p.131).

PRESSUPOSTOS E REQUISITOS

Muito embora o programa da faculdade fale em pressupostos e requisitos do contrato, dividindo-os em subjetivos, objetivos e formais, eu prefiro usar a estruturação dada pelo Orlando Gomes para os negócios jurídicos, já que o contrato nada mais é que um negócio jurídico bilateral, como vimos, ou seja, realizado entre duas partes.

Mas cabe alertar que o Orlando Gomes em sua obra, ao discorrer sobre os elementos dos contratos, divide-os em elementos intrínsecos e extrínsecos, de maneira diversa da que aqui propomos, ainda acrescentando a causa e o consentimento.

Para Orlando Gomes, que nada mais faz que basear sua estruturação no sistema do Código Civil, todo negócio jurídico **deve** ter como elementos:

- (a) a capacidade do agente (extrínseco, pressuposto, subjetivo);
- (b) a legitimidade do agente (extrínseco, pressuposto, subjetivo);
- (c) um objeto possível (física e juridicamente) (extrínseco, pressuposto, objetivo);

Aqui, antes de mais nada, cabe a indagação: o que se entende por objeto do ato ou negócio jurídico e, portanto, do contrato? Certamente não é o mesmo que o objeto do Direito que, como vocês devem saber, é tudo aquilo em que recai o interesse do titular, aquilo que imediatamente lhe servirá.

O objeto do direito real é uma coisa que o titular desfruta sem a necessidade da participação ou colaboração de outrem. É diferente do direito pessoal, que tem por objeto um comportamento. É o comportamento do devedor que interessa imediatamente ao titular do direito pessoal, ainda que, através

dele, este consiga usufruir ou aproveitar de uma coisa (aqui cabe anotar que no direito real o objeto do direito não coincide com o objeto da relação jurídica respectiva, enquanto que no direito pessoal o objeto do direito e o objeto da relação jurídica são o comportamento).

O objeto do direito também não se confunde com o objeto da obrigação que se insere em um direito subjetivo de crédito, da espécie pessoal. O objeto da obrigação, que se confunde com a relação jurídica do direito, é uma prestação de caráter patrimonial. Por sua vez, o objeto da prestação é uma atividade ou uma coisa (obrigações/prestações de fazer/não fazer e dar); é o que através da prestação se obtém.

E o objeto do ato jurídico ou negócio jurídico? O negócio jurídico é a declaração de vontade dirigida à produção de efeitos jurídicos correspondentes a um intento prático pretendido pelo agente. Seria, então, o objeto do negócio jurídico o fim, o objetivo, os efeitos perseguidos? São então esses efeitos que não podem ser impossíveis e ilícitos e que devem ser determinados ou pelo menos determináveis? Para Orlando Gomes, o objeto se constitui de “*vantagens patrimoniais ou extrapatrimoniais, consistentes em coisas ou serviços que interessam aos indivíduos*”. Parece dizer que seria o mesmo objeto da prestação, no caso de direito de crédito.

Mas se for isso, esse objeto é considerado de uma posição de mediatidade. Depois ele diz que o objeto “*em uma relação jurídica é o comportamento a que se obrigam as partes, considerado isoladamente, não na sua conexão teleológica. Assim é que o negócio pelo qual se atribui uma recompensa pela abstenção de um delito tem causa ilícita não objeto ilícito...*”

Antes ele ainda diz que o objeto “*nos contratos, tanto pode ser uma prestação de dar, como de fazer ou não fazer*”, pelo que se depreende que para ele o objeto do contrato é o mesmo objeto das obrigações nele nascidas (Introdução, págs. 367-369). No volume sobre contratos, ele parece reafirmar essa vinculação quando diz que “*o objeto do contrato não é a prestação nem o objeto desta. A prestação é o 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 comprometem 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*”.

Já para Trabucchi, o objeto do contrato deve ser o objeto da prestação, ainda que admita que o Código Civil Italiano o considera como sendo igual ao objeto da obrigação: “*In ogni caso non si deve confondere l’oggetto dell’obbligazione, che noi abbiamo chiamato il contenuto — comportamento dovuto come prestazione — con quello che è a sua volta il bene dedotto nel rapporto, cioè la materia sulla quale incide l’obbligazione, con l’oggetto della prestazione o del contratto. Per esempio, nel contratto di locazione di una casa, l’immobile locato è l’oggetto della protezione e del contratto, mentre l’oggetto dell’obbligazione*

è il comportamento del locatore che deve lasciar godere la casa al conduttore... Nella terminologia del Codice “oggetto del contratto” corrisponde al contenuto dell’obbligazione”.

E eu pergunto de novo: mas sendo o objeto do contrato a soma das prestações ele não é um objeto por demais mediato? Não, na verdade, é mais próximo que os efeitos jurídicos perseguidos. O que o sujeito quer é algo mais próximo, mais palpável (mais próximo de sua realidade). Como diz San Tiago Dantas, às vezes ele nem sabe quais os feitos jurídicos que o negócio vai produzir.

O objeto do negócio é o mesmo objeto que as obrigações dele nascidas? Sim, quando esse negócio tem caráter patrimonial — segundo Orlando Gomes que é o único autor que o diz com precisão. E se não tem? Qual o objeto? Quer dizer: e se do negócio não nascem obrigações?

- Uma adoção por exemplo. É um ato jurídico, não um negócio jurídico. Nesse caso, o objeto é querer dar ao adotado a condição de filho ou essa é a causa? Para mim, é a causa sim. Mas qual seria o objeto? Um comportamento do adotante, dele mesmo? Não. Uma situação? Um reconhecimento, uma declaração de estado?
- Em um contrato de compra e venda, por exemplo, há uma colaboração necessária mas que, por si só, quando cumprida, já atingirá, alcançará, o interesse desse agente. Uma declaração de Estado? Não acho que haja muita diferença entre essa declaração e a causa, o fim perseguido. Acho que o objeto dos atos jurídicos em geral tem que ser determinados do mesmo modo que o objeto dos direitos. Na verdade, os atos jurídicos têm como consequência a criação, modificação conservação ou extinção do direito.
- Assim, para buscarmos o objeto de um ato jurídico, temos que indagar qual o interesse do agente ao realizá-lo. Parece lógico que o interesse de alguém a realizar um ato jurídico que tenha por fim adquirir o direito de propriedade seja a coisa, que é o mesmo objeto do direito de propriedade. E isso, ao contrário da idéia de Orlando Gomes, que diz que o objeto do contrato é o objeto das obrigações nascidas do contrato, serve também para qualquer ato jurídico em geral.
- Assim eu diria que em uma adoção, por exemplo, o objeto do ato jurídico é a criança mesmo, a pessoa a ser adotada. Nela recai o interesse do adotante e em mais nada.
- Já em um contrato, o objeto seria o bem a ser adquirido ou transferido por esse negócio. Quem celebra um contrato de compra e venda de um carro. Onde recai o interesse do comprador? No ato do vendedor, de tradição do carro? É que a pergunta é diferente.



Quando se pergunta qual o objeto da obrigação, pergunta-se qual o bem onde recai o interesse direto do credor. No caso do contrato do carro, é o carro?

- Não, pois o credor, para ter o carro, primeiro tem que esperar o devedor entregá-lo. Então, o enfoque deve ser frio. O interesse do credor está no comportamento do devedor, na prestação do devedor quanto à entrega do carro, da qual ele depende para satisfazer seu interesse econômico. Somente depois de ter recebido o carro é que ele vai iniciar o seu aproveitamento quanto a ele e o seu interesse vai passar a recair diretamente sobre o carro.
 - Agora, no caso do contrato, o enfoque, o ponto de vista é um pouco diferente. É que o contrato não tem a fase de tensão que caracteriza a obrigação. O contrato é mesmo a fonte das obrigações; é anterior a elas. Primeiro vem o contrato, celebrado, nascem as obrigações. O contrato é um ponto, a obrigação é um traço. O contrato é o ponto apenas de partida.
- O que se deve indagar para descobrir o objeto do contrato é mesmo o que interessa ao contratante. Não diretamente, mas mesmo indiretamente (pois não se pode falar ainda em comportamento, já que não nasceram obrigações), o bem sobre o qual recai seu interesse, que lhe move a contratar: no caso de compra e venda do carro, o que quer o vendedor? O dinheiro. E o comprador? O carro.

Já a causa do contrato seria aquisição da propriedade em troca do preço. Também deve ser vista de um enfoque englobante das duas partes. Por isso, que concordo com Trabucchi quando diz que, no contrato, o objeto é o mesmo das prestações das obrigações dele nascidas. Esse enfoque não trata de modo distinto o contrato de outros negócios ou de outros atos jurídicos lato sensu.

- Então, podemos dizer que o contrato não pode ter por objeto algo ilícito, como herança de pessoa viva (*pacta corvina*).
- O contrato também não pode ter por objeto algo impossível fisicamente, como locação de um terreno em Plutão. A impossibilidade jurídica se insere na ilicitude. Lembrem que tudo que não é proibido, vedado pelo ordenamento, é lícito. Outro exemplo de impossibilidade jurídica seria a venda de remédios proscritos. A venda é fisicamente possível mas não juridicamente.
- Deve se dizer que a impossibilidade não deve ser confundida com a falta de atualidade. Nada impede, como veremos, que eu venda



- uma coisa que é do Neymar. Posso vender uma coisa prometendo entregá-la em dez dias sem tê-la ainda adquirido. É a venda de coisa futura.
- O objeto deve ser também determinável pelo menos. Aquele deve ser determinado só na hora do cumprimento, na execução. Posso vender coisas de um gênero qualquer, como por exemplo, dois cavalos de minha criação, sem determiná-los, o que somente se fará na entrega.
 - Por fim, deve o objeto ser economicamente apreciável, deve ter patrimonialidade.
- (d) Forma prescrita ou não-defesa em lei (intrínseco, requisito, objetivo).
- (e) Consenso de vontades, acordo, conjugação de vontades. Esta deve sempre existir, não pode ser viciada ou obtida com vício. Vontades no mesmo lugar, que se encontram (*in idem placitum consensus*) (intrínseco, requisito, objetivo).

Como esses elementos são comuns e necessários, que **devem** estar presentes em todo e qualquer ato jurídico, eles são os ELEMENTOS ESSENCIAIS.

Por outro lado, todos os atos jurídicos **podem** ter como elementos:

- (f) um termo;
- (g) uma condição;
- (h) um encargo.

São, por não serem necessários, mas apenas facultativos, os ELEMENTOS NÃO ESSENCIAIS.

Como os contratos são atos jurídicos/negócios jurídicos, com eles não pode ser diferente. Por isso que não se deve usar uma estruturação para os atos e outra para os contratos. Pode confundir.

FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

A base do contrato é a vontade, já dissemos, e nos contratos, negócios jurídicos bilaterais que são, concorrem duas vontades, sempre, a de cada uma das partes. Nada mais lógico que dizer então que o contrato se forma quando as vontades se encontram, quando há o consenso de vontades. E esse é exatamente o princípio do consensualismo.

Mas quando há o consenso das vontades?



Quando a proposta de um é aceita pelo outro.
Podemos dizer que o contrato nasce com a aceitação.

Fase Preliminar (fase das tratativas)

Sabe-se que antes da celebração do contrato pode haver muitas e demoradas negociações para discussão de seus termos. Quem trabalha em escritório na parte empresarial societária já viu isso. São as chamadas negociações preliminares. A fase das minutas, das tratativas. Essa fase não é prevista na lei mas nem por isso pode deixar de gerar consequências. Na fase das tratativas, a princípio, nenhuma das partes se obriga, e pode-se mudar de idéia e desistir de contratar sem problemas:

Muitas vezes os contratos mais complexos precisam de uma fase de pré-celebração. Se alguém algum dia for trabalhar em escritório de direito societário ou empresarial verá que por várias vezes alguns contratos levam meses em discussão até que se chegue a um consenso sobre todos os pontos envolvidos.

Quando o contrato envolve a venda, por exemplo, de alguma participação societária ou controle acionário, é comum que seja prescindido de uma auditoria (due diligence) até para que se verifique o estado real da empresa. Essa seria uma fase da contratação chamada de fase de negociações preliminares ou tratativas.

Além das minutas, podem ser lembrados: 'letters of intent', 'heads of agreement', 'instructions to proceed', acordos de base, memorandos de entendimento etc.

Essa fase não recebe atenção específica do Direito. O Código Civil não trata dela em particular. Então, a princípio, poderíamos dizer que essas negociações não merecem a atenção do Direito e que tudo que ocorra nelas não pode ser conhecido e, portanto, protegido pelo Direito.

Na verdade, não há nenhum direito ou obrigação de natureza contratual que tenha nascimento ou fonte nessa fase, que significa que se as negociações fracassam nenhum dos envolvidos terá qualquer responsabilidade, salvo o que já falamos sobre o contato social.

Essa fase de negociações é a fase das minutas, da troca de esboços do texto ou rascunho do instrumento idealizado pelos tratantes.

É importante chamar a atenção para o fato de que só porque o direito não cuida especificamente da fase das tratativas não significa que os envolvidos estejam totalmente desprotegidos. É claro que se algum deles, por exemplo, leva o outro a uma expectativa fundada de concretização do negócio que o leva a despendar até mesmo alguma quantia para iniciar a sua montagem, aí poderá se caracterizar alguma responsabilidade.



Se uma das partes agiu de forma a levar a outra a crer que o contrato seria celebrado, esta teria como alegar dano e pedir perdas e danos.

Neste caso, o dano alegado seria, obviamente, extracontratual, fundado na culpa aquiliana (é a chamada culpa *in contrahendo*, visto que o contrato estava ainda em fase de formação). Nesse sentido a situação de fato teria efeitos reconhecidos na hipótese de caracterizar um ilícito extracontratual:

Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Haveria o que se chama de “*venire contra factum proprium*”, ou seja, a atuação contrária a uma situação gerada pelo próprio agente (omissão em manter comportamento coerente com o sinalizado; omissão em adotar providências necessárias à correta formação do negócio; exigência de requisitos cuja informação foi omitida).

Aqui é importante falar do conceito de boa-fé objetiva que, segundo a doutrina mais recente, inspiraria todas as relações contratuais e também aquelas em que haja um contato entre as partes, ainda que não necessariamente através de contrato, mas que permita enxergar uma ligação que as obrigue, mutuamente, a considerarem os interesses da outra.

A boa-fé seria a fonte de deveres de conduta decorrentes desse “contato social”, deveres que seriam gerados não somente da relação obrigacional mas pela própria proximidade entre as partes e, assim, independentes da formação do contrato.

A diferença prática com a solução através do **art. 186** é a de que, neste último caso, bastaria a prova de que houve a violação do dever, não precisando demonstrar a culpa do violador.

Diferença entre Fase Preliminar e Contrato Preliminar:

Mas não se pode confundir negociações preliminares com o contrato preliminar. O contrato preliminar, em sua concepção tradicional, é um contrato em que uma das partes, ou ambas, se obriga a contratar, a celebrar um contrato definitivo. Contrato preliminar seria um contrato preparatório em que as partes estabelecem as delimitações e as cláusulas do contrato definitivo, obrigando-se a celebrá-lo. É o que os romanos chamavam de “*pactum de contrahendo*”. Nessa concepção, tais contratos, que já são contratos, ao contrário das negociações preliminares, estabelecem uma obrigação de fazer, que é a obrigação de contratar, sendo que as partes têm que chegar a um outro consentimento, formar um novo acordo ou, no caso do contrato preliminar unilateral, que dar a declaração de vontade necessária para a formação do contrato prometido.



Fase da Proposta ou Policitação

A Segunda fase na formação do contrato é a fase da proposta. Se para que exista o contrato é necessária a concorrência de duas vontades, a proposta é a vontade de uma parte buscando o encontro com a outra, de forma mais concreta.

A proposta pode surgir por si só, diretamente, sem que tenha havido contato prévio entre as partes (tratativas) e pode surgir após a fase de negociações preliminares, como sua evolução natural. Neste último caso, às vezes é muito difícil distinguir quando termina a fase de tratativas e quando se está diante da proposta, que deverá ser estabelecido base em provas de uma e de outra.

Isso é muito importante pois ao contrário da fase das tratativas esta já recebe uma atenção do direito, atenção específica direcionada, sendo considerada obrigatória em regra e tão obrigatória que vincula os herdeiros do proponente.

Só não obriga caso se trate de contrato personalíssimo.

A proposta pode ser feita de qualquer modo. Não há forma específica para ela, mas é importante que se tenha algum meio de prová-la, dado suas consequências. Alguém pode fazer uma proposta oral e depois dizer que não fez.

E para que seja proposta deve conter todos os elementos do contrato que se pretende formar.

A proposta deve ser clara, transparente, sem qualquer má intenção.

Pode ser verbal, escrita, gestual etc.

A proposta, ao contrário do convite e da oferta ao público, deve conter todos os elementos do contrato que se pretende firmar.

O que importa é seu caráter obrigatório. Uma vez feita, não pode ser retirada sob pena de perdas e danos.

Vejam os artigos 427 do Código Civil

Art. 427: A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

Mas como vemos do próprio artigo, ele mesmo reconhece exceções a essa obrigatoriedade:

- (i) se não resultar dos termos da própria proposta essa não-obrigatoriedade;
- (ii) se essa obrigatoriedade não combinar com a natureza do negócio; e

* Um bom exemplo é o contrato de seguro. A proposta depende da verificação dos riscos e do exame do objeto segurado.



- * O contrato de empréstimo também pode depender da avaliação da situação financeira do oblato, daquele que pretende tomar o empréstimo.
- (iii) se essa obrigatoriedade não combinar com as circunstâncias do caso (particularismos do caso).
- * A doutrina se refere às circunstâncias do caso como aquelas apontadas no artigo 428. Mas há uma diferença ainda que tene entre as exceções do artigo 427 e as circunstâncias do artigo 428.
 - * O artigo 427 trata, nas exceções, dos casos em que a proposta não obriga, ou seja, desde o começo.
 - * Já o artigo 428 fala dos casos em que a proposta era obrigatória (pela regra geral) mas deixou de sê-lo.

— **Art. 428:** Deixa de ser obrigatória a proposta:

I. — Se, feita sem prazo a uma pessoa presente, não foi imediatamente aceita.

— Presente é a pessoa com quem se tem contato direto e imediato, em tempo real.

— Considera-se presente a pessoa que contrata por meio de telefone.

— Poderia ser pela Internet, mas não por fax, pois não se pode dizer que o oblato estará do outro lado ao mesmo tempo em que chegar a proposta.

— Obviamente, se a proposta foi feita com prazo, tal prazo será observado. Se até o final do prazo não tiver sido aceita, perderá a validade.

II. — Se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente.

— Ausente é a pessoa que não está em interlocução com o proponente, peticitante, que não está em contato com ele. Não confundir com o ausente declarado pelo juiz que é, nos termos do Código, incapaz.

— Se feita sem prazo a uma pessoa ausente, considera-se que perde a obrigatoriedade se tiver medrado tempo suficiente para o retorno da resposta. Vai depender das particularidades de cada caso.

III. — Se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro no prazo dado.



— Agora, se feita com prazo, deixa de ser obrigatória se a resposta não tiver sido expedida dentro do prazo dado. Isso vale tanto para pessoas presentes quanto para ausentes.

IV. — Se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

— Daqui se extrai que a proposta não é absolutamente obrigatória, podendo, sem qualquer razão especial ser retirada desde que essa retirada seja feita antes do conhecimento do oblato sobre ela.

— Ao mesmo tempo que a lei confere ao proponente a faculdade de se arrepender e retirar sua proposta, também confere ao aceitante a faculdade de se arrepender e retirar sua aceitação:

= **Art. 433:** Considera-se inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante.

O artigo 430 fala que se a resposta chegar tarde, isto é, depois do tempo mencionado no artigo 428, deve o proponente comunicar imediatamente a situação, sob pena de responder por perdas e danos.

Art. 430: Se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos.

Se o destinatário, após o decurso do tempo, dá resposta afirmativa, mas com modificações, adições ou restrições, é o mesmo que ele estivesse fazendo nova proposta, que vai ser considerada como tal.

Fase da Aceitação

Não é com a proposta que nasce o contrato.

O contrato nasce com a aceitação da proposta:

A terceira fase do contrato é a aceitação. Com ela se estabelece o consenso das vontades. A vontade do proponente dirigida através da proposta é encontrada pela vontade do oblato na aceitação.

Assim se forma o consenso, por isso a idéia de espaço comum dada pela definição canônica: “*contractus est duorum vel plurium in idem placitum consensus*”.

Diferença da formação dos contratos consensuais e reais:



Os contratos consensuais, além de nascerem com a aceitação, se aperfeiçoam com ela.

Já os contratos reais, só se aperfeiçoam com a tradição da coisa.

Nos contratos que dependem de forma escrita para sua validade, a aceitação é a assinatura.

E nos contratos epistolares?

Contratos epistolares são os contratos por correspondência, em que a proposta é enviada por via postal (ou assemelhada) ao oblato.

O Direito conhece várias teorias para caracterizar a formação dos contratos epistolares:

1) Teoria da Cognição:

— Segundo essa teoria, considerar-se-ia aperfeiçoado o contrato epistolar somente quando a aceitação chegasse ao conhecimento do proponente.

— A proposta aqui deve percorrer o seu ciclo por completo para que o contrato se considere formado:

- (i) O proponente envia a proposta
- (ii) A proposta chega ao oblato
- (iii) O oblato toma conhecimento da proposta
- (iv) O oblato aceita a proposta
- (v) O oblato expede a aceitação
- (vi) A aceitação chega ao proponente
- (vii) O proponente toma conhecimento da aceitação.

— O inconveniente dessa teoria é deixar ao arbítrio do proponente a formação e o momento da formação do contrato.

— Poderia dizer que não recebeu a aceitação.

2) Teorias da Agnição:

2.1) Teoria da Agnição Pura:

Segundo essa teoria, considerar-se-ia aperfeiçoado o contrato epistolar desde o momento em que o oblato aceitasse a proposta:

O ciclo é percorrido apenas até sua quarta fase:



- (i) O proponente envia a proposta
- (ii) A proposta chega ao oblato
- (iii) O oblato toma conhecimento da proposta
- (iv) O oblato aceita a proposta

Essa teoria inverte o inconveniente em relação à teoria da cognição. Deixa ao arbítrio do aceitante a formação e o momento da formação do contrato.

Poderia dizer que não aceitou

2.2) Teoria da Expedição:

Segundo essa teoria, considerar-se-ia aperfeiçoado o contrato epistolar no momento em que o oblato expedisse a aceitação:

O ciclo é percorrido até sua quinta fase:

- (i) O proponente envia a proposta
- (ii) A proposta chega ao oblato
- (iii) O oblato toma conhecimento da proposta
- (iv) O oblato aceita a proposta
- (v) O oblato expede a aceitação

É a teoria adotada pelo Código Civil brasileiro:

Art. 434: Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto:

I. — No caso do artigo antecedente:

Art. 433: Considera-se inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante.

II. — Se o proponente se houver comprometido a esperar resposta.

Nesse caso, os contratantes afastam a teoria da expedição, preferindo a teoria da recepção (v. abaixo).

III. — Se ela (aceitação) não chegar no prazo convencionado.

As exceções previstas pelo Código indicam a fragilidade e a imperfeição da teoria da expedição.



Reconhecendo essa fragilidade, a doutrina desenvolveu a teoria da recepção, a mais moderna entre elas.

2.3) Teoria da Recepção:

Segundo essa teoria, o contrato só se aperfeiçoa com a chegada da aceitação ao proponente (não com o conhecimento da aceitação pelo proponente, como queria a teoria da cognição):

O ciclo é percorrido quase até o final:

- (i) O proponente envia a proposta
- (ii) A proposta chega ao oblato
- (iii) O oblato toma conhecimento da proposta
- (iv) O oblato aceita a proposta
- (v) O oblato expede a aceitação
- (vi) A aceitação chega ao proponente

FORMA E PROVA DO CONTRATO

A regra quanto à forma é a de que os contratos podem ser celebrados por qualquer meio ou, melhor dizendo, que o consenso de vontades pode ser expresso de qualquer forma: verbal, escrita, gestual:

Art. 107: A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir (art. 104).

Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.

As disposições sobre os contratos não trazem exigência especial quanto à forma. Existem apenas as exigências na Parte Geral, pelo que as regras sobre isso nos contratos nada mais são que especificidades do geral:

Art. 109. No negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato.

Art. 108. Não dispendo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.



Então, não pode a lei deixar de enunciar também como regra geral que os contratos podem ser provados por qualquer meio e, nesse caso, também se aplicam as regras gerais a todo ato jurídico, sendo que o instrumento particular é capaz de provar qualquer contrato.

Art. 221. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.

Mas também os provam:

Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:

I — confissão;

II — documento;

III — testemunha;

Restrições da prova testemunhal.

Art. 228, Código Civil e 402 do Código de Processo Civil.

IV — presunção;

V — perícia.

INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS

Vejamos o que dispõe o art. 112:

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

Esse artigo deve ser entendido hoje como contendo o equilíbrio entre as duas teorias históricas da interpretação da vontade: a *Willenstheorie*, teoria da vontade, e a *Erklärungstheorie*, teoria da declaração. A primeira, elaborada no auge do primado individualismo, pelos pandectistas, para quem o respeito ao indivíduo era supremo, considera que a vontade interior é que importava. A *Erklärungstheorie*, ao contrário, a vontade declarada. O equilíbrio foi alcançado com a declaração sendo considerada uma pista, uma indicação para se chegar à vontade interna. Do mesmo modo que a lei é interpretada com base no texto legal, interpreta-se a vontade interna com base na sua exteriorização.

A busca da vontade interna ou externa, em que pese a grande importância a que se dá a ela na Common Law, fica em boa parte superada pela disposição do art. 113 que em boa hora traz a nosso sistema a consideração da boa-fé na interpretação dos negócios.



A boa-fé é uma cláusula geral e aberta e por isso mesmo seu conceito é um tanto vago (a vagueza semântica é uma característica dessas cláusulas), mas é alcançável e vem sendo delineado pela doutrina, especialmente a estrangeira. Consulte-se Antunes Varela e Alberto Trabucchi. Entre nós, Judith Martins-Costa.

A boa-fé, segundo se diz, inspira não só o cumprimento das obrigações, mas todo o seu processo (na visão dinâmica do relacionamento obrigacional) e até mesmo a fase pré-contratual, em uma idéia de colaboração (que opõe-se à concorrência) entre credor e devedor.

A boa-fé lembra idéia do *bonus pater familiae*, do homem diligente. É uma atitude que é devida e, portanto, pode ser cobrada, de retidão, de lealdade, de colaboração com a outra parte, de fidelidade ao combinado (não ao literal), enfim, “*correttezza*”, que visa principalmente evitar o abuso do direito por qualquer das partes.

Ela se faz presente e deve ser observada no relacionamento pré-contratual, no momento da redação e da celebração do acordo de vontades e durante o relacionamento obrigacional, no cumprimento e até mesmo após o cumprimento da obrigação.

Diz respeito aos chamados deveres acessórios de conduta que, ao contrário dos deveres secundários da prestação, não se ligam ao cumprimento em si da prestação, mas a envolve, a facilitam ou a garantem, como, por exemplo, no dever de um sujeito que vendeu um cavalo a outro para entrega posterior, de cuidar dele com toda diligência, não o submetendo a trabalho exagerado etc.

A gama dos deveres acessórios, inspirados na boa-fé, é bem ampla e se espalha por diversas fases, como vimos, da obrigação, e se mostra em diversas facetas.

Muitas vezes, porém, se reflete no dever de informar a outra parte acerca de dados importantes para a formação de sua convicção sobre o negócio e para o seu posicionamento no decorrer da existência da relação, de modo que influi na interpretação do contrato, principalmente pela parte obrigada.

Aliás, essa função hermenêutico-integradora é a primeira das funções reconhecidas à boa-fé objetiva.

Desse modo, visa a evitar o cumprimento apenas literal ou meramente formal do avençado. E o juiz, em casos de discussão judicial sobre a verdadeira vontade das partes, deve levar em conta esse espírito de boa-fé que deve pairar sobre o contrato. Assim, não deixa de ser uma nuance dessas idéias, a regra adotada na maioria das legislações no sentido que as declarações de vontade devem ser interpretadas não tanto pelo sentido literal, mas tendo em vista real intenção das partes.

É esse princípio de interpretação que está inscrito no **artigo 113** do Código Civil:

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

Outra regra de interpretação é a do artigo 114 que diz que os contratos benéficos se interpretam restritivamente. Afinal, já há um desequilíbrio entre as partes (claro que desejado pelo que beneficia) e se sua vontade for interpretada mais favoravelmente ao beneficiário o desequilíbrio poderá se agravar. O direito prefere um benefício menor a um prejuízo maior.

CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

1) Bilaterais e Unilaterais

Para Clóvis Beviláqua, os contratos bilaterais ou sinalagmáticos são “*aqueles em que as obrigações são para ambas as partes contratantes, por cotas iguais ou não*”.

Orlando Gomes, após relatar que alguns contratos geram obrigações recíprocas, enquanto outros criam obrigações unicamente para uma das partes, afirma não ser pacífica a noção. Diz que alguns autores assim consideram todo contrato que produz obrigações para as duas partes. Por outro lado, outra corrente sustenta que deve haver interdependência recíproca entre as prestações, o que caracterizaria o sinalagma. Logo em seguida, afirma que nesses contratos a obrigação de uma das partes é a razão de ser da obrigação da outra, parecendo adotar a tese do sinalagma.

Vê-se que, embora Clovis Beviláqua os equipare aos contratos sinalagmáticos, parece dizer que podem ter prestações não equivalentes.

Para os Mazeaud, “*dans les contrats synallagmatiques ou bilatéraux, les obligations créés sont réciproques: chacun des contractants est, à la fois, créancier et débiteur; ses obligations ont pour cause celles de son cocontractant*”.

Por isso, parecem considerar sinônimos os termos.

Os italianos evitam o uso do termo bilateral, preferindo falar em contratos de prestações correspectivas:

Trabbuchi explica a diferença entre o sinalagma genético e o funcional, falando sobre este último: “*Il diritto segue anche la vita del rapporto, e pertanto il contratto può venir risolto se inseguito una delle due obbligazioni viene a mancare o non può essere eseguita; qui hanno fondamento la risoluzione per inadempimento e la risoluzione per impossibilità sopravvenuta. La prestazione di una parte rimane legata, non solo all'esistenza originaria, ma anche al perdurare dell'obbligazione corrispondente della controparte, e quindi all'adempimento o alla possibilità di adempimento (sinalagma funzionale)*”.

Lembrem-se, para confundir um pouco, que todo contrato traz em si já uma carga de bilateralidade. É que todo contrato já é um negócio jurídico bilateral.



Assim, para os contratos, se fôssemos dissecar o termo teríamos que o contrato unilateral seria um negócio jurídico bilateral unilateral e o contrato um negócio jurídico bilateral. Como pode?

É que o 1º bilateral refere-se à participação de mais de uma parte e o segundo bilateral diz respeito aos efeitos das obrigações nascidas, isto é, o contrato bilateral é aquele que faz nascer obrigações para ambas as partes e obrigações que tenham certa equivalência, certa correspondência.

Não se pode confundir essa equivalência com uma exigibilidade dependente, ou seja, com uma dependência recíproca entre as obrigações de cada uma das partes, de modo que a obrigação de um só será exigível se a de outro for cumprida e vice-versa.

Isso é o que se chama de sinalagma. Para que um contrato seja bilateral, basta que ele faça nascer obrigações equivalentes para ambas as partes. Por sua vez, os contratos unilaterais seriam aqueles dos quais nasce obrigação para apenas uma das partes ou que a obrigação de uma das partes seja insignificante em relação à outra, de modo que não haja uma correspondência.

2) Onerosos e Gratuitos

A onerosidade de um contrato se faz presente quando se exige um sacrifício de uma parte para que possa exigir a obrigação da outra. Note-se que não é necessário que esse sacrifício alcance equivalência, correspectividade, correlação com a obrigação da outra, pelo que pode haver um sacrifício exigível para uma parte que não torne o contrato bilateral, exatamente porque para a bilateralidade do contrato se exige a correlação, equivalência.

Deve haver atenção para que não se confunda, como parecem fazer vários autores, a onerosidade de um contrato e a sua bilateralidade. Esta é caracterizada pela correspectividade das prestações, das obrigações nascidas do contrato; aquela carece dessa correspectividade, a dispensa:

Parecem fazer essa confusão Pontes de Miranda e Zeno Veloso, que o cita: “o *modus de jeito nenhum faz oneroso o contrato de doação. Há ônus, mas sem se estender ao contrato o elemento de onerosidade. Qualquer alusão a correspectividade seria absurda*” (p.114).

Para ele, contrato oneroso e contrato bilateral são conceitos que se confundem.

Assim, o contrato de doação onerada com encargo é um contrato oneroso, pois o donatário tem que realizar um sacrifício para obter o benefício que advém da liberalidade do doador, mas não um contrato bilateral, já que as prestações não são equivalentes: o encargo não é uma contraprestação da obrigação de dar a coisa doada:



Alguns até mesmo reconhecem o sinalagma no caso de um contrato unilateral oneroso, mas suspeito de que estejam tratando o sinalagma como bilateralidade e não sob uma ótica causalista como “a interdependência recíproca entre as prestações”. E aí consideram que pode haver um contrato bilateral (que crie obrigações para ambas as partes) e ao mesmo tempo gratuito, sem que elas sejam equivalentes:

“Mas a prestação imposta ao beneficiado (dar, fazer ou não fazer) não constitui uma contraprestação ao benefício recebido. Por exemplo, na doação com encargo, estamos diante de um negócio jurídico sinalagmático, porém gratuito, porque não há relação de causalidade entre as obrigações do doador e do donatário, porque o encargo não é a contraprestação da doação efetuada” (Leoni, p. 797).

“Os autores que para a caracterização dos contratos sinalagmáticos, exigem o requisito da equivalência das prestações, excluem, obviamente, que da natureza desses contratos possa participar a doação gravada; mas, os que se satisfazem com o requisito da simples reciprocidade, sustentam que a doação submodo é um contrato sinalagmático a título gratuito (Demolombe, Cours, v.XX, n.575; Laurent, Principes, v.XII, n.487; Baudry-Lacantinerie et Colin, Des Donations entre Vifs et Testaments, v.I, n.1543; Jossierand, Cours, v. III, n.1618 etc)” (Vicente Ráo, p.372).

O contrato gratuito é aquele em que ao proveito de uma das partes no recebimento da prestação da outra não equivale qualquer sacrifício de sua parte.

Vejamos alguns exemplos:

Com toda certeza o contrato de compra e venda é um contrato oneroso. À obrigação do vendedor de entregar a coisa, transferindo a propriedade, opõe-se o sacrifício do comprador no pagamento do preço. É um contrato oneroso, não gratuito, pois o comprador não recebe a coisa sem qualquer contrapartida.

É claro que é um contrato bilateral, pois o preço tem equivalência, correlação com a coisa a ser dada.

É um contrato de doação? O doador entrega a coisa sem qualquer contrapartida do donatário. É um contrato gratuito e também unilateral. Nesses exemplos que vimos, sempre que o contrato foi oneroso, foi bilateral e sempre que foi gratuito foi unilateral.

Mas existe sempre essa correspondência? Não. Na verdade, todo contrato bilateral é oneroso, mas nem todo contrato oneroso é bilateral, exatamente em razão do grau de contraprestação, do grau de sacrifício exigido para um e outro.



Vejam o mútuo feneratício, que é o empréstimo a juros (remuneração do uso do capital). É, com certeza, um contrato oneroso, pois para que o mutuário possa utilizar o dinheiro, por exemplo, deve pagar os juros. Mas é um contrato bilateral? Não. É um contrato unilateral tão somente, pois só nasce obrigação para uma das partes. A obrigação de disponibilizar o dinheiro não é obrigação, mas pré-requisito de formação do contrato.

Outro exemplo seria o depósito remunerado.

Consequências:

- (i) o contrato benéfico interpreta-se restritivamente;
- (ii) Os gratuitos são tratados diversamente no que diz respeito ao interesse de terceiros:

- * Fraude contra credores.
- * Pagamento Indevido de imóveis.

3) Consensuais e Reais

4) Comutativos e Aleatórios

A comutatividade pode dar uma idéia de reciprocidade, mas o sentido do termo não é esse. A comutatividade, se vista assim, iria se confundir com a bilateralidade. A comutatividade é utilizada para identificar a característica dos contratos bilaterais e onerosos cuja reciprocidade vai sempre existir ou nos quais haja certeza quanto à troca da prestação.

O sentido de comutatividade é exatamente a troca (se lembram do colégio, propriedade comutativa da adição, da multiplicação?).

Mas não seria assim em todo contrato bilateral, oneroso?

Nem sempre, porque existem contratos em que há incerteza quanto a essa reciprocidade, quanto a essa troca, que é exatamente o caso dos chamados contratos aleatórios.

Aleatório vem de álea = sorte ou incerteza.

Quem não conhece a célebre frase atribuída a César antes de cruzar o Rubicão para atacar Pompeu: *alia jacta est*. Quer dizer não os dados estão lançados, mas a sorte está lançada.

Contratos aleatórios são aqueles em que a obrigação de uma das partes é incerta quanto à sua existência, está submetida a uma condição, a um evento futuro e incerto e pode não vir a existir, a nascer, podendo vir a não ser exigível, portanto.



Note-se que nem por isso o contrato deixa de ser bilateral ou oneroso, pois a incerteza da obrigação já era prevista pelas partes e a fixação da contraprestação, ou seja, da obrigação certa da outra parte, já levou em conta essa incerteza. Assim não se pode dizer que não havia uma equivalência entre as obrigações. Certamente o preço a ser pago por uma parte já foi estabelecido levando-se em conta a incerteza e seu grau.

O que não existe na verdade é a comutatividade, pois não há certeza quanto à troca de uma obrigação pela outra.

Um exemplo seria um contrato em que alguém se obrigue a comprar toda a produção de um pescador em determinado dia. Não se sabe se o pescador vai ou não pescar alguma coisa, mas o sujeito paga por isso. E paga a mesma coisa caso pegue um peixe ou 1.000 peixes. Essa é a álea do contrato.

Agora, o que eu posso dizer quanto a esse contrato aleatório é que não vai haver, então, no caso em que a obrigação não nasça, ou melhor que a condição de sua exigibilidade não se verifique, que seu objeto não venha a existir, uma interdependência recíproca, pois uma vai ser exigível e outra não, embora houvesse interdependência recíproca no seu nascimento. Fala-se, então, que não há sinalagma funcional, embora tenha havido sinalagma genético (Trabucchi, págs. 685/686).

Silvio Rodrigues diz que a troca poderia ser efetuada no momento mesmo da celebração do contrato no contrato comutativo, enquanto que no contrato aleatório isso não seria possível em vista da incerteza de uma prestação.

Falamos brevemente da teoria da imprevisão, não falamos? Pois é, com o desenvolvimento dessa teoria, ficou claro que todos os contratos de trato sucessivo ou de execução continuada tem sua álea normal, podem ser afetados por eventos futuros e incertos. Mas nem por isso se transformam em contratos aleatórios em que a álea é da substância do contrato.

Os contratos de jogo e aposta também seriam aleatórios.

Os contratos comutativos estariam sujeitos ao controle da lesão e do estado de perigo, enquanto que os aleatórios não.

No entanto, Anelise Becker afirma que, em certas situações, mesmo os contratos aleatórios poderiam se submeter à revisão por conta da lesão. É que haveria uma certa proporcionalidade entre a prestação certa de uma parte e a prestação aleatória da outra, que permitira identificar eventuais casos de um patente desequilíbrio.

4) Contratos solenes e não solenes / formais e não formais

Solene — a forma é da substância. O contrato só se forma quando o consentimento é expresso por determinada forma.



É uma exceção, tanto quanto os contratos reais, ao princípio do consensualismo (*solus consensus obligat*).

Um exemplo de contrato solene seria o contrato de compra e venda de imóveis acima da taxa legal, que simplesmente não é válida se não revestir a forma de escritura pública. Nesse caso não que é a escritura prove o contrato. Ela, na verdade, configura o contrato. Sem ela não há contrato e, portanto, não há obrigação de transferir a propriedade por parte do vendedor.

Note-se que o contrato é consensual quando a forma é da substância “*ad substantiam*”. Não será consensual quando a forma seja tão somente “*ad probationem*” para a prova da existência do contrato.

Assim é que um contrato de compra e venda de uma coisa móvel não precisa, para sua validade, ter forma especial, mas se for de uma coisa superior a 10 salários mínimos, não vai poder ser provado por somente testemunhas, deve haver, pelo menos, um começo de prova escrita.

5) Contratos principais e acessórios / Principais e dependentes

Acessórios — são dependentes porque estabelecem disposições que auxiliam o cumprimento das estipulações do outro ou, principalmente, que garantem o cumprimento.

Em geral os contratos acessórios são contratos de garantia, como a fiança, o penhor, a hipoteca. E eles são dependentes porque seguem a sorte do principal. Se este se extingue, aqueles também são terminados exatamente porque somente completavam ou complementavam.

É importante para não confundir, que nem sempre eles têm que ser elaborados em um mesmo instrumento (por favor, não confundir contrato com o instrumento do contrato), como a fiança em um contrato de locação, por exemplo.

6) Contratos Instantâneos e de Duração

Contratos Instantâneos: são aqueles que a prestação, a obrigação **pode** ser cumprida em um só ato (pagamento/entrega de uma coisa). Embora essa obrigação possa ser cumprida em um só ato, as partes podem postergar o cumprimento da obrigação para que se dê no futuro.

Um exemplo seria o contrato de compra e venda para pagamento em trinta dias.

O pagamento poderia ser feito na hora, mas passa para depois.

Vejam que não deixa de ser uma obrigação, na verdade um prestação que pode ser cumprida imediatamente.

Ou mesmo o contrato de compra e venda para pagamento em prestações: o simples fato de terem as partes convencionado o pagamento do preço em parcelas, não retira a instantaneidade da prestação.

Daí se dividem os contratos instantâneos em contratos instantâneos de execução imediata (as obrigações são cumpridas no mesmo momento, imediatamente como na compra e venda à vista); e contratos instantâneos de execução diferida (embora a obrigação possa ser cumprida imediatamente, em um único momento, esse momento foi postergado, diferido).

Já os contratos de duração (muitos se referem ainda a eles como contratos de trato sucessivo — *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*) são aqueles em que a prestação não pode ser cumprida imediatamente. Por sua própria natureza, tem que ser cumprida durante certo período de tempo.

Dividem-se em contratos de execução continuada e de execução sucessiva.

Os contratos de execução continuada são aqueles em que a obrigação não se cumpre em um só momento, mas se dá em uma ação contínua, ininterrupta.

Uma prestação de serviços, de manutenção, de trabalho ou o fornecimento de energia elétrica ou telefonia, a própria prestação do locador no sentido de manter a coisa disponibilizada para o uso.

Já os contratos de execução sucessiva são aqueles de prestações periódicas, intermitentes, que, por sua própria natureza, só interessam em conjunto.

São exemplos os contratos de assinaturas de jornais e revistas.

Não se trata de diversas obrigações singulares reunidas. Ninguém melhor que Orlando Gomes para explicá-lo: “*a despeito de ter a execução prolongada no tempo, contínua, periódica ou salteada, o contrato de duração não se compõe de sucessivas obrigações* (a execução é que sucessiva — inseri). *Toda prestação periódica e singular não constitui objeto de obrigação distinta. A obrigação é única; fracionam-se as prestações*”.

As diferenças entre os contratos instantâneos e de duração são importantes porque geram tratamentos diversos.

Nas prestações de duração, a rescisão do contrato não vai afetar, alcançar os efeitos já produzidos, as prestações já cumpridas, pois aquilo que já foi feito, o serviço, geralmente um atuar ininterrupto ou periódico, não pode ser restituído, devolvido.

Já no contrato de execução instantânea, as prestações, objetos das obrigações, podem ser devolvidas, restituindo-se o estado anterior.

A teoria da imprevisão atua sobre os contratos de duração.

Segundo Caio Mario, “*a prescrição da ação de resolução do contrato, por descumprimento, corre separadamente de cada uma das prestações, podendo-se acrescentar que a prescrição do direito de receber cada prestação independe das anteriores como das posteriores*” (vol. III, pág. 49).

7) Tempo determinado e indeterminado

Falamos dos contratos instantâneos e de duração. Agora falaremos dos contratos por tempo determinado e tempo indeterminado.

Tanto os contratos de execução instantânea diferida quanto aos contratos de duração têm sua execução dilatada no tempo. Os primeiros, é claro, por exclusiva vontade das partes, que resolvem postergar a execução que poderia ser imediata. Os segundos, por naturalmente pedirem uma dilação, já que as prestações têm que ser cumpridas de um modo contínuo, como o fornecimento de energia.

De qualquer forma, tanto aqueles quanto estes, encontram um fim, um término, ou um momento em que cessam de todo seus efeitos.

Nos contratos de execução instantânea diferida, sempre haverá a determinação desse momento, exatamente porque o diferimento decorreu da vontade das partes e não da natureza da prestação.

O que realmente importa no estudo dos contratos por tempo determinado e indeterminado (nessa classificação) são os contratos de duração, ou seja, aqueles em que pelo menos a obrigação de uma das partes é duradoura, contínua ou ao menos sucessiva (exemplo: contratos de fornecimento de vinhos, de assinatura de jornais, de revistas). Vejam que o contrato de assinatura de um jornal, ainda que de um mês, é considerado um contrato de execução sucessiva, em razão da necessidade de entrega do jornal todos os dias. Esses contratos, de execução continuada ou de fornecimento, podem ser determinados ou indeterminados.

Determinados são aqueles em que as partes estabelecem direta ou indiretamente a duração, o momento em que se extinguirão.

E qual é a técnica de se fazer isso?

Através da aposição de termo que é evento futuro e certo. Mas não é qualquer termo que transforma o contrato em determinado. É necessário que o termo seja "*certus quando*", não apenas "*certus an*". A morte de alguém é um evento que se caracteriza como um termo, pois embora incerta quanto ao momento, é certa quanto à sua ocorrência. É um termo, mas um termo "*certus an*" e "*incertus quando*".

Todos os contratos em que as partes fixam um prazo para sua duração, são contratos por tempo determinado, isto é, que estabeleçam que vigorará até determinada data, por determinado período de tempo, até um evento futuro certo e determinado (início das Olimpíadas).

Por outro lado, todos os outros contratos em que as partes não fixem um prazo determinado para sua duração ou que estejam submetidos a condição (evento futuro e incerto) ou termo "*incertus quando*" (evento futuro e certo quanto à ocorrência mas incerto quanto ao momento) são contratos por tempo indeterminado (v. Arnaldo Wald, já que Orlando Gomes parece admitir que contratos sob condição também seriam determinados).



Qual a importância de se fazer essa distinção? É que, em regra, os contratos por tempo indeterminado contêm a possibilidade de serem extintos, terminados, por vontade de qualquer das partes.

Essa faculdade é exercida através da “denúncia” e, para se ressaltar que não depende de qualquer outro requisito senão a vontade, fala-se em denúncia vazia.

Em alguns casos, a denúncia deve obedecer a certas regras, como no contrato de trabalho, em que se exige o aviso prévio para evitar as consequências da ruptura brusca (Orlando Gomes — pág. 131).

Essa faculdade se erige em verdadeiro direito potestativo da parte em um contrato por tempo indeterminado.

Já no contrato por tempo determinado, não é possível a denúncia exatamente porque “*a cláusula mediante a qual se apõe o termo tem por fim, precisamente garantir a eficácia do contrato por certo tempo*” (Orlando Gomes, pág. 132).

Agora, há que se atentar para o fato de que não se impede que a parte, se quiser, deixe de cumprir suas obrigações antes do prazo, por arbitrariedade. O que vai ocorrer, se não for possível fazê-la cumprir as obrigações, é que ela certamente será condenada a pagar perdas e danos pelo não-cumprimento.

Existem contratos que, por força da intervenção estatal, acabam sendo obrigatórios para as partes durante pelo menos certo período de tempo. Um exemplo é o contrato de locação residencial urbana, em que não é possível contratos por menos de 30 meses, o que impede qualquer término unilateral por parte do locador.

Nos contratos com prazo determinado podem as partes estipular a sua prorrogação por outro prazo determinado. É a recondução expressa. Mas a recondução pode ser tácita, isto é, pode haver prorrogação do contrato pela própria atitude das partes, se continuarem cumprindo o contrato ou se os usos, costumes a fazem presumir.

Os contratos prorrogados tacitamente tornam-se indeterminados, passando a valer as regras quanto à extinção dos contratos indeterminados.

A prorrogação pode ser legal, isto é, determinada em lei.

8) Contratos típicos e atípicos (nominados / inominados)

9) Contratos mistos

10) Contratos de adesão

Como ensina Orlando Gomes, a compreensão dos chamados contratos de adesão é difícil pois “*sua estrutura não se ajusta bem no esquema clássico do contrato*”.



Caracteriza-se pela imposição da vontade de uma das partes a outra, a quem só resta aceitar ou não contratar e, às vezes, modificar levemente alguma disposição (nesse caso, a inserção terá prevalência no que se refere à interpretação).

A parte aderente aceita em bloco as cláusulas do contrato.

Formação:

A formação dos contratos de adesão permite identificar uma figura que muitos autores pretendem equiparar ao próprio contrato de adesão e, tomando-a por perspectiva, elaborar a explicação de sua natureza e características.

1) É que, em primeiro lugar, o contrato de adesão se caracteriza por ser composto de cláusulas e condições previamente redigidas ou estabelecidas, formuladas de modo uniforme:

A elas quis se dar o nome de condições gerais de contrato, como são conhecidas pelos escritores alemães, termo que vem sendo usado mais recentemente.

Orlando Gomes o critica, lembrando que “condição” é termo já reservado na técnica jurídica e, por isso, prefere Cláusulas Gerais de Contrato.

De qualquer forma, pouco importando o termo utilizado, elas refletem o próprio conteúdo do contrato (ou parte dele) previamente elaborado e adaptado para o fenômeno da contratação em massa.

- Podem ser fruto:
 - (a) de regulamento administrativo (consórcios)
 - (b) da vontade de terceiro
 - (c) da própria parte predominante

Essas cláusulas gerais se caracterizam (e essas características se irradiam como características do próprio contrato de adesão) por:

- (i) Sua pré-determinação unilateral;
- (ii) Sua rigidez;
- (iii) Sua uniformidade (para que seja aplicável a uma generalidade de situações).

E em razão da força dessas cláusulas estabelecidas unilateralmente, se chegou a dizer que os contratos de adesão trariam, ínsito, sempre um vício permanente de consentimento, reconhecível em uma espécie de coação sofrida pela parte mais forte (Ripert, “La Règle Morale dans les Obligations Civiles”).

E em razão da força dessas cláusulas estabelecidas unilateralmente, se chegou a dizer que teriam caráter normativo (Teoria Normativista), ou seja, que se assemelhariam a regras de direito objetivo (lei) e que incidiriam quando o contratante aderisse:

- *“Para os normativistas, o momento de formação da relação jurídica individual e concreta tem também significado, porque constitui o pres-*

suposto de eficácia do direito objetivo... e direta como sucede com as demais, que independem sabidamente de qualquer declaração de vontade dos destinatários” (Orlando Gomes, pág. 114).

- Daí se chegou, logicamente, a concluir que o contrato de adesão não seria contrato, mas verdadeiro ato unilateral.

Mas Orlando Gomes faz questão de chamar a atenção para o fato de que as cláusulas gerais de contrato não tem caráter vinculatório, lembrando que, sem a aceitação não são mais que um pedaço de papel (Stückpapier/Musterformulare) e que a relação só se forma com a aceitação e, portanto, a adesão.

- E para que sejam reconhecidas como obrigatórias, hoje se impõe não só um controle formal de sua existência (arts. 46 e 54 do Código de Defesa do Consumidor), pois que devem ter sido dadas ao conhecimento do contratante e redigidas de acordo com algumas regras, mas igualmente um controle material (de sua abusividade — art. 51 do Código de Defesa do Consumidor).

2) Já em um segundo momento, portanto, o contratante adere a esse conteúdo (que lhe deve ser previamente disponibilizado).

É essa adesão que permite o reconhecimento da natureza contratual da figura, sendo a doutrina hoje predominante aquela que aceita essa natureza.

- Não há liberdade contratual
- Mas há liberdade de contratar (ainda que em grau mínimo).

Como diz Orlando Gomes, Georges Ripert foi uma das mais importantes vozes a ter-se levantado, em França, contra os anticontratuálistas, criticando a distinção que era feita entre consentimento e adesão.

- Ripert criticava a idéia de que nesses contratos sempre haveria uma espécie de vício de consentimento. Na verdade, ele chegou mesmo a dizer que alguns contratos formados tradicionalmente eram mais propensos a perpetrar injustiças que os contratos de adesão, dada a sua regulamentação, fiscalização e ao número de contratantes que acabavam igualando as partes.

Foi ele que permitiu inaugurar a idéia de que os contratos de adesão eram contratos como outros quaisquer, cuja única diferença era na formação.

E hoje é pacífica, como reporta Cláudia Lima Marques, a natureza contratual do contrato de adesão.

Suas características são, portanto:



- (i) Sua pré-determinação unilateral;
- (ii) Sua rigidez;
- (iii) Sua uniformidade (para que seja aplicável a uma generalidade de situações);
- (iv) Seu modo de aceitação (formação).

Interpretação:

Ripert dizia não ser a desigualdade dos contratantes, por si só, que o torna objeto de críticas, mas o abuso que poderia provir dessa desigualdade (“*Ce n’est pas parce qu’il n’est pas de nature contractuelle que le contrat d’adhésion est suspect, c’est au contraire parce qu’il est contrat*” pág. 103).

Ainda que, segundo ele, a interpretação não fosse o meio de solucionar a questão dos contratos de adesão, entendendo que deveria ser assumido pelo legislador o controle desse tipo de contrato, é importante notar que hoje, cinquenta anos depois, o legislador já estabeleceu, ele mesmo, algumas regras que devem ser seguidas na interpretação.

Assim é que a interpretação desses contratos deve ser, em caso de dúvida:

- (a) sempre contrária à parte que redigiu as cláusulas,
- (b) no caso de cláusula inserta no tipo datilografado ou pré-impresso, deve ela prevalecer;
- (c) art. 112 e boa-fé (reporto ao capítulo sobre interpretação).

Controle (Formal e Material).

Quanto à nomenclatura, ainda se diferenciava os contratos DE adesão dos contratos POR adesão, sendo que nos primeiros não haveria oportunidade de recusa da contratação enquanto que nos segundos ela poderia se dar, com a escolha entre contratar e não contratar. Humberto Theodoro Jr., em nota a Orlando Gomes, dá conta de que o Código de Defesa do Consumidor não adotou essa diferenciação.

11) CONTRATOS DE CONSUMO

EFEITOS DOS CONTRATOS

A matéria envolve o princípio da relatividade dos contratos.

Se lembram? Segundo ele, os contratos produzem efeitos entre as parte e somente entre as partes. E que efeitos são esses?



Criação de Obrigações:

Ora, o principal efeito dos contratos é a criação de obrigações.

Nós não podemos esquecer que, se estudamos o contrato em separado, é por sua importância, mas ele é fonte de obrigações e seu estudo se insere no âmbito das obrigações.

E é importante notar que toda e qualquer obrigação nascida do contrato é uma obrigação de dar, fazer ou não fazer algo.

Então, ainda que a obrigação seja a de dar (*strictu sensu*) alguma coisa, que diz respeito à transferência de direito real, pelo simples contrato o direito real não se transfere.

O contrato não tem, em nosso sistema, efeito real, ou seja, o contrato não pode produzir efeitos reais por si só, como a transferência da propriedade. O efeito do contrato é tão somente criar direito pessoal (obrigacional ou de crédito), nunca um direito real.

O direito real se transfere com a tradição, cumprimento da obrigação, mas o contrato por si só não produz direito real. Isso ao contrário das legislações francesa, portuguesa e italiana, que admitem que o simples consenso possa transmitir a propriedade, o que é herança de Napoleão:

“O direito romano queria que a translação da propriedade se effectuasse por um acto externo, visível e público, de modo que, sobre ella, convergissem as atenções. A tradição acha-se nessas condições, e, portanto, antes della e pelo simples efeito da obrigação de dar, se não transferia o domínio: Traditionibus et usucapionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur”.

“Mas o Código Civil francez trouxe uma inovação a esses princípios, que tinham por si uma experiência muitas vezes secular, admittindo (arts, 711 e 1.138), que a propriedade se transmittisse por efeito immediato da convenção...” (Clóvis Beviláqua, Direito das Obrigações, pág. 87).

Então, agora, podemos dizer que os contratos têm como principal efeito a criação de obrigações entre as partes.

Mas existem outros efeitos?

Irretratabilidade:

Sim, podemos dizer que os contratos também produzem os efeitos da irretratabilidade, isto é, a impossibilidade de serem revogados apenas por uma das partes.

Se o contrato é formado pelo consenso, apenas pelo consenso pode se desfazer.

É claro que acabamos de ver que o contrato pode acabar, terminar, com a vontade de um só (contrato por tempo indeterminado) mas é que, nesse caso,



como vimos, diz-se ter havido uma autorização tácita para a denúncia, não chega a haver derrogação do princípio

Essa irrevogabilidade do contrato é, em suma, um corolário, uma decorrência do princípio da obrigatoriedade dos contratos, que é reforçado por ele.

Nesse mesmo sentido, poderíamos dizer que outro efeito dos contratos é sua intangibilidade.

Da mesma maneira que o contrato não pode ser revogado por vontade de uma só das partes, tampouco pode ser modificado por vontade individual, unilateral.

Já vimos e ainda vamos retornar ao assunto, que circunstâncias especiais, podem autorizar a modificação das cláusulas do contrato pelo Juiz, mesmo sem a autorização de uma das partes. É uma Exceção.

Agora, nada impede que pelo mútuo consentimento, ambas as partes resolvam alterar o contrato, o que, quando por escrito, é feito através de aditamento.

O aditamento, a modificação em geral, significa um novo contrato?

Depende da profundidade da alteração.

Se o aditamento é tão somente para prorrogar a vigência, não configura novo contrato, mas o mesmo. Se a modificação é profunda, aí importa em novação.

Relatividade:

Bom, o principal efeito é a produção de obrigações para as partes. E só para as partes em razão da relatividade. Só as pessoas que estipularam o contrato se obrigam (por isso se diz que o contrato “é lei **entre** as partes”). O contrato é *res inter alios acta*.

Mas há exceções, em que o contrato atinge terceiros com seus efeitos.

Como seria isso? Impondo-lhes obrigações?

Em geral, um contrato celebrado pelas partes não pode impor obrigações a terceiros, o que, aliás, seria um prejuízo para a segurança das relações. Era assim que pensavam os romanos (*alteris stipulatio non potest*).

(i) Mas há uma exceção: a dos sucessores a título universal, que recebem todos os direitos e obrigações do *de cuius* (ainda que até as forças da herança).

Olhem bem. Um contrato pode perfeitamente prometer um fato de terceiro (fulano lhe entregará o livro no final da semana). Obviamente pressupõe que aquele que está contratando já tinha uma combinação com o fulano.

Mas mesmo nesse caso, não podemos dizer que o contrato atinja terceiros, pois o que vai acontecer se o terceiro não cumprir? NADA contra o terceiro.

O contratante pode exigir do terceiro a entrega do livro? Não, pois ele não se obrigou pelo contrato. Ele não tinha qualquer obrigação.



Outra situação é a venda de coisa de outra pessoa. Nada impede, como veremos, que eu contrate vender para vocês uma coisa que pertence a outra pessoa. Nesse caso, se a outra pessoa não entrega a coisa, não vão vocês poder exigir a coisa dela, pois ela não se obrigou. Aqui também não há exceção ao princípio da relatividade.

(ii) Outra situação em que há realmente exceção ao princípio da relatividade é a estipulação em favor de terceiro. Se o Direito não admite que os contratos celebrados entre as partes obriguem a terceiros, acaba admitindo, diante da necessidade da prática, os contratos celebrados entre as partes que beneficiem terceiros.

ESTIPULAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO

Histórico:

O Direito Romano não aceitava a extensão dos efeitos a terceiros (*alteri stipulatio non potest; res inter alios acta tertius nec prodes, nec nocet*):

Dizia-se que o terceiro não poderia exigir o cumprimento da obrigação pois não teria direito de crédito; e, ao mesmo tempo,

que o estipulante também não o poderia. Não por não ter direito de crédito, mas por não ter interesse (San Tiago Dantas, pág. 211).

No entanto, o Direito moderno admite expressamente a hipótese, a possibilidade de que o próprio beneficiário exija a prestação e admite que o estipulante também o faça.

Como funcionam essas estipulações?

Duas partes celebram negócio em que uma delas se obriga, a pedido da outra, a entregar ou fazer algo em benefício de terceira pessoa. A pessoa que pede chama-se estipulante (ou promissário) e a que se obriga, a pedido da outra, a entregar ou fazer algo, promitente. O terceiro é o beneficiário.

Exemplos:

Contrato de seguro de vida;

Doação com encargo em favor de uma terceira pessoa;

Contrato de transporte — entrega em favor de terceiro.

Troca de um terreno por outro com a condição de dar passagem a terceiro.



Definição: “é o contrato em que um dos contratantes (promitente) atribui, por conta e à ordem do outro (promissário), uma vantagem a um terceiro (beneficiário), estranho à relação contratual” (Antunes Varela, pág. 421).

A estipulação em favor de terceiro não se confunde com outros contratos em que há um beneficiado que, contudo, não dispõe de qualquer direito de crédito em face do devedor: exemplo: presente de casamento.

Os alemães chamam de “*contratos autorizativos da prestação a terceiro*”.

Para que haja contrato a favor de terceiro é preciso que este seja titular do crédito.

Efeitos:

Do contrato a favor de terceiro, nascem duas relações distintas:

(i) a relação entre o promissário e o promitente; e

Nesse sentido o contrato a favor de terceiro é um meio de que se serve o promissário para fazer uma atribuição patrimonial indireta.

Relação de Cobertura ou de Provisão.

O promissário tem direito de crédito quanto à prestação:

- **Art. 436:** O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação.

O promissário continua a ter os direitos decorrentes do contrato (denúncia, anulação, rescisão, exigir indenização etc).

O promitente também.

O promitente só não pode invocar meios de defesa baseados na sua relação com o terceiro ou na relação entre o terceiro e o promissário.

(ii) a relação entre o promissário e o terceiro:

Relação de Valuta.

O terceiro tem direito de crédito quanto à prestação, a não ser que se trate de benefício sujeito à revogação ou alteração em razão da própria natureza do contrato:

- **Art. 436, parágrafo único:** Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigi-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438.
- **Art. 438:** O estipulante pode reservar-se o direito de substituir o terceiro designado no contrato, independentemente de sua anuência e da do outro contratante.

Tem também direito quanto aos consectários do contrato (redibição etc).



O promissário/estipulante não pode exonerar o devedor:

- **Art. 437:** Se ao terceiro, em favor de quem se fez o contrato, se deixar o direito de reclamar-lhe a execução, não poderá o estipulante exonerar o devedor.

Se fôssemos considerar o princípio tal qual era no âmbito do Direito Romano, não poderíamos aceitar que isso ocorresse, pois *alteri stipulatio non potest e res inter alios acta tertius nec prodes, nec nocet*.

Isso consta expressamente dos arts. 436 e 437 do Código Civil.

EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO

Quando falamos das classificações dos contratos, vimos, dentre elas, aquela que diferencia os contratos unilaterais dos bilaterais. Essa é uma das mais importantes classificações pois o fato de um contrato se unilateral ou bilateral faz com que o legislador atribua a ele consequências serias, principalmente quanto à interpretação e à existência de determinados mecanismos que a eles se aplicam.

Nós vimos que o principal efeito de um contrato é que ele cria obrigações.

No contrato unilateral não nascem obrigações equivalentes para as partes, mas no contrato bilateral nascem obrigações equivalentes para ambas as partes. De acordo com o princípio da obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*), essas obrigações devem ser cumpridas por cada uma das partes, não podendo sofrer alteração ou serem desconsideradas por só uma delas.

Ora, em razão disso, essa obrigatoriedade que vincula as partes o que deve acontecer se uma delas não cumpre sua obrigação?

Em um primeiro momento (e para o Direito Romano era assim), como cada uma das partes estava restringida com o peso da obrigatoriedade, com o peso da sua própria obrigação, não era lógico que deixasse de cumpri-la se a outra parte não cumprisse a sua, pois do contrato nasceram obrigações específicas e isoladas para cada uma das partes e, considerando-as isoladamente cada uma delas estaria adstrita ao cumprimento de sua obrigação.

Lembrem-se do Direito das Obrigações que estudaram no período passado: a partir do momento em que surge a obrigação, nasce o direito do credor de exigir o cumprimento e esse deve ser feito sob pena de responsabilização por perdas e danos. Nessa idéia técnica, cada uma das partes de um contrato estaria adstrita ao cumprimento de sua obrigação, não importando o que ocorresse. E essa era, então, a solução adotada pelos lógicos e técnicos romanos.

No entanto, como reporta San Tiago Dantas (pág. 188, vol. 2), desde cedo se percebeu que essa “*solução lógica contrariava fortemente a equidade e o*



próprio interesse que preside o funcionamento dos contratos”. E eu acrescentaria: especialmente o funcionamento dos contratos sinalagmáticos, que, como vimos, são aqueles contratos bilaterais em que há sempre uma interdependência recíproca entre as prestações (sinalagma genético e funcional).

Nesses contratos, a obrigação de uma parte é causa, é a justificativa da obrigação da outra parte; uma não existe sem a outra, não justifica sua existência senão na outra.

Por isso, se uma das partes não cumpre sua obrigação, a outra pode recusar-se a cumprir a sua, já que esse cumprimento, pelo contrato sinalagmático, somente se justificaria perante o outro. A parte compradora só paga o preço para obter a coisa. Se não obtém a coisa visada, não precisa pagar o preço.

É nisso que consiste a exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), que se encontra prevista no artigo 476 do Código Civil: “*Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro*”.

Vejam que o dispositivo refere-se a contrato bilateral em que há obrigações equivalentes de ambas as partes. Mas isso não é suficiente, pois, como vimos, há contratos bilaterais em que uma parte mesmo se cumprida a sua obrigação não poderá exigir a do outro se a obrigação do outro for aleatória e a condição não se tiver verificado.

Aqui há uma interdependência inicial das obrigações, mas pode não haver troca entre elas.

Por isso é que além de bilateral, para que seja aplicada a exceção, o contrato tem que ser sinalagmático, genética e funcionalmente.

A exceção de contrato não cumprido é exatamente a faculdade que tem uma parte em um contrato bilateral, sinalagmático, de recusar o cumprimento de sua obrigação caso a outra parte não tenha cumprido a dele.

Nomenclatura:

Bom, exceção, por quê? Vejam que eu disse que inicialmente não se aceitava essa forma de opor-se à pretensão da outra parte, mesmo que ela não tivesse cumprido. Pois é, a *exceptio* passou a ser admitida, com a evolução do Direito, precisamente em razão da equidade e do equilíbrio entre as partes. E ela só passou a ser admitida pois sua argumentação passou a ser insistentemente deduzida na defesa contra a outra parte “cara de pau” que mesmo sem cumprir sua parte vinha exigir a do outro.

E “exceção”, na linguagem processual, é defesa. Antigamente, defesa era chamada de exceção.



E justamente por ter surgido como defesa contra a parte “cara de pau”, passou a ser conhecida como exceção de contrato não cumprido que, na época, nada mais era, que defesa por contrato não cumprido.

Hoje em dia, no processo civil, o termo (“exceção”) é usado como uma espécie de defesa dilatória ou extintiva.

A exceção era então utilizada para impedir, para bloquear o pedido do autor evitando que ele conseguisse ver seu direito reconhecido.

Utilização:

Agora, não é por isso que a exceção, essa faculdade de recusar o cumprimento diante do inadimplemento da outra parte, só possa ser usada por alguém que esteja na posição de réu. Começou assim. Mas nada impede que a faculdade seja usada em uma inicial pela parte na posição de autor.

É só imaginar o caso em que a parte não cumpriu com sua obrigação esteja exigindo, por exemplo, através de boletas bancárias o pagamento da outra e inclusive com ameaças de levar seu nome ao SPC. A parte inocente não precisa ficar esperando o “cara de pau” cobrar em Juízo para só então se valer da exceção como réu. Ela pode simplesmente ajuizar uma ação para que seja reconhecido o seu direito de não pagar até que a outra cumpra.

E quais as condições para o uso da exceção?

- (i) Ora, a primeira delas é um tanto óbvio. A princípio só se pode valer da exceção a parte que teria que cumprir em segundo lugar, pois só ela tem a seu favor o descumprimento da outra.

O uso da exceção raramente será feito em contrato instantâneo de execução imediata. Neste, uma parte recebe a obrigação da outra ao mesmo tempo em que cumpre a sua. Basta lembrar do contrato de compra e venda à vista. O vendedor entrega a coisa e o comprador paga o preço na mesma ocasião.

Mas se um comprador acerta com um vendedor para que este entregue a mercadoria no dia 30.09, devendo pagar o preço só no dia 30.10 e o vendedor, chegando o dia 30.09, não cumpre, deixando de entregar a coisa, e mesmo assim, vem a exigir o pagamento do preço, o comprador poderá opor a exceção de contrato não cumprido, pois ele é que teria de cumprir em segundo lugar.

Assim, parece óbvio que alguém que tenha que cumprir em primeiro lugar não possa invocar a exceção pois não poderá alegar o descumprimento da outra parte.

É, mas não se assustem se eu disser que há uma exceção a essa regra.



O que vocês diriam se eu lhes contasse a seguinte história: os mesmos comprador e vendedor do exemplo acima celebram um contrato nas mesmas condições. Agora imaginem que na data acordada para a entrega da coisa, dia 30.09, o vendedor fica sabendo que o comprador não poderá cumprir com sua obrigação, pagando o preço, por estar com sua falência decretada ou em outra situação qualquer que o impeça de cumprir. O comprador deve mesmo assim cumprir a dele?

Não, pelas mesmas razões de equidade e de equilíbrio, seria injusto obrigá-lo a entregar a coisa sabendo de antemão que o comprador não poderia pagar. Então, nessa condição excepcional que se daria, por exemplo, com a falência do comprador, ele pode se valer da exceção.

É o que diz o artigo 477 do Código Civil. Mas é claro que tem que haver fundadas razões para a invocação:

- **Art. 476:** Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.
 - **Art. 477:** Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.
- (ii) É exigida também certa equivalência nas prestações para que se possa invocar a exceção.

CLÁUSULA RESOLUTIVA TÁCITA

É uma disposição que se aplica tão somente aos contratos bilaterais. Embora seja uma das hipóteses de rescisão do contrato, deve ser tratada aqui para aproveitar a distinção, feita quando da classificação dos contratos bilaterais.

E as mesmas considerações feitas à *exceptio* aplicam-se aqui. Não basta que o contrato seja bilateral, mas tem que ser também sinalagmático.

Já vimos que no Direito Romano a técnica e a lógica não permitiam que a parte se esquivasse do cumprimento de sua obrigação porque a outra não o fez. As obrigações eram consideradas de modo distinto e só podiam ser influenciadas por fatores externos, específicos e fortuitos.

Mas pelos mesmos motivos que se passou a admitir a recusa de cumprimento através da exceção, também se passou a admitir que a parte prejudicada pelo inadimplemento da outra, ao invés de permanecer vinculada ao contrato, pedisse logo a extinção do vínculo, a resolução, já que se o outro não cumpriu ela também poderia ser exonerada do cumprimento.



Na verdade, por que manter a relação contratual estagnada pelo uso da exceção indefinidamente? Essa indefinição quanto ao cumprimento da parte que inicialmente inadimpliu geralmente faz com que não haja mais interesse (por parte do prejudicado) no recebimento da prestação inicialmente recusada e, portanto, na própria manutenção do vínculo. Mais vale desfaze-lo de pronto.

Inicialmente isso se deu através da imposição de um pacto comissório (pacto de extinção), uma cláusula inserida nos contratos.

Nomenclatura:

De acordo com a lição de Francisco Clementino de San Tiago Dantas, no Direito francês antigo, a inclusão dessa cláusula era permitida mas seus efeitos só se davam após declarada sua aplicação por sentença. E de tão comum a sua utilização, chegou a um ponto em que passou a ser presumida existente mesmo quando não expressa. E foi assim que foi incorporada tacitamente a todos os contratos sinalagmáticos (Mazeaud rechaça essa explicação, dizendo que a origem deve ser reconhecida nos contratos inominados do Direito Romano: ver p.1139). Daí cláusula resolutiva tácita. Está prevista em nosso Direito no artigo 475:

Art. 475: A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Efeitos:

(i) O sistema francês, que adotamos, considera que a cláusula resolutiva não opera de pleno direito (*ipso iure*), mas requer declaração judicial para que opere seus efeitos (*ope judice*), exigindo a intervenção judicial para que o vínculo seja desfeito.

E por quê?

— Porque se reconhece ainda haver para o prejudicado a faculdade de exigir o cumprimento da obrigação, o que se saberá com a interpelação judicial (nesta o prejudicado dirá se pretende a execução ou o desfazimento).

(ii) A sentença tem natureza constitutiva (negativa).

(iii) As coisas se restituem ao estado em que antes se encontravam.



ARRAS OU SINAL (ARTS. 417 A 420 DO CÓDIGO CIVIL)

Art. 417. Se, por ocasião da conclusão do contrato, uma parte der à outra, a título de arras, dinheiro ou outro bem móvel, deverão as arras, em caso de execução, ser restituídas ou computadas na prestação devida, se do mesmo gênero da principal.

Art. 418. Se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as; se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito, e exigir sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado.

Art. 419. A parte inocente pode pedir indenização suplementar, se provar maior prejuízo, valendo as arras como taxa mínima. Pode, também, a parte inocente exigir a execução do contrato, com as perdas e danos, valendo as arras como o mínimo da indenização.

Art. 420. Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar.

Nomenclatura e Origem:

A palavra vem, como reportam Caio Mário e Darcy Arruda Miranda, do latim “arrha” que teve talvez origem semítica, querendo significar garantia, penhor.

No Direito Romano os contratos não se formavam pelo simples consentimento? Que as partes se valiam de determinados rituais e objetos para simbolizar e solenizar o acordo a que haviam chegado? Pois bem, em diversas situações as partes trocavam objetos ou davam uma parcela daquilo sobre o que contratavam exatamente para indicar, para comprovar a realização do consenso:

Surgiram “*no Direito Romano, num tempo em que o consenso, por si só e desacompanhado de outras formalidades, não bastava para vincular o contratante*” (Silvio Rodrigues, p. 83) e, por isso, tinham, historicamente, a função de confirmar, de reforçar o vínculo.

Admite-se a existência de arras, também, no Direito de Família (arras esponsalícias) para confirmar o casamento.



Função:

Foi mais ou menos com essa função de comprovação que as arras chegaram ao Direito Moderno, sendo utilizadas mesmo sabendo-se que é o consenso que basta para obrigar e vincular as partes (*solu consensus obligat*) para reforçar e confirmar a celebração do contrato, isto é, o alcance do consentimento mútuo do consenso.

“À medida que as convenções se tornaram obrigatórias, pela própria força do consentimento, as arras perderam esse caráter de elemento reforçador do vínculo, para se tornarem instrumento probatório, isto é, uma demonstração ostensiva da realização do contrato” (Silvio Rodrigues, p. 84).

Servem para indicar, precisar e demarcar (facilitando a comprovação) aquele específico momento em que o consentimento de uma parte e de outra se encontram, no mesmo lugar ficando (*duorum vel plurium in idem placitum consensus*).

Tem-se então que as arras chegaram até nós como uma confirmação do acordo de vontades que é dada exatamente no momento (concomitantemente) ou posteriormente à celebração (muito embora Orlando Gomes reporte existência das chamadas “arras assecuratórias” que seriam prestadas anteriormente à formação do vínculo contratual).

E nesse sentido, exatamente por servirem como marco ou sinal do momento da celebração do consenso, dadas as arras por uma das partes, não há dúvida de que tal contrato está concluído, de modo que se uma das partes se recusa a cumprir está quebrando o contrato.

É essa idéia que se encontrava no artigo 1.094 do Código Civil de 1916: “o sinal, ou arras, dado por um dos contraentes firma a presunção do acordo final, e torna obrigatório o contrato” (sem correspondente no código civil novo).

“Firma a presunção” — é exatamente que através dela se reconhece o consenso. A presunção é absoluta.

Nosso código de 2002 não repete o texto, mas a ideia não se perdeu, tanto que as arras são computadas na prestação devida se do mesmo gênero:

— **Art. 417.** Se, por ocasião da conclusão do contrato, uma parte der à outra, a título de arras, dinheiro ou outro bem móvel, deverão as arras, em caso de execução, ser restituídas ou computadas na prestação devida, se do mesmo gênero da principal.

Vejam que a lei falava “*torna obrigatório o contrato*”, mas na verdade não são as arras que tornam o contrato obrigatório. Como já sabemos, o contrato é obrigatório pelo simples consentimento; o que torna o contrato obrigatório é o consenso. Mas através das arras temos a certeza desse consenso.

É por isso que as arras são dadas no momento ou após a celebração do contrato, nunca antes. Essas arras, por tudo isso, recebem o nome de ARRAS



CONFIRMATÓRIAS em oposição às ARRAS PENITENCIAIS que já estudaremos.

O que pode constituir arras:

Pode constituir arras qualquer coisa móvel, sendo geralmente uma quantia em dinheiro. Nas origens, as arras consistiam em um objeto, geralmente de valor de estimação (emocional) de uma das partes, por isso podem até hoje ser assim constituídas.

Destino das Arras em Dinheiro ou outro bem fungível em relação à obrigação:

O artigo 1.096 do Código Civil de 1916 dizia que: “*salvo estipulação em contrário, as arras em dinheiro consideram-se princípio de pagamento*”. A disposição não tem correspondente no código civil novo, mas, como vimos, ainda é a ideia do art. 417.

O que se quer dizer é que elas são computadas no preço total a ser pago ao se cumprir finalmente o contrato. Elas entrarão como parte do preço pago. Não constituem um valor a mais.

A doutrina aponta uma imperfeição nesse ponto (ao se referir apenas a dinheiro), pois se o objeto a ser dado for uma coisa fungível, as arras podem ser dadas em outras coisas da mesma espécie e, assim também podem consistir na parte ou parcela inicial do pagamento (v. Carvalho Santos, pág. 277, vol. XV).

Destino das Arras que Não Dinheiro ou Bem Fungível com o Objeto do Contrato:

Se não forem dinheiro ou uma outra coisa fungível, da mesma natureza do objeto do contrato, não podem ser consideradas princípio de pagamento e, conforme determina o artigo 417, devem ser restituídas, seja quando:

- (i) o contrato for concluído (e concluído aqui foi colocado equivocadamente, pois não quer dizer celebrado, mas cumprido, executado, como o próprio Clóvis Beviláqua observa), posto que a coisa só fora dada como prova, não poderia ser aproveitada como parte do pagamento; ou
- (ii) ficar desfeito (e com isso quer dizer resolvido sem culpa de qualquer das partes, como por exemplo, ficar impossibilitado por motivo de força maior ou caso fortuito).



Agora, o que ocorre se o contrato em que foi dado um sinal confirmatório se impossibilitar por culpa de uma das partes?

O Código Civil de 1916 tratava do assunto no artigo 1.097 que era um dos mais discutidos e criticados do Livro das Obrigações.

Art. 1.097: Se o que deu arras der causa a se impossibilitar a prestação ou a se rescindir o contrato, perdê-las-á em benefício do outro. (sem correspondente no código civil novo).

- Esse artigo trata da culpa daquele que deu arras.
- Seria a punição do Código ao inadimplente ou culpado que deu arras que não obedeceu ou prejudicou a obrigatoriedade do contrato.
- Mas e aí? É só isso?
- Se o que deu o sinal, dá causa à impossibilidade, por exemplo, o outro, prejudicado, ficará com as arras. E só?

Não tem direito a perdas e danos?

O art. 419 o responde:

- **Art. 419.** A parte inocente pode pedir indenização suplementar, se provar maior prejuízo, valendo as arras como taxa mínima. Pode, também, a parte inocente exigir a execução do contrato, com as perdas e danos, valendo as arras como o mínimo da indenização.

ARRAS PENITENCIAIS

As arras confirmatórias é que existiam originalmente, como falamos. As arras confirmatórias é que preenchem a função de prova do consenso celebrado. Mas na fase de codificação do Direito Romano, na era de Justiniano, talvez por uma confusão na interpretação das fontes, passou-se a admitir a possibilidade de arrependimento mesmo após dadas as arras ou o sinal. Desenvolveu-se, então, a idéia de que as arras poderiam ser dadas anteriormente à celebração do contrato (e obviamente antes do nascimento do vínculo e da obrigatoriedade), pelo que perderiam a sua função confirmatória, passando a servir como compensação pelo arrependimento, de modo que se o arrependido fosse o que deu arras, perdê-las-ia e se fosse o que as recebeu, devolvê-las-ia em dobro. Não haveria, portanto, já que dadas antes do consenso, que se falar em quebra do contrato que ainda não fora celebrado.

No entanto, passou-se a admitir também que as arras, mesmo dadas após a celebração ou junto a com a celebração, poderiam ter essa função de autorizar o arrependimento *stricto sensu* e, mesmo o inadimplemento.

Algumas legislações, como a francesa, adotaram essas arras, que se chamavam ARRAS PENITENCIAIS (de pena em razão da desistência) como regra.



Arras Confirmatórias como Regras:

Nosso Direito anteriormente seguia essa orientação, mas tanto o Código de 1916 quanto o atual adotaram o sistema alemão, voltando à tradição e consideram as arras confirmatórias como regra, embora admitam as penitenciais por estipulação das partes.

É o que dizia o artigo 1.095: “*Podem, porém, as partes estipular o direito de se arrepender, não obstante as arras dadas. Em caso tal, se o arrependido for o que as deu, perdê-las-á em proveito do outro; se o que as recebeu, restitui-las-á em dobro*”.

Veja que o dispositivo falava em “*não obstante as arras dadas*” que, de regra, teriam o caráter confirmatório.

No Código de 2002, o artigo 420 regula a questão:

Art. 420. Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar.

Nosso Direito, quis, então, afastar a possibilidade de arrependimento na regra das arras, estabelecendo a presunção de arras confirmatórias o que impede a recusa de cumprimento do contrato após esse tipo de arras dadas.

Função:

Ao contrário, as arras penitenciais dão conta da possibilidade de arrependimento e funcionam à semelhança de uma cláusula penal, pré-fixando as perdas e danos ou pela não-celebração do contrato ou pelo próprio desfazimento do contrato.

Diferenças com Outras Figuras:

Mas é importante frisar que as arras penitenciais não se confundem com a cláusula penal. Têm caráter real (dependendo da entrega da coisa para produzir os efeitos) e são prestadas com antecipação, ao contrário desta que é meramente consensual e são devidas posteriormente.

Além disso, a cláusula penal está vinculada ao inadimplemento, à quebra do contrato, enquanto que as arras relacionam-se a uma simples desfazimento, no máximo uma resilição. Relacionam-se não a um ilícito contratual, mas ao exercício de um Direito.

Voltando ao art. 419:

Bom, exatamente porque nosso Direito quis evitar o arrependimento como regra, dando, salvo cláusula em contrário, às arras a função de comprovação do vínculo, não poderia o artigo 1.097 ter dado solução igual à do artigo 420 (arras penitenciais).

Isso seria o mesmo que admitir o arrependimento, pois dá à parte a faculdade de escolher, de trocar o cumprimento da obrigação pelas arras dadas!!!

Neste caso, as arras confirmatórias também teriam o significado de uma pré-fixação das perdas e danos! e aí estariam relacionadas à quebra do contrato, embora também não se erigissem em cláusula penal.

“Com efeito, se a lei dispõe que o inadimplente perde as arras dadas ao não cumprir o ajuste, deve-se entender que esta é a única pena que o legislador impõe, donde deriva a necessidade de se interpretar o texto no sentido de ser sempre lícito o arrependimento, mesmo na falta de convenção expressa, mediante perda do sinal. Ora, através dessa exegese, de resto a mais literal, estaria o legislador de 1916 reinstalando no Código, pelo art. 1.097, o entendimento penitencial das arras, que ele mesmo banira com o art. 1.094” (Silvio Rodrigues, p. 90, comentando o regime do Código de 1916).

Por isso que muitos vinham entendendo que não se fica restrito só à retenção das arras, mas admitem pleitear também perdas e danos (J.X. Carvalho de Mendonça e João Luiz Alves).

O que outros, como Silvio Rodrigues, entendiam ser uma solução iníqua, pois permitiria o enriquecimento da parte prejudicada que, mesmo tendo recebido a reparação através das perdas e danos, ainda reteria as arras. Segundo ele, que compara a redação de nosso Código com aquela do art. 338 do BGB, sua eventual fonte de inspiração, a solução é alternativa: ou a parte escolhe ficar com as arras ou pede perdas e danos, caso em que as arras devem ser imputadas na indenização.

Caio Mário, após dar conta de que a tendência era afastar a característica limitativa das perdas e danos (p.68), dizia que a solução variaria de acordo com o exame do contrato concreto, donde se poderia determinar se as partes tiveram ou não a intenção de, através das arras, pré-fixar as perdas e danos.

Resumindo, quatro eram as posições:

- (i) as arras cumprem a função de indenização; nada mais é devido (Orlando Gomes (p.100), WBM (p.44), Arnaldo Rizzardo (p.192) e Clóvis Beviláqua);
- (ii) as arras podem ser cumuladas com as perdas e danos (J.X. Carvalho de Mendonça, João Luiz Alves e J.M. Carvalho Santos (p.280));
- (iii) a parte prejudicada deve escolher entre ficar com as arras ou pedir perdas e danos, descontadas as arras (Silvio Rodrigues (p.92));
- (iv) a solução vai depender do caso concreto (Caio Mario (p.68)).

Com o art. 419, a problemática se desfez.



VÍCIOS REDIBITÓRIOS

Conceito:

São vícios ocultos em uma coisa que a tornam imprópria ao uso normal ou diminuem seu valor. Isso se verifica da análise do artigo 441, *caput* do Código Civil.

Qual a importância dessa conceituação? É que a descoberta de um vício oculto tem importante consequência que é a de permitir ao adquirente da coisa viciada enjeitá-la: “*a coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos...*”.

O que é enjeitar? Enjeitar vem do latim “*ejectare*” que quer dizer recusar/devolver.

O adquirente de uma coisa com vício oculto que a tenha tornado imprópria ao uso a que é destinada ou lhe diminua o valor pode devolvê-la pedindo, obviamente, a devolução do preço que tenha pago, com o desfazimento do vínculo.

Essa rejeição importa em que? Se o vício é redibitório, na redibição do negócio? É, mas o que é redibição? Redibir vem do latim “*redhibere*”, anular judicialmente.

E os vícios redibitórios ensejam mesmo a anulação do contrato até — é rescisão, então?

Não, não é rescisão pois esta depende do inadimplemento, ou seja, da culpa da parte e a solução na teoria dos vícios redibitórios não depende de culpa. Aplica-se mesmo sem a falta da parte transferente.

Trata-se de quê, então, já que não é nem anulação nem rescisão?

É hipótese de resilição, em razão do direito potestativo concedido pela lei quando há vício oculto. Basta que o adquirente queira a redibição.

Agora, voltando à primeira pergunta: o que é enjeitar? Rejeitar, devolver. É só isso que o adquirente pode fazer, devolver a coisa viciada?

Não, a lei dá a ele a oportunidade de escolher entre:

- (i) a redibição;
- (ii) e o abatimento do preço. Nessa última hipótese, a lei reconhece que a ele pode interessar ficar com a coisa mesmo, dando-lhe o direito de pedir o abatimento do preço.

A solução é similar à depreciação na obrigação de dar coisa certa. E vejam que de certa forma há uma semelhança de situação, pois a coisa que foi recebida com vício o foi em virtude de uma obrigação de dar ou entregar que, a partir da escolha, invariavelmente tornou-se certa, podendo ser aplicada as mesmas soluções.



Art. 442: Em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato (art. 441), pode o adquirente reclamar abatimento no preço.

Para cada uma dessas alternativas, o recebedor da coisa tem uma ação distinta. São as chamadas “ações edilícias”.

Porque elas têm esse nome?

Pois são o resultado de criação dos “*edis curules*” (singular — “*edil curul*”) que eram os fiscais dos mercados romanos que tinham poder de pretores (juízes) na solução de conflitos entre mercadores e clientes. Foram eles quem primeiro desenvolveram a teoria dos vícios, elaborando dois tipos de ação, que passaram a aceitar conforme o prejudicado quisesse devolver a coisa ou ficar com ela. No primeiro caso, utilizava-se a ação redibitória, para desfazer o vínculo e possibilitar a devolução da coisa e do preço pago plenamente. No segundo caso, valia-se da ação “*quanti minoris*”, ficando consolidado o vínculo, o contrato, mas dando-se a oportunidade do abatimento do preço em razão do vício.

Tais ações chegaram até nos, preservando sua função original. Se o adquirente quer rejeitar a coisa (artigo 441, *caput*), usa a ação redibitória e se quer continuar com ela, mas abater o preço pago, usa a ação estimatória (para estimar o valor da diminuição causada pelo vício) — que nada mais é que a ação “*quanti minoris*”.

Vale notar que uma vez escolhido o caminho, o adquirente não pode mudar de idéia. A escolha entre uma e outra é irrevogável.

O que se pode nas ações edilícias? Vimos que a solução não depende de culpa, devendo o transferente restituir o preço pago (na redibitória) ou restituir parte dele (na estimatória).

Mas a solução pode variar de acordo com outro fator: o conhecimento ou desconhecimento do vício pelo transferente, isto é, sua má-fé ou boa-fé.

Se há boa-fé, ou seja, se ele não conhecia o vício, ele só restitui isso que dissemos.

Já se ele conhecia o vício (e isso caracteriza sua má-fé ao não informar o adquirente de sua existência), tem que restituir isso e ainda responde por perdas e danos.

Características:

Agora que já estudamos o que são e o que acarretam. Já podemos, para consolidar nosso estudo, enumerar as características vícios redibitórios:

- (i) devem ser ocultos;
- (ii) devem ser desconhecidos pelo adquirente;
- (iii) devem ser pelo menos existentes ao tempo da transferência;
- (iv) devem tornar a coisa imprópria para o uso a que se destina ou diminuir-lhe o valor de modo significativo.

*Fundamentos:*

Qual o fundamento das regras sobre os vícios redibitórios?

Orlando Gomes aponta três teorias que o tentaram explicar:

- (i) A primeira fundava a proteção no inadimplemento pela entrega de coisa viciada. No entanto, tal teoria não leva em conta que o inadimplemento decorre de culpa e a proteção no caso dos vícios dispensa a existência de culpa.
- (ii) A segunda justifica o mecanismo no erro: o adquirente não teria adquirido a coisa se soubesse da existência do vício ou, pelo menos, teria pago menor valor. Não se encaixa, pois o erro leva à anulação do negócio e o vício redibitório, como vimos, não sempre. O adquirente pode escolher o abatimento.
- (iii) Por fim, a solução se firmaria na teoria dos riscos. Mas o equívoco é flagrante. Afinal, a teoria dos riscos estuda as consequências da perda e da deterioração causadas por evento fortuito e futuro e os vícios redibitórios não são nem um nem outro. Ao contrário, existem desde antes da contratação.

De certa forma, porém, há semelhança nos fundamentos da teoria dos riscos e dos vícios redibitórios que as aproximam. É que, não obstante a teoria dos vícios redibitórios se inclua na matéria dos contratos e a dos riscos mais intensamente no Direito das Obrigações, onde é mais especificamente disciplinada, as consequências desta última também dizem respeito a relações em que há obrigações de ambas as partes. É só nos lembrarmos que no caso, por exemplo, de uma obrigação de dar coisa certa em que ocorra a deterioração da coisa a obrigação pode persistir e ser exigida pelo credor que, então, terá direito ao abatimento no preço.

Veja-se pois que se está considerando a solução no âmbito da teoria dos riscos em atenção à correlativa obrigação de pagar o preço. A matéria poderá perfeitamente estar inserida no tópico dos contratos.

Qual é o fundamento dessa faculdade de se exigir o abatimento? Se pensássemos apenas na obrigação de dar a coisa certa, teríamos que considerar apenas o dever da parte em entregar a coisa certa à outra (independentemente do abatimento), já que a coisa certa ainda existe, não havendo motivo para que a obrigação não fosse cumprida.

A faculdade de exigir o abatimento do preço só é dada pelo legislador porque ele considera que correspectivamente à obrigação de entrega havia (ou poderia haver) uma obrigação de trocá-la por um preço (quantia equivalente). Veja-se que não deixa de ser uma expectativa de haver a coisa sem defeito.



Quando ocorreu a deterioração, houve uma diminuição do valor da coisa e como essa coisa estava no patrimônio do devedor, foi este que sofreu a diminuição. Não há que se falar em responsabilidade pois o patrimônio do devedor não foi chamado a responder com seus elementos integrantes. Ele simplesmente foi diretamente atingido (um de seus elementos o foi). Se a coisa ainda vai ser transferida pelo devedor, o vai diminuir. Se não houvesse consideração com a obrigação de pagar o preço, o credor pagaria o mesmo preço anteriormente estabelecido para a coisa não deteriorada e o que estaria ocorrendo seria uma transferência da diminuição patrimonial do devedor para o credor já que este estaria entregando o valor total da coisa e não o valor abatido.

Não há explicação *jurídica* (técnica, obrigacional, tradicional, pois a boa-fé o explicaria) para essa faculdade de abatimento. Assim como não há para a faculdade de opor a exceção do contrato não cumprido já que, tecnicamente, logicamente, cada obrigação teria de ser considerada de per si, isto é, sem a interferência da outra como, aliás, entendiam os romanos.

Mas essa lógica não se mostra justa, fere o equilíbrio entre as partes já que suas obrigações eram equivalentes ou, pelo menos, amparadas uma na outra. O patrimônio do devedor sofreu a deterioração, não garantiu nada. Se se continuasse a exigir o pagamento do preço total, a diminuição seria transferida para o patrimônio do credor. O mecanismo legal visa, então, a impedir o desequilíbrio. É uma medida de equidade que só pode ser adotada após vislumbrar-se as obrigações das partes como um sistema fechado que só admite correções e balanceamentos internos. O balanço se dá entre as obrigações correlatas.

Mas e o caso dos vícios redibitórios? Aqui também há diminuição patrimonial pelo defeito que impede o uso normal ou diminui o valor.

Orlando Gomes fala em garantia legal através do patrimônio do alienante ou transferidor da coisa que acaba colocando o patrimônio dele para responder pelos vícios. É isso mesmo? Eu ousaria considerar que não há que se falar em responsabilidade (responsabilidade) do transferidor. Se analisarmos bem, já que o vício era anterior à transferência, o patrimônio do transferidor já sofrera efetivamente a diminuição consubstanciada no vício (independentemente dele diminuir o valor da venda ou não). O que ocorreu é que, depois, essa diminuição foi transferida ao adquirente que recebeu a coisa com vício mas pagou seu valor pleno (valor de uma coisa perfeita). A solução que a lei dá não faz com que o patrimônio do transferidor responda pelo vício, pois ele já havia sofrido a diminuição.

A solução que o legislador traz serve para restabelecer, para restaurar o balanço, o equilíbrio entre as obrigações, dando ao adquirente a possibilidade de conseguir abatimento ou a devolução da coisa, contra o enriquecimento indevido do transferidor. Na verdade, não vai responder pelos vícios, nem pela



diminuição causada por ele e pelo pagamento do preço pleno que instaurou o desequilíbrio. Ele vai ter é que sofrer a diminuição. Não vai haver indenização, mas restituição de algo que era do credor. Seu fundamento é mesmo a equidade, mais precisamente a vedação do enriquecimento indevido.

O fundamento não é a garantia legal; a lei torna o patrimônio do transferidor responsável, mas porquê? A idéia de Orlando Gomes não responde a pergunta.

Cláudia Lima Marques dá conta da Teoria da Qualidade, de Antonio Hermann Benjamin, que encontraria a solução do dever anexo de qualidade a ser cumprido por qualquer fornecedor, com base na boa-fé.

Aplicação:

Qual a aplicação da teoria dos vícios redibitórios? Segundo o artigo 441, *caput*, se aplica a todo contrato comutativo. Se lembram o que é um contrato comutativo? É aquele em que vai haver a troca das prestações, das obrigações de uma parte, tanto por tanto. A obrigação de uma parte será cumprida em troca da obrigação da outra e há certeza quanto a isso, ao contrário dos contratos aleatórios.

Mas essa comutatividade é mesmo necessária? Entendo que não. Se eu prometo a entrega de meu vídeo-cassete em troca de um lanço de rede, independentemente do que acontecer no lanço (ainda que o pescador não pegue nenhum peixe), se o vídeo-cassete está com vício oculto, porque não permitir a aplicação? O que indica a possibilidade é a equidade; é o restabelecimento do equilíbrio e esse equilíbrio pode-se encontrar até mesmo em alguns contratos apenas onerosos para uma das partes. Mas Carvalho Santos diz expressamente que não se aplicariam aos aleatórios.

De qualquer forma o parágrafo único do artigo 441 faz exceção ao disposto, admitindo a aplicação à doação com encargo. A doutrina e jurisprudência estendem ao comodato modal.

Por fim, há que se lembrar que o mecanismo aplica-se inclusive se a coisa se perde em poder do adquirente, o que, pela teoria dos riscos não aconteceria (*res perit domino*).

Mas não se aplica nas vendas em hasta pública.

Diferença entre Erro e Vício Redibitório

diferença conceitual
conseqüências
prazos
exemplos (jóia dourada x livro faltando páginas)



Diferença entre Inadimplemento e Vício Redibitório

exemplos (pedido carro com motor 1.8 vem com 1.6 x carro com defeito irreparável)
conseqüências

EVICÇÃO

É claro que vocês lembram que eu acabei de comparar a solução adotada nos vícios redibitórios com aquela da deterioração na obrigação de dar coisa certa e que a solução é a mesma pois o fundamento é o mesmo, isto é, a manutenção do equilíbrio na relação entre as partes, balanceando uma e outra obrigação entre si. Pois bem. A evicção, ou melhor, o mecanismo adotado pelo legislador para o caso de evicção também se funda nessa mesma idéia de equidade.

Evicção vem do latim “*evictio*” = perda judicial de uma coisa. Na evicção, a coisa recebida pelo adquirente não se deteriorou nem apresentou vício oculto. Mas também não se perdeu, no sentido de perecimento. Ela se perde para o adquirente, para seu patrimônio, deixa de figurar em seu patrimônio pois foi tomada judicialmente por um terceiro em razão de direito anterior à alienação. Esse direito do terceiro sobre a coisa (reconhecido agora) fazia com que o alienante tivesse menos direito ou um menor direito do que parecia ter.

Diante disso, vários autores fazem uma analogia com os vícios redibitórios para dizer que o defeito não estava na coisa como nestes, mas no direito que o alienante tinha sobre aquela coisa.

Um caso seria o de alguém que vende uma coisa que estava sendo reivindicada por terceiro e após concretizado o negócio, esse terceiro acaba conseguindo obter a coisa, tomando-a do adquirente.

Veja-se que assim como no caso dos vícios redibitórios, o adquirente (alienante) não tinha o que parecia ter ou tinha um direito menor que o que pensou ter transferido. Ele é que detinha a redução patrimonial, o passivo em seu patrimônio. Só que quando vendeu a coisa pelo preço pleno, trocou aquela coisa com direito viciado pelo valor de uma coisa com direito perfeito, transferindo o revés patrimonial ao adquirente.

Se a diminuição ou o passivo fora sofrido pelo alienante, não poderia este ter transferido isso para o adquirente como se tudo estivesse perfeito. A essa tomada da coisa recebida por parte de um terceiro em razão de direito anterior à alienação é que configura a evicção.

Imaginemos o caso de alguém que vende um terreno para outro, mas naquele terreno já havia outra pessoa há mais de trinta anos, caracterizando o usucapião. Esse terceiro resolveu, então, após a venda ingressar com ação

de usucapião e ganha, vendo reconhecido seu direito à propriedade sobre o terreno. Ele, então, retoma o terreno. Seu direito era anterior à alienação (venda) pois já houve usucapião há pelos menos dez anos atrás. O adquirente fica a ver navios? Não, graças a regra do Código sobre evicção que devolve ao patrimônio do alienante a responsabilidade, a “*responsabilidade*”, a assunção da diminuição que seria sofrida pelo adquirente:

Art. 447: Nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. Subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública.

Aqui desse artigo se vê que as partes podem excluir essa responsabilidade. É território de *jus dispositivum*.

Mas o parágrafo único diz que, por outro lado, as partes podem reforçar a garantia estabelecendo, por exemplo, uma multa, uma cláusula penal em caso de evicção. Agora, não obstante a cláusula que exclui a garantia da evicção, “*se esta se der, tem direito o evicto (quem sofre a evicção) a recobrar o preço que pagou pela coisa evicta se não soube do risco ou, dele informado, não o assumiu*”. O que o Código quer dizer com isso? Que de nada adianta a cláusula excludente da garantia? Não, pois, de qualquer maneira, o alienante fica, mesmo que se dêem essas hipóteses, isento de responder por perdas e outras verbas.

Já voltaremos a isso. Mas primeiro, falemos das verbas devidas pela evicção, que estão no artigo 450 e outras perdas (não perdas e danos). Se há cláusula exonerativa de qualquer maneira ele fica isento das verbas de perdas, podendo responder só pelo preço.

O que o Código quis evitar com a regra do artigo 449 é que os contratos não passem a ter cláusula genérica contra a evicção que cancelaria eventual enriquecimento sem causa. O que se quer é que a cláusula da evicção mencione o risco específico que pesa sobre a coisa e que este tenha sido assumido pelo adquirente. Só assim é que o alienante se isenta da responsabilidade.

Pode acontecer então que:

- (i) não há cláusula excludente — responde por tudo
- (ii) há cláusula excludente mas o adquirente não tinha conhecimento do específico risco — responde pelo preço
- (iii) há cláusula excludente, o adquirente tinha conhecimento do risco mas não o assumiu — responde pelo preço
- (iv) há cláusula excludente, o adquirente tinha conhecimento do risco e o assumiu — não há responsabilidade.

A responsabilidade do alienante subsiste mesmo se a coisa estiver deteriorada. Se o imóvel, por exemplo, valia 100 e apenas 30 na época da evicção, a responsabilidade é pelos 100.

Artigo 453 — As benfeitorias necessárias ou úteis, não abonadas ao que sofreu a evicção, serão pagas pelo alienante. O que ocorre aqui é que mesmo



estando o terceiro a retomar uma coisa sua, há casos em que ele tem que indenizar o possuidor (é questão atinente às regras sobre posse). Se ele o faz, tudo bem. Mas se não indeniza, quem tem que indenizar é o alienante.

Os únicos casos em que vai haver dedução no valor da indenização são os dos artigos 452 e 454. Em primeiro lugar quando o adquirente tiver auferido vantagem da deterioração (o exemplo dado por San Tiago Dantas é muito bom, diz respeito à alienação de uma pedreira que tenha sido explorada pelo adquirente até a data da evicção. Se o evicto não tiver sido condenado a indenizar o evictor, o alienante pode deduzir o valor das vantagens. Em segundo lugar, se as benfeitorias indenizadas pelo evictor tiverem sido feitas pelo próprio alienante ou as custas. Esse valor será deduzido da indenização por ele devida.

Evicção parcial — a evicção pode ser parcial, atingindo apenas parte da coisa, sendo as indenizações calculadas proporcionalmente.

Características:

Da definição que demos inicialmente, podemos extrair as características necessárias para a configuração da evicção:

- (i) perda da coisa
- (ii) por direito anterior de terceiro
- (iii) reconhecido judicialmente

Indenização

Verbas

Deduções (exemplos: mina; salineira; vaca leiteira, táxi)

INVIABILIDADE DOS CONTRATOS

Passarei a usar esse título para tratar da matéria que veremos nesta aula ao verificar que o termo extinção dos contratos, por alguns utilizado, é adequado tão somente a algumas hipóteses, notadamente aquelas em que se verificam causas de ruptura supervenientes à formação do vínculo entre as partes.

O termo inviabilidade, aqui utilizado se refere à inviabilidade quanto aos fins, às funções normais dos contratos, tal qual objetivamente reconhecidas.

Pois bem, o contrato ou a relação contratual, como um processo dirigido a uma finalidade (e aí se vislumbra a idéia causalista e a noção das próprias



obrigações como processo) pode entrar em crise², antes ou durante sua formalização, com a presença de um óbice; ou havendo uma ruptura no equilíbrio entre as partes, durante ou após sua formalização. Nesses casos, verifica-se uma inviabilização do contrato.

Antes de mais nada, é meu dever alertar que a matéria é palco de inúmeras divergências em sua nomenclatura, discrepância essa que pode ser imputada aos legisladores e à própria doutrina, que por vezes afastou-se do sentido original e histórico dos termos (Ver Araken de Assis, *Resolução do Contrato por Inadimplemento*, RT, 3ª Ed., 1999).

Embora não se chegue a discordar integralmente quanto às situações que de fato geram ou causam a inviabilidade dos contratos, dá-se a elas nomes diversos o que, com certeza, atrapalha o entendimento.

A idéia da doutrina é sistematizar essas causas, apontando-lhes os efeitos na relação entre as partes.

Em razão da divergência doutrinária, como o veículo para um primeiro contato de vocês com a matéria, procurarei dar ênfase na forma como se dá inviabilidade dos contratos sem, contudo, passar a vocês a nomenclatura que adoto, seguindo, em geral, a orientação de Orlando Gomes.

A inviabilidade dos contratos pode se dar mesmo com a inviabilidade do próprio ato e aí se fala em causas ou fatores relativos à sua formação; ou decorre mais indiretamente das obrigações ou da relação obrigacional de que o contrato é fonte (ver Antunes Varela, pág. 273, vol. II e Orlando Gomes, pág. 170).

Pode ocorrer, então, a destruição, o desfazimento do vínculo, da relação; ou mesmo o impedimento à sua formação.

E aí podemos falar de inviabilidade derivada de causas anteriores ou supervenientes à formação do contrato (que se incluiriam na hipótese de impedimento à formação) e inviabilidade por causas supervenientes.

INVIABILIDADE POR CAUSAS ANTERIORES OU CONCOMITANTES

1) Nulidade e Anulabilidade:

Pode acontecer que alguns dos elementos necessários à formação do contrato (como negócio jurídico que é) estejam viciados, inquinados de algum vício ou defeito. O que acontece então?

Esses vícios podem ser irregularidades tão graves que não permitem a regularização, a sanção, e fazem com que o negócio não possa ter a capacidade de produzir efeitos, não possa ter validade. Essa é a sanção civil para o desrespeito às normas que protegem interesses tidos como superiores.

² O termo crise, segundo Aurélio, em sentido genérico é a "manifestação violenta e repentina de ruptura de equilíbrio". Segundo Hélio Jaguaribe é "ruptura, conflito, luta", em seu sentido etimológico oriundo do grego; "uma desconformidade estrutural entre um processo e seu princípio regulador" (Sociedade e Cultura, Ed. RT, Edições Vértice, pág. 105).



Nesse caso, os vícios tornam o contrato nulo e este nem vem a produzir efeitos pois é como se não existisse. Não se forma. Não gera a relação contratual entre as partes. Mas pode gerar outra relação, dependendo das consequências da nulidade.

Por outro lado, se os vícios não forem tão graves assim, a ordem jurídica permite que o negócio viciado, o negócio irregular, tenha um princípio de validade e possa ser sanado, corrigido expressa ou tacitamente, neste caso bastando que as partes não se manifestem os levantando.

E assim o negócio se consolida, torna-se plena e definitivamente válido.

Trata-se da nulidade relativa ou anulabilidade.

Tal se dá nos casos de incapacidade relativa das partes ou vícios de consentimento, lembram?

Pois bem, neste caso, se uma das partes levanta a existência do vício e pede a anulação do contrato e esta é reconhecida judicialmente, dá-se a ruptura do vínculo entre as partes e o processo contratual se encerra, ainda que depois de este ter sido válido durante algum tempo. O contrato se inviabiliza.

O que deve ficar claro é que mesmo o contrato tendo vigorado por algum tempo, ele se rompeu por uma causa anterior ou concomitante à sua formação.

2) Lesão

Alguém vende a outrem, por cem mil, uma determinada coisa cujo valor é normalmente estimado em um milhão. Indaga-se se um tal contrato deve prevalecer.

HISTÓRICO

Tratamento Romano:

Se fosse tratado sob a ótica desenvolvida pelos romanos, especialmente na fase pós-clássica, justinianéia, e envolvesse um imóvel, um “fundo”, aquele que vendeu poderia pleitear a rescisão do contrato por envolver um negócio lesivo, assim entendida toda venda efetuada por um preço inferior à metade do valor justo. Era o que decorria da Lei Segunda, fragmento do “Codex” oriundo, segundo os doutos, das Constituições de Diocleciano e Maximiliano, de 285 e 294, respectivamente:

Se tu ou teu pai houver vendido por preço menor uma coisa de maior preço, é equitativo que, restituindo tu o preço aos compradores, recebas o



fundo vendido, intercedendo a autoridade do juiz, ou, se o comprador o preferir, recebas o que falta para o justo preço. Menor porém presume-se ser o preço, se nem a metade do verdadeiro preço foi paga³.

De fato, o povo que erigiu e consolidou seu direito como a arte do bom e do justo-equivalente (“*jus est ars bonii et aequi*” — D.1.1.1), não poderia deixar prevalecer um contrato que não observasse a mínima equivalência entre as prestações das partes. Era eqüitativo (“*humanum est*”) que esse contrato fosse desfeito ou corrigido.

E embora aplicável apenas aos contratos de compra e venda de imóveis (“fundos”) e invocável somente pelo vendedor, o conceito de lesão extraído da Lei Segunda (venda efetuada por preço inferior à metade do preço justo) ganhou o mundo e passou, desde então, salvo pequenos períodos de radicalismo, a ser observado (às vezes mais, às vezes menos intensamente) como verdadeiro critério moral-eqüitativo de tratamento dos contratos (veja-se que a ação de rescisão por lesão era instrumento do julgamento por eqüidade).

Tratamento Medieval-Canônico:

A Idade Média, insuflada pela espiritualidade cristã, viu o direito estrito desenvolver, sob a ótica dos glosadores inspirados na ética cristã e nos preceitos do catolicismo e através das lições de Aristóteles por São Tomás de Aquino, como nunca dantes, um contraponto moral, sempre atento à eqüidade nos contratos.

O conceito de lesão alargou-se e espalhou-se, incorporando-se à figura da usura (na modalidade de usura real em conjunto com a usura pecuniária).

Transformou-se a lesão “*ultra-dimidium*” na “lesão enorme” e idealizou-se a “lesão enormíssima” (desvantagem de 2/3 em relação ao preço justo).

O próprio conceito de “preço justo” foi desenvolvido, objeto que foi de invejável esforço intelectual que muito contribuiu para o aperfeiçoamento da noção de comutatividade. Sua inobservância, aproveitada por uma das partes, passava a ser tomada como uma afronta, uma violação, aos preceitos cristãos, enfim, como uma fraude, um pecado.

Como resultado (dessa extensão e do desenvolvimento da noção de preço justo), caíram as restrições à aplicação do instituto, agora admissível para todo e qualquer contrato comutativo (como o da hipótese supra) e não mais invocável apenas pelo vendedor: qualquer das partes prejudicada pela desvantagem poderia pleitear a rescisão ou a correção do contrato.

Ao mesmo tempo, inaugurou-se uma ótica subjetiva no exame da lesão. Passou-se a buscar um comportamento reprovável pela parte que obteve a

³ A tradução é de Caio Mario da Silva Pereira. *Lesão nos Contratos*. 6ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.11.

vantagem, presumindo-se um *dolo* de aproveitamento da situação peculiar da outra parte que, exatamente por sua condição, não alcançou o preço justo.

Embora ainda se extraísse, do direito medieval, um conceito objetivo de lesão, a descoberta da ótica subjetiva mudou a maneira de se estudar e identificar o instituto. E se poderia dizer que, a partir daí, a história da lesão mostra o embate entre as visões objetiva e subjetiva⁴.

Tratamento Moderno:

Já foi dito que proteção da lesão deixou de ser observada em determinadas fases da história como paradigma e critério moral no tratamento dos contratos. Pois foi a visão de mundo moderna, calcada no idealismo, no voluntarismo e no individualismo, que mais contribuiu para a restrição e quase desaparecimento do instituto:

O ideal de Justiça comutativa, que ele (o instituto da lesão) se propôs realizar, depois de ter ganho toda a plenitude (na Idade Média), animado pela moral cristã que o levou muito além das fronteiras traçadas pelas leis do Código de Justiniano, perde pouco a pouco a intensidade, abalado por várias ordens de ataques. De um lado, fruto de evolução social, a autonomia da vontade é defendida cada dia com mais ardor. Entendem os juristas dispensável qualquer proteção ao indivíduo que contrata, fundados no pressuposto de que é livre todo aquele que realize um negócio, amalgamando a liberdade civil à econômica e confundindo-as⁵.

Afinal, na reação que moveu contra o emperramento das instituições medievais, ainda ligadas à economia feudal, encontraram campo fértil para propagação, as filosofias que enalteciam o papel do indivíduo.

Este precisava desvencilhar-se e libertar-se dos grilhões (Rousseau) que o mantinham como mera parte de um conjunto que só assim era considerado. Somente os grupos, classes, guildas, estados, eram representativos. O indivíduo, não pertencesse a algum desses grupamentos, de nada valia.

As doutrinas que acompanharam e secundaram o movimento humanista (no renascimento do lema de Protágoras: “*o homem é a medida de todas as coisas*”) buscaram fortalecer seu papel, reconhecendo em sua vontade o motor do mundo e a fonte de legitimação de toda obra da sociedade.

A reação contra a cultura e as estruturas feudais exigia não só a libertação do indivíduo daquelas estruturas em um primeiro momento, mas, em seguida, a redução de todos eles a um patamar de igualdade, com o fim dos privilégios de classe, entraves à ascensão social da burguesia emergente. Não é à toa que os dois primeiros brados do lema revolucionário são “*liberté*” e “*égalité*”.

R.C. van Caenegem resume bem as principais causas da crítica ao antigo regime, colocando em destaque essas desigualdades: *em primeiro lugar, na desigualdade diante da lei, que era mantida pelo sistema político dos “Estados”*

⁴ E a transição do conceito do modelo antigo-medieval (objetivo) para o modelo misto (que reúne os elementos objetivo: desproporção; e subjetivo: aproveitamento e inferioridade) permitia: (i) uma desvinculação da tarifação (pois serviria para o controle genérico de todo tipo de contrato, sendo que a tarifação poderia se mostrar justa para um contrato e inadequada para outro); e, principalmente, (ii) melhor atendimento às exigências da segurança das relações jurídicas (esta tão cara ao direito pós-revolucionário e à necessidade de manutenção do “*status quo*” burguês), evitando que todo aquele que entendesse ter realizado um mau negócio, pela mera desproporção pudesse atacá-lo: *Na verdade, por muito tempo o debate entre a admissão e a rejeição de remédios para a lesão girou em torno da escolha entre a injustiça do contrato lesionário e os inconvenientes que a sua revisão traria ao tráfico jurídico* (BECKER, Anelise. *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*. São Paulo: Saraiva. 2000, p.148).

⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. ob.cit, p.54 (inseriu-se).

com seus privilégios fiscais para as ordens da nobreza e do clero e o acesso limitado ao cargo público. Em segundo lugar, nas limitações às pessoas e à propriedade⁶.

E a Revolução e a Declaração Universal dos Direitos do Homem as asseguraram.

O indivíduo, com isso senhor de uma vontade absoluta, só encontrou limites para sua atuação na vontade e na liberdade de outro indivíduo, seu par. Foi essa (a identificação de um parâmetro de conduta individual) a maior herança do período.

E o contrato, modelo básico da interação individual, passou (com as contribuições filosóficas posteriores) a ser visto como o instrumento da justiça social (e até fundamentou a construção estatal). Afinal, se todos os homens são livres e todos os homens são iguais; e se cada um tem na sua vontade o poder de legitimar o mundo, o contrato, resultado do consenso entre tais vontades, só pode ter como consequência a satisfação mútua e o equilíbrio: *Quand quelqu'un décide quelque chose à l'égard d'un autre, dira Kant, il est toujours possible qu'il lui fasse quelque injustice, mais toute injustice est impossible quand il décide pour lui même* (RIPERT, Georges. *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*. 4ed. Paris: LGJD. 1949, p.38).

Era um tanto estranho, por conseguinte, para os voluntaristas, um controle da proporcionalidade nos contratos, já que estes eram justos por si só (“*qui dit contractuel dit juste*”).

Se a prestação de uma das partes era intensamente inferior, em proporção, à da outra, decorria do fato de que as partes assim o quiseram por alguma razão que a ninguém, a nenhuma outra pessoa, muito menos ao juiz, era dado discutir:

Nessa visão clássica, o contrato é sempre justo, pois seu conteúdo é o resultado da livre (liberdade) manifestação de vontade (vontade) dos próprios contratantes (que eram iguais). O equilíbrio entre as prestações das partes é de se presumir. Portanto, a única coisa que necessita ser examinada é se as partes exprimiram seu consentimento de maneira livre e consciente... A lei não intervém no processo senão para garantir a concretização do que as vontades dos contratantes, de maneira livre e consciente, determinaram⁷.

A apreciação da desproporcionalidade dos contratos foi, então, proscrita.

Contudo, mesmo no *Code*, obra prima da filosofia individualista no direito, sobreviveu a lesão. Amputada, combatida e limitada, mas ainda portadora da regra moral (Ripert).

Mas sobreviveu tão somente pela força da tradição romana, através das obras de Domat e do grande Pothier⁸ que nem mesmo o poder de Bonaparte pode destruir inteiramente (como se vê dos relatos da comissão de elaboração

⁶ Uma Introdução Histórica ao Direito Privado. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000, p.162.

⁷ Moraes, José Renato de. *Cláusula Rebus Sic Stantibus*. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 9-10 (inseriu-se).

⁸ Ripert faz questão de afirmar que a noção de equidade, de equilíbrio, nos contratos, poderia ter sido facilmente extraída da obra de Pothier: “Il n’y avait qu’à ouvrir le traité des obligations de Pothier. On y lisait cette belle déclaration: “L’équité doit régner dans les conventions, d’où il suit que dans les contrats intéressés dans lesquels l’un des contractants donne ou fait quelque chose pour recevoir quelque autre chose comme le prix de ce qu’il donne ou de ce qu’il fait, la lésion que souffre l’un des contractants, quand même l’autre n’aurait recours à aucun artifice pour le tromper, est seule suffisante par elle-même pour rendre des contrats viciés. Car l’équité en fait de commerce consistant dans l’égalité, dès que cette égalité est blessée et que l’un des contractants donne plus qu’il ne reçoit, le contrat est vicié parce qu’il pêche contre l’équité qui y doit régner” (op. cit. p.107)

do *Code* na qual interferiu o Primeiro Cônsul, tornando a reduzir a aplicação da lesão às vendas de imóveis por menos de 7/12 do preço justo⁹).

E mesmo assim foi reduzida a um vício do consentimento, eis que só assim era explicável pela teoria dos contratos baseada na vontade:

A antinomia entre a lesão, em sua armadura clássica, e o princípio da autonomia da vontade, então triunfante na sua plenitude, leva os redatores do Código Civil a uma tentativa de conciliação que lhe sacrifica a natureza, reduzindo-a a um vício do consentimento equiparado ao erro para que tornasse admissível a rescisão do contrato, sem sacrifício da força vinculante da vontade, nem do seu poder criador. Outro recurso não havia para preservar, em essência, o princípio de que os contratos devem ser preservados¹⁰.

Nosso Código Civil, quase um século mais velho (o projeto de Beviláqua é datado dos últimos anos do século dezenove), libertou-se da tradição romana e adotou radicalmente a filosofia voluntarista. E foi à sua época que se referiu quando se mencionou as exceções à pervivência da lesão. Isso porque nosso código, afastando-se da herança das Ordenações, deixou de prever a lesão como causa de discussão do contrato. Nosso Código Comercial já a rejeitara expressamente (art. 220).

Tratamento Recente:

Mas, felizmente, foi uma fase de curta duração.

As felicidade e confiança que certamente caracterizaram aquela época plena de certezas e cheia de si duraram não mais que o século dezenove e princípios do vinte¹¹. Verificou-se que a igualdade dos indivíduos que fundamentava toda a teoria contratual vigente era uma ficção, reconhecida apenas na lei e para fins de imposição ao Estado. A desilusão burguesa com a constatação das desigualdades reais, presentes no seio de toda sociedade industrial, fez desmoronar as bases filosóficas sobre as quais se assentava o império burguês, viu o ocaso da razão como força suprema no ordenamento do mundo¹².

As alterações posteriores, feitas através de leis especiais, tornaram a estender a aplicação do controle da proporcionalidade das prestações nos contratos, assim na França como em outras nações. Mesmo entre nós, já em 1938, com o Decreto-Lei nº 869, ao qual seguiu-se a Lei nº 1.521/51, que tratou dos crimes contra a economia popular, foi proibida a obtenção de lucro patrimonial de mais de 1/5 do preço justo com o aproveitamento da inferioridade de outra parte.

⁹ ver MAZEAUD, MAZEAUD et CHABAS. *Leçons de Droit Civil*. 9ed. Paris: Montchrestien, 1998.

¹⁰ GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2ed. aum. São Paulo: RT, 1980, p. 29. É importante registrar que o autor citado insurge-se contra a concepção que a doutrina e as legislações vêm construindo sobre a lesão e que, em termos gerais, é seguida por este trabalho.

¹¹ É interessante a visão de Eric Hobsbawm ao propor a desmarcação dos limites convencionais do século XX, substituindo os cronológicos por eventos representativos de suas configurações histórico-sociais. Assim, deveria se iniciar ao final da Primeira Grande Guerra e encerrar-se com a queda dos regimes totalitários comunistas europeus em 1989 (*A Era dos Extremos — O Breve Século XX*. São Paulo: Cia. Das Letras, 1997).

¹² O relativismo ganhou força e passou a ser um dos motes inspiradores da fase que alguns pretendem identificar como “pós-moderna”, alheia às “grandes narrativas”, na linguagem de Jean-François Lyotard. Ao discorrer sobre as transformações da era moderna, Richard Tarnas avisava: “Toda a experiência humana era realmente estruturada por princípios em grande parte inconscientes, que não eram absolutos e atemporais. Ao contrário, fundamentalmente variavam em diferentes eras, diferentes culturas, diferentes classes, diferentes línguas, diferentes pessoas e em contextos existenciais diferentes” (*A Epopéia do Pensamento Ocidental*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999).

DO CONCEITO DA LESÃO ANTES E DEPOIS DO NOVO CÓDIGO CIVIL

INTRODUÇÃO

Proscrita de nosso direito civil, em 1916, pelo Código de Beviláqua; ingressa clandestina através de norma penal, em 1938 e 1951, pelos Decreto-Lei 869 e Lei 1.521, respectivamente; e anistiada parcialmente, em 1990, para exercer suas funções nas relações de consumo, a lesão conquistará, em 2003, com a vigência da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Novo Código Civil), plena cidadania.

A Parte Geral do novo estatuto a situa dentre os defeitos dos negócios jurídicos. E assim é definida pelo artigo 157: *ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta*

A redação, de certa forma, consagra os esforços da doutrina para vê-la novamente positivada. Mas o texto destoa da configuração adotada pela maior parte dos autores, com base em um elemento subjetivo de caráter duplo (estado de inferioridade de uma parte e aproveitamento, pela outra parte, desse estado).

O texto não cuida

Segundo o relato dos doutos, o instituto da lesão originou-se do texto da Lei Segunda, nome que recebeu um fragmento do *Codex* oriundo das Constituições de Diocleciano e Maximiliano. (INCLUIR SOBRE ORLANDO GOMES)

Era, no Direito Romano, a desproporção entre as prestações de um contrato de compra e venda de um fundo (propriedade rural) decorrente de um preço inferior à metade do preço justo. Era invocável somente pelo vendedor, então considerada a parte carente de proteção.

Nessa idéia, o único elemento exigido para a configuração da lesão era a desproporção. A caracterização de um contrato lesivo, portanto, dependia tão somente de uma verificação objetiva. O que, de certa forma compatibilizava-se com a origem etimológica do termo “lesão”: *laesio, laedere*.

Parte da doutrina, ao tratar do tema, ainda faz uso dessa conotação e define o instituto como a mera desproporção entre as prestações de um contrato comutativo. Com exemplo, podemos citar Demontés, Silvio Rodrigues e Darcy Bessone, valendo transcrever o conceito concebido pelo segundo: *o prejuízo que um contratante experimenta quando, em contrato comutativo, não recebe, da outra parte, valor igual ao da prestação que forneceu*¹³.

É o que se chamaria de um conceito objetivo de lesão. Historicamente fiel, mas alheio aos avanços da ciência jurídica e à especialização dos institutos.

¹³ *Direito Civil*. v.3. São Paulo: Saraiva. 1995, p. 216.

Enseja a definição da figura em um sentido bem amplo, genérico. Além de colocar todo e qualquer contrato em que haja prestações desproporcionais à mercê de um contratante insatisfeito com os resultados de sua negociação, acaba servindo para englobar uma outra situação já suficientemente individualizada, a onerosidade excessiva:

(...) bem pode acontecer que a desconformidade do ganho se prenda ao momento de sua formação, como venha a resultar de eventos futuros, que, alterando fundamentalmente as condições das partes, proporcionem a uma delas maior lucro e levem à ruína a outra (...) Aqui temos uma categoria especial de lesão, não decorrente do contrato naquilo que diz respeito ao momento de sua formação (...) lesão superveniente...¹⁴.

Por desprezarem essa distinção, alguns venerandos julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro utilizaram o termo “lesão” para justificar a revisão dos contratos de arrendamento mercantil com prestações atreladas à variação cambial, amparados no art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor¹⁵.

Mas o conceito de lesão não pode mais ser reduzido ao elemento objetivo.

Já na Idade Média — que manteve a definição justinianéia com base na desproporção, estendendo, todavia, a extensão de sua aplicação para todo e qualquer contrato comutativo — delineou-se um elemento de cunho subjetivo, que serviria para justificar a sanção operada contra a lesão.

A desproporção, por si só, não ofenderia os valores ético-religiosos que inspiravam o direito vigente. Em conformidade com a visão de mundo da época, imbuída do espiritualismo cristão, o controle do tráfico jurídico fazia-se com base no exame da condição subjetiva das partes. E assim a lesão passou a ser enxergada. A desproporção, em verdade, encobriria um comportamento reprovável da parte que se avantajou: um ilícito, uma fraude, um pecado. Se alguém, em um contrato comutativo, obtinha vantagem exagerada, é porque se valera de uma condição de fragilidade da outra parte (a esse oportunismo chamou-se “dolo de aproveitamento”). Era um atuar contrário aos preceitos da religião e da ética humanitária que devia ser coibido nessa esfera. E dessa forma tornou-se alvo de repulsa e de veemente repressão pela Igreja (FALAR DA USURA PECUNIÁRIA).

Uma vez delineado, o elemento subjetivo passou a integrar, de um modo geral, o conceito da lesão. E seu sucesso se deveu, em muito, aos préstimos oferecidos à segurança das relações jurídicas, tão cara ao direito burguês. Afinal, impedia que os contratos pudessem ser atacados unicamente com base na desproporção. A revisão passava a depender do exame da condição subjetiva das partes. Diga-se, ademais, que o elemento subjetivo permitia uma

¹⁴ PEREIRA, op.cit. p.109.

¹⁵ Os seguintes acórdãos, dentre vários outros, refletem essa posição: 2001.001.13342 (Des. Ronald Valladares); 2000.001.00967 (Des. Celso Guedes); 2000.001.18583 (Des. Milton Fernandes); e 2000.001.01515 (Des. Sylvio Capanema).

desvinculação da tarifação que, até então, era a forma usual de impor limites à aplicação do instituto.

Chegou-se a um conceito misto de lesão, englobando elementos de cunho objetivo e subjetivo.

Esse conceito se fez presente na maior parte das legislações mais recentes. O BGB¹⁶, o Código italiano de 1942 (art. 1.448) e o português de 1966 (art. 282, sob o *nomen juris* “usura”) incorporam essa noção. E foi nesse sentido que a lesão reingressou em nosso ordenamento pelos Decreto-Lei 869/38 e Lei 1.521/51¹⁷, ao menos até o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e do iminente Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

A maior parte da doutrina, por conta da insuflação do elemento subjetivo, passou a enumerar, na caracterização da lesão, três requisitos: (i) desproporção entre as prestações; (ii) inexperiência, ignorância ou necessidade de uma das partes (onde se vislumbra o estado de fragilidade, de inferioridade); e (iii) aproveitamento, pela outra parte, dessa inexperiência, ignorância ou necessidade, sendo que o primeiro formava o elemento objetivo e os dois outros, em conjunto, o elemento subjetivo. Era, desse modo, um elemento subjetivo duplo.

Provavelmente atenta a essa configuração, a Ministra Nancy Andrighi, do egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o tema dos contratos de arrendamento mercantil vinculados à variação cambial, não seguiu a linha do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Viu, no caso, hipótese de aplicação do art. 6º, V do Código de Defesa do Consumidor. Mas não vislumbrou a sombra da lesão, preferindo identificar a onerosidade excessiva como fundamento da revisão (ver acórdão no Recurso Especial nº 2001/0003354-7).

A decisão acabou mostrando coerência com julgamento anterior daquele tribunal superior que, a partir do relatório do Ministro Claudio Santos, decidira: “*a só circunstância de o lucro exceder um quinto do valor do contrato não o torna usurário. Para que assim se caracterize, é mister que haja abuso de premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte*” (Recurso Especial nº 33.883-2). Como se vê, prestigiou o STJ, a exemplo da doutrina e legislações recentes, a exigência do elemento subjetivo duplo (estado de inferioridade e aproveitamento).

Mas embora nunca se tenha requerido a comprovação cabal do aproveitamento (era presumido *juris tantum* diante da desproporção e do estado de inferioridade), a necessária exigência desse elemento na configuração da lesão, importa em tolher sua plena operação, prejudicando a efetiva proteção do equilíbrio entre as partes e da proporcionalidade em todos os contratos comutativos.

Final, em um negócio em que exista uma situação de inferioridade de alguém e uma desproporção dela decorrente, sem que haja um aproveitamento

¹⁶ § 138: “É em especial nulo um negócio jurídico pelo qual alguém, explorando a necessidade, a ligeireza ou a inexperiência do outro, lhe faça prometer ou procure para si ou para um terceiro, em troca de uma prestação, vantagens patrimoniais que ultrapassem de tal forma o valor da prestação que, segundo as circunstâncias, estejam em manifesta desproporção com dita prestação” (A tradução é de Souza Diniz, *Código Civil Alemão*, in BECKER, op.cit. p. 37).

¹⁷ Art. 4º, L. 1.521/51: *Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: (...)*

(b) obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida”.

de outrem, é inviável o reconhecimento da lesão (é possível, face à presunção *juris tantum*, a prova de que não houve aproveitamento ou de que era desconhecida a situação de inferioridade). Mas a injustiça permanece.

Essa consequência pode ser evitada, não só nas relações de consumo — o legislador do Código de Defesa do Consumidor desvinculou a proteção-da-desproporção do aproveitamento —, mas também nas relações civis interindividuais, a partir de uma nova configuração do instituto, a ser extraída da redação do art. 157 da Lei nº 10.406/2002:

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

Note-se que o texto não faz qualquer alusão ao aproveitamento. Dele não se infere um elemento subjetivo duplo. Segundo sua literalidade, o reconhecimento da lesão não mais dependerá do efetivo ou sequer presumido aproveitamento da situação peculiar da outra parte. Bastará que se verifique uma desproporção e um estado de inferioridade da parte que com ela se prejudicou, permitindo que, no sistema do Novo Código Civil, se configure apenas com: (i) a desproporção entre as prestações; e (ii) a inexperiência ou necessidade da parte prejudicada¹⁸.

Essa alteração, embora vista por muitos como uma omissão do legislador, perfaz a verdadeira libertação do conceito e o efetivo alargamento da proteção do equilíbrio nos contratos.

A dispensa do requisito do aproveitamento na conceituação da lesão — que se propõe a partir da redação do novo estatuto — é signo da definitiva desvinculação do instituto da ótica individualista, que buscava encontrar o fundamento da proteção no âmbito interno do contrato, seja como vício na vontade do lesado, seja como abuso do lesante.

Tal concepção permite, como se viu, por meio de uma singela comprovação de que não houve aproveitamento de uma situação de inferioridade ou de que esta era desconhecida, o trancamento da proteção judicial dos mais fracos, dos inferiorizados, sendo eles a maioria ou minoria de uma população.

É ultrapassada; é produto de um apego inconsciente e injustificado a uma peculiaridade relativa a um determinado estágio na evolução do instituto, que despreza as conquistas sociais do direito atual.

Quando o direito medieval elaborou a noção de “dolo de aproveitamento”, que pretendia subjacente em todo negócio desproporcional, buscava a fundamentação para o seu controle. Assim como o direito individualista precisou enquadrar a lesão nos vícios do consentimento para justificar sua função segundo a filosofia dominante, os canonistas foram levados a identificar nos contratos lesivos a sombra de uma conduta pecaminosa. Era dessa forma

¹⁸ O novo estatuto não mais alude à “leviandade” que anteriormente se fazia presente, em nosso direito, a exemplo de outras legislações, no texto da Lei 1.521/51 (era a incúria, indiferença, descaso com as consequências do negócio). Com ele, apenas a inexperiência (entendida com relativa ao negócio celebrado) e a necessidade podem configurar o estado de inferioridade. No que se refere a esta última, não se cuida de uma miserabilidade da parte. A necessidade se dirige ao negócio lesivo especificamente e não a uma condição genérica de carência da parte. O lesado precisa realizar o negócio por algum motivo, ainda que, de um modo geral, não esteja em situação de penúria patrimonial e social. É por isso que Caio Mario da Silva Pereira formula a hipótese teórica em que um indivíduo abastado, sem caixa para cobrir suas despesas cotidianas, desfaz-se de uma coisa por preço bastante inferior ao que valia, de modo a poder sustentar-se.

que, em sua época, entendiam poder melhor garantir sua condenação pelos homens.

E a exigência do aproveitamento, que juntamente com a situação de inferioridade se tornou mais um fator em prol da segurança das relações jurídicas (na medida em que reduzia ainda mais as hipóteses de revisão dos contratos), integrou-se ao conceito desenvolvido pela doutrina mais recente, embora mais nenhuma relação direta guardasse com a proteção da comutatividade. Em uma fria apreciação, serve apenas para privilegiar o interesse daquela parte que atuou com boa-fé (subjéctiva) em um negócio lesivo, em detrimento do interesse da parte em situação de inferioridade, que restou lesada sem que tenha havido aproveitamento. Ante o *certat de damno vitando*, prefere-se o *certat de lucro capiendo*!

Os monografistas do tema da lesão, mesmo os que trazem as lições mais atuais, continuam insistindo (talvez em respeito às conquistas medievais), em configurar a lesão como o contrato comutativo em que a desproporção objetiva entre as prestações seja proveniente de um aproveitamento, por parte do beneficiado, de uma situação peculiar de inferioridade da outra parte¹⁹.

O que se propõe é a dispensa do elemento subjéctivo duplo, bastando a existência de um estado de inferioridade, para que a proteção legal se exerça não mais com base na interação (ou na existência de falha nessa interação) entre as partes de um contrato. Em fatores externos ao contrato, a ele anteriores ou concomitantes, é que se propõe seja buscado o fundamento para sua operação.

Não é apenas o aproveitamento de uma situação de inferioridade que justifica a proteção. É a própria e só situação de inferioridade que enseja a aplicação do instituto em caso de desproporção das prestações. É ela a principal condição da desproporção, que pode se configurar mesmo que não haja uma atitude subjéctiva particular de aproveitamento da parte que se beneficia.

E não se diga que exigir apenas o estado de inferioridade (necessidade ou inexperiência segundo o novo código) significaria continuar submetendo a operação da proteção legal a uma ótica individualista, já que, de qualquer forma, requereria um exame de uma situação subjéctiva da parte que levou desvantagem. De fato o requer, mas não é um exame que envolva a captação de um querer interno, de uma intenção, de um estado mental de qualquer das partes (do prejudicado buscando o erro ou do avantajado buscando o aproveitamento).

Em um conceito que dependa tão só da figuração da situação de inferioridade (no elemento subjéctivo), bastará um exame das condições que envolvam o contrato desproporcional e o prejudicado, para que se chegue a uma conclusão quanto à aplicação do instituto.

Os benefícios sociais de uma tal concepção são óbvios e dispensam maiores considerações. Apenas se diga que permitirá uma proteção efetiva de todo

¹⁹ Nesse sentido, PEREIRA. op.cit.; BECKER. op.cit.; e MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão Contratual no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Também assim diversos doutrinadores no tema dos contratos, p.ex.: RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000; OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. *Direito Civil — Teoria Geral do Direito Civil*. v.2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999; TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Padova: Cedam, 1998; RIPERT, op.cit.

e qualquer contrato desproporcional que decorra de uma situação de inferioridade de uma das partes.

Dogmaticamente, a contribuição é notável. Permite, pela primeira vez, que se unifique os tratamentos civil e consumerista da lesão²⁰, bastando lembrar que, neste último, a situação de inferioridade é prévia e objetivamente reconhecida (princípio da vulnerabilidade), o que dispensa exame da condição subjetiva do consumidor, da existência de necessidade ou inexperiência de sua parte.

Nesse ponto, sugere-se finalmente que o conceito de lesão em nosso direito seja tomado a partir do texto do código em que é reinserida: desproporção manifesta de prestações em um contrato comutativo, decorrente de um estado de inferioridade de uma das partes, causado por premente necessidade ou inexperiência.

TARIFAÇÃO

A tarifação, na origem, era essencial na caracterização do instituto. Deveria servir como base para a apreciação do “*justum contrapassum*”.

Os romanos consideravam que o contrato era lesivo se o preço fosse inferior a 50% do preço justo.

A Idade Média conservou essa proporção e elaborou a figura da lesão enormíssima, em que a desproporção era de 2/3.

As Ordenações conservaram a lesão enorme (50%).

O *Code Civil* estabeleceu uma esquisita relação (7/12).

Nossa lei da economia popular fixou o limite em 1/5.

Ensina Caio Mario da Silva Pereira que a tarifação era inconveniente na determinação de um conceito genérico de lesão, aplicável a todo contrato comutativo. O que era uma proporção justa para um tipo de contrato poderia não ser adequado para outro. Além disso, a tarifação rigidamente fixada podia levar a formalismos e radicalismos inaceitáveis (e é só lembrar do paradoxo dos sorites). Veja-se, nesse ponto, a lição daquele civilista:

Não há dúvida de que o legislador, ao instituir um tabelamento, qualquer que seja, está munido de uma dose de arbítrio, que usará no exercício de seu poder de polícia, tomando em consideração os fatores específicos do fenômeno econômico que pretende equacionar (...). Ora, é bem de ver que este limite percentual é exagerado. Quando alguém vende por 4 o que vale 10, sem dúvida que está sofrendo um grande dano. Mas não é despreciando o prejuízo suportado por aquele que aliena por 5 ou 6 o que se estima em 10, e, dentro do conceito clássico da lesão enorme, é lícito, legítimo, e legalmente honesto o negócio, muito embora a justiça no contrato tenha ficado profundamente sacrificada²¹

²⁰ Sem que seja necessário tomá-los como reflexos de espécies distintas, a exemplo do que sugere a organização da obra de MARTINS, ao discorrer separadamente sobre cada um deles.

²¹ Op.cit. p. 114-5.

E ainda:

Imaginemos um limite mais largo — 50% —, e figuremos o que pode ocorrer: ataca-se um contrato, e na fase probatória da ação verifica-se que uma das partes se avantajou em ganho, ficando as prestações fora daquele iustum contrapassum ideal. Mas, na avaliação a que proceda uma perícia, apura-se que a desproporção não ultrapassa 49%. Sob critério de tarifa legal rígida, o juiz não poderá restabelecer o equilíbrio, por ter faltado a diferença mínima de um por cento²².

A contribuição de Ripert é igualmente conclusiva

Quand il s'est agi de déterminer le justum contrapassum les canonistes ont été bien embarrassés. Fallait-il se fier au coût de la production ou à la valeur d'usage? Sur ce point ils se sont séparés d'Aristote. N'y avait-il qu'un juste prix ou ne fallait-il pas faire trois classes de prix: summum, medium et infimum? Les canonistes ont épuisé leur dialectique dans cette recherche et il semble qu'ils aient regardé comme l'idéal la tarification légale qui permettrait de reconnaître la lésion du premier coup. Les dernières expériences économiques n'ont pas été favorables à ces tarifications légales qui, ou bien favorisent le vendeur par le chiffre relativement élevé, ou bien font disparaître la marchandise. Il n'est d'ailleurs possible d'user de ce procédé que pour les denrées usuelles; pour tous autres objets, pour tous les services, il est impossible de fixer les prix²³.

Deixar à apreciação judicial a medida da desproporção é mais adequado a um controle por casos, evitando tratar igualmente situações desiguais. Foi essa a opção do legislador do novo Código Civil.

NATUREZA

É preciso determinar a natureza da lesão para melhor situá-la no conjunto das instituições jurídicas e estabelecer o tratamento que terá por parte do sistema.

Não seria demais arriscar-se a dizer que a lesão iniciou sua existência como uma medida de equidade. Afinal, era no julgamento segundo a equidade que os pretores interferiam no negócio lesivo para rescindi-lo ou corrigi-lo.

Para os voluntaristas, como já se viu, só tinha sentido admitir a figura da lesão se esta fosse vista como um vício do consentimento, tal qual o erro, o dolo e a coação. Na sua visão de mundo, em que o contrato era o instrumento, por excelência, da justiça, o reflexo do mais absoluto equilíbrio, somente

²² Idem. p.188.

²³ op.cit. p.118.



a distorção da vontade, somente a interferência no processo de formação do convencimento podia justificar um ataque e a intervenção do juiz:

La lésion dans le contrat n'est, pour le défenseur de l'autonomie de la volonté, que la conséquence fatale de la lutte des intérêts. Le législateur a donné sa protection aux incapables et relevé ceux dont le consentement a été vicié. Que les autres se défendent eux-mêmes. Le danger de la lésion est la rançon de la liberté.²⁴

Mas era, exatamente pela necessidade de acomodar o instituto na única categoria que permitia a discussão do vínculo contratual, bastante inadequada essa concepção.

Se, em algumas situações é possível aproximar a lesão do erro, do dolo ou mesmo da coação, ela não se confunde com estes, principalmente porque a essência de sua configuração não resta no trancamento de um processo de declaração da vontade conforme o querer real do agente, na interferência nessa declaração, desviando-a da vontade real do agente.

Cabe, então, ainda que de forma breve, diferenciar a lesão de cada um daqueles vícios.

Lesão e erro:

A lesão não se confunde com o erro. Este se verifica quando a declaração de vontade de uma das partes é obtida a partir de um desconhecimento do verdadeiro estado de fato das coisas; em função de distorção, de percepção equivocada da realidade, desviando a declaração de vontade do resultado idealmente buscado.

Embora em alguns casos possa ocorrer por força da participação de uma distorção da percepção do prejudicado, dela não depende a lesão. A vítima da desproporção pode estar plenamente ciente das características e do valor da coisa-objeto-do-negócio e, ainda assim, preferir realizá-lo para atender a uma necessidade momentânea. Assim é, por exemplo, quando uma das partes, por conta de uma dificuldade financeira temporária, prefere, a tomar um empréstimo em instituição financeira (alternativa que poderia ter escolhido), desfazer-se de um bem por valor em muito inferior ao real, de modo a escapar às altas taxas de juros que lhe seriam cobradas, restando satisfeito com a alternativa adotada.

Mesmo quando exista uma percepção equivocada da realidade que venha a se erigir na razão determinante do negócio desproporcional, pode não haver erro a viciá-lo. Basta lembrar que nem toda falsa percepção da realidade leva à caracterização daquele vício do consentimento. Para tanto, deve dizer respei-

²⁴idem, p.109-10.

to a um elemento essencial do negócio e não a qualquer circunstância que o envolva. Para que o erro vicie o negócio, deve ser substancial.

Por isso, se alguém tem seu automóvel enguiçado, à noite, em uma estrada aparentemente deserta e, pensando encontrar-se sob a ameaça de um provável assalto quando, em verdade, encontra-se em uma estrada privatizada, intensamente vigiada por segurança eletrônica e por pessoal contratado, ao ver passar um caminhão-reboque, oferece a seu motorista quantia exorbitante para retirar logo seu carro dali, pode haver lesão, mas nunca erro. Não se trata de um equívoco envolvendo um elemento essencial, uma faceta substancial do negócio e, portanto, não o vicia.

E não se diga que seria um “erro quanto ao motivo”. Este, para atacar a validade do negócio, precisa ser erigido expressamente como sua condição determinante (artigos 90 e 140, respectivamente, dos códigos de 1916 e 2002).

Uma outra distinção decorre de que, para viciar o negócio, o erro deve ser escusável, o que é reconhecido por toda a doutrina e jurisprudência. É por isso que mesmo um equívoco gerado pela condição de inexperiência, por exemplo, e que levasse a prestações desproporcionais, não poderia levar a dúvida quanto ao instituto a ser aplicado. Se o equívoco que levou ao negócio foi causado pela inexperiência, ele não é escusável por essa razão. Não se pode tomar por desculpável o equívoco por parte de quem não buscou informações sobre o negócio quando lhe cabia fazê-lo²⁵.

Que se diga da leviandade, ainda mencionada por alguns ordenamentos estrangeiros. O leviano age, por definição, de forma inescusável.

Por fim, lembre-se que o erro, para sua configuração, não depende de uma desproporção objetiva das prestações.

Lesão e dolo:

Embora o dolo, em última análise, também envolva um erro do declarante, desta vez provocado, induzido por outrem, não é da mesma maneira que se diferencia da lesão. As distinções entre esta e o dolo são muito mais tênues e por vezes há situações de interseção (é significativo que na lesão tenha sido por muito tempo identificado um elemento que se chamou de “**dolo** de aproveitamento”). Cabe lembrar, para desde já afastar qualquer aparente similitude, que, no dolo, ao contrário do erro, a falsa percepção da realidade não precisa dizer respeito a elemento essencial para viciar o negócio²⁶, podendo mesmo envolver elementos secundários.

O que muito contribui para uma aproximação das figuras do dolo e da lesão é aquela noção (que aqui encontra repúdio) de que esta depende de uma atuação intencional ou pelo menos eventual da parte que negociou com a vítima. Em sendo assim, se há uma situação de inferioridade de uma das

²⁵ Note-se que em caso de partes em situação de desigualdade quando da formação do vínculo (como nas relações de consumo), o ônus quanto à busca da informação é invertido mas, ainda assim, não é o erro que fundamenta o controle de um contrato que tenha sido realizado (ou realizado de certo modo) por conta da insuficiência de informações. É a própria disparidade que o justificará.

²⁶ Em todo dolo há, então, uma emissão volitiva enganosa ou eivada de erro, na qual, porém, este é relegado a segundo plano, com defeito em si, uma vez que sobreleva aqui a causa geradora do negócio jurídico, e é por isso que o procedimento doloso de uma parte leva à ineficácia do ato, ainda que atinja seus elementos não essenciais ou a motivação interna. Não se pode, pois, confundir o erro vício de consentimento, que somente atinge a eficácia do ato quando revestido das circunstâncias estudadas (...) com o erro gerado pela manobra do interessado, o qual é causa eficiente da anulação sob condição apenas de ser determinante do negócio (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v.1. ed.universitária. Rio de Janeiro: Forense. 1989, p.333).

partes e a outra dela se aproveita para induzir a celebração de um negócio de prestações desproporcionais, o caso pode refletir, em tese, tanto dolo quanto lesão²⁷. A confusão não se dissipa ao se dispensar o “aproveitamento” da identificação da lesão. Esta se identificaria na desproporção e na situação de inferioridade; e o dolo na indução determinante do negócio.

Mesmo um posicionamento passivo da parte que se beneficia da desproporção não serve exclusivamente para diferenciar os institutos. É que o dolo pode ser reconhecido mesmo na omissão (artigos 94 e 147, respectivamente, dos códigos de 1916 e 2002). Portanto, um mero aproveitamento de uma situação de inexperiência ou necessidade, que se fizesse por uma omissão sobre uma informação essencial à hígida realização do negócio, poderia ensejar o reconhecimento de ambas as figuras²⁸.

Tudo isso não significa que uma situação de dolo seja sempre uma situação de lesão e muito menos que uma situação de lesão seja sempre uma situação de dolo. Primeiro, pela singela razão de que o dolo não depende de uma desproporção. Alguém pode induzir outrem a celebrar um negócio que não celebraria não fosse o erro provocado, sem que esse negócio estabeleça prestações desproporcionais. Segundo, porque, na lesão, não precisa haver, conforme o entendimento aqui proposto, um posicionamento subjetivo daquele que obtém a vantagem acerca da situação de inferioridade. Mesmo que se exija o aproveitamento para a configuração da lesão, este não está necessariamente vinculado a um ardil para conduzir ao negócio.

A reforçar a diferenciação entre essas figuras, o fato de que, na lesão, a situação da outra parte pode mesmo ser desconhecida daquele que se beneficiou da desproporção, o que afastaria a possibilidade de um atuar de sua parte na indução ao negócio²⁹.

Lesão e coação:

Para que seja feita a distinção entre essas figuras, é preciso tratar de um instituto ontologicamente idêntico à lesão e que dela somente se separa por força de uma especialização legislativa: o estado de perigo, que também se faz presente no novo Código Civil:

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

Também envolve um estado de inferioridade, decorrente de uma necessidade, mas uma necessidade peculiar, determinada por circunstâncias de fato

²⁷ Pode ter sido o que ocorreu na situação apreciada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1996/0058493-1, cujo acórdão é de lavra do Min. Barros Monteiro. Uma das partes pode ter se aproveitado de uma situação de inferioridade (dado o analfabetismo e inexperiência no trato jurídico) da outra para lhe conduzir a um negócio de prestações desproporcionais. É curioso que o caso tenha sido tratado ora como lesão, ora como dolo.

²⁸ Ao se dispensar o aproveitamento, ao menos essa confusão desapareceria.

²⁹ Para a doutrina que impõe o requisito do aproveitamento, ainda que não exija sua prova cabal, sendo meramente presumido, o conhecimento da situação de inferioridade da outra parte é essencial. É ele que gera a presunção relativa do aproveitamento. Não custa transcrever as opiniões nessa direção: *A dificuldade em conceber uma ação de aproveitamento, distinta do dolo e da coação, no entanto, tem levado à negação da necessidade de um particular comportamento do aproveitador para configurar a lesão, tendo-se formado, na Alemanha, a comunis opinio de que o aproveitamento consistiria em mero estado subjetivo de conhecimento da situação de inferioridade do prejudicado, de modo que a oferta espontânea deste seria suficiente para configurá-lo. O maior relevo que, sob esta perspectiva, adquiriu a desproporção entre as prestações fez com que, de estado psíquico, o aproveitamento passasse a assumir uma coloração objetiva, consistente na circunstância de que aquele que aproveita recebe uma vantagem desproporcional. Não se vê, nesta circunstância, uma atividade do aproveitador, mas comente a objetiva existência de uma desproporção, o que parece haver determinado a defesa da idéia de que, uma vez presente esta última, há que se presumir a exploração* (Becker, op.cit. p.116-7). Para Caio Mário da Silva Pereira, *O requisito subjetivo estará no aproveitamento das condições do contratante, que tenha sido levado a suportar as cláusulas lesionárias em razão de sua própria inexperiência, de sua levandade ou do estado de necessidade em que se encontra no momento de contratar. Não bastará, assim, que um dos contratantes se avante no lucro conseguido, mas incidirá na falta se o tiver conseguido por se aproveitar daquelas circunstâncias. Mas, como assinala Oertmann, este fator subjetivo situa-se no aproveitamento consciente da situação anormal da outra parte para fins lucrativos, ainda que não haja a intenção específica de explorar tais circunstâncias* (op.cit., p.189).

que colocam a vítima da desproporção (ou pessoa de sua família) em perigo de dano grave.

Por outro lado, se o que está em perigo de dano grave é um bem e não a pessoa do prejudicado ou alguém de sua família, o caso é de lesão.

Tendo em vista a abrangência da ameaça na coação (pessoa, família e bens), pode ser confundida com a lesão ou o estado de perigo, quando houver uma desproporção. Por conseguinte, as mesmas razões que a diferenciam de uma, servem para afastá-la do outro: *no estado de perigo o perigo que atormenta a vítima não foi criado com a intenção de extorquir desta a manifestação de vontade de celebrar o negócio sob as condições exigidas. No estado de perigo não há a intenção de coagir* (OLIVEIRA, op.cit., p. 849).

Ainda que da citação possa parecer que se ameaça não se faz com o intuito específico de obter a declaração de vontade que leva ao negócio não há coação, não é assim que deve ser entendida. Nesse caso, a diferença entre coação e lesão ou estado de perigo dependeria de uma investigação da situação subjetiva do aproveitador: se quis a declaração e por isso ameaçou; ou se, embora tenha criado a ameaça de uma mal caso o negócio não se concretizasse, lhe era indiferente obter ou não a declaração.

Em verdade, na lesão e no estado de perigo o negócio desproporcional é realizado em face de um perigo cuja existência não fora originada pela intenção, da contraparte ou de terceiro, de impor o negócio.

Na coação, o negócio é realizado por força do perigo criado pela contraparte ou por terceiro para obtê-lo, pouco importando, para sua caracterização, que o coator queira efetivamente o negócio. Pouco importa, igualmente, que a ameaça venha de uma atuação positiva ou negativa daquele que cria o perigo. Se uma casa de saúde, sob cujos cuidados se encontrava algum familiar da vítima, desta exige vantagem desproporcional para que mantenha o tratamento, age através de coação se consegue obter a vantagem, já que se cuida de ameaça por ela mesma criada: a interrupção do tratamento.

As distinções são importantes: o prazo de prescrição (nos termos do novo Código Civil) da ação para anulação do negócio defeituoso por lesão conta-se da data de sua realização; por coação, da data em que tenha cessado a ameaça.

Cumprido concluir que a lesão embora não se insira dentre os vícios do consentimento, pode ser enquadrada na categoria mais abrangente dos defeitos do negócio jurídico. E é interessante que se considere tais defeitos, não a partir de uma ótica voluntarista, que tudo pretenda justificar e legitimar através da vontade, mas como situações colocadas pelo legislador como balizamento, como limite, para o exercício da autonomia privada, o que só assim permitirá uma unidade de tratamento.

EFEITOS

Sendo a lesão um dos defeitos dos negócios jurídicos, nada mais lógico que sua verificação enseje o mesmo tratamento dispensado àqueles. E de fato é nessa forma que o Novo Código Civil a tomará (artigo 171), considerando o negócio lesivo anulável.

Admite-se, contudo, a possibilidade de uma sanção. É o que decorre do § 2º do artigo 157, com a possibilidade da oferta da complementação do preço ou da redução do proveito. Note-se que não é dada ao juiz a prerrogativa de preservar o negócio, deixando-se a iniciativa a cargo da parte beneficiada.

Durante a vigência do Código Civil de 1916, a lesão só era admitida na forma dos Decreto-Lei 869/38 e Lei 1521/51, esta última tipificando-a como crime. Foi a relação que Caio Mario da Silva Pereira enxergou entre os dispositivos legais e a antiga figura. Desse modo, o comportamento lesivo deveria se enquadrar na hipótese do art. 145, II (nulidade absoluta).

Mas o legislador dava solução contraditória: *a estipulação de juros ou lucros usurários será nula, devendo o juiz ajusta-los à medida legal, ou caso tenha sido cumprida, ordenar a restituição da quantia paga em excesso, com os juros legais a contar da data do pagamento indevido* (art. 4º, § 2º, Lei nº 1.521/51).

Nessa fase, era dado ao juiz o poder de preservar o negócio, revendo as prestações estipuladas e integrando-o segundo a medida legal. Ao que parece, não era uma solução de equidade. Se havia medida legal, era aquela a ser adotada (como no caso de uma estipulação nula de taxa de juros na vigência do código de 1916: aplica-se a regra geral dos artigos 1.062 e 1.063 do Código Civil). Se não havia, não se abria espaço para a criação judicial.

No sistema do Código de Defesa do Consumidor, os negócios lesivos também recebem tratamento aparentemente contraditório. Enquanto a primeira parte do inciso V do art. 6º estabelece como direito básico do consumidor a modificação das cláusulas que estabeleçam prestações lesivas³⁰, o art. 51 comina de nulidade de pleno direito uma tal cláusula³¹:

Ora, em princípio, se a cláusula é nula de pleno direito, não poderia gerar nenhum efeito. Ou se a considera nula ou se permite sua modificação.

Ocorre que, embora o “caput” do art. 51 se refira a nulidade de pleno direito, o inciso IV dela não cuida. A nulidade de pleno direito, segundo a concepção histórica³² — e embora os comentadores do código queiram desvincular o sistema das nulidades ali previsto daquele do direito civil tradicional³³ —, é aquela visível a um primeiro exame, aquela em que a infração resta patente, sem que o vício requeira demonstração pelas partes. Por isso, enseja o reconhecimento de ofício.

Nessa concepção, o texto do inciso IV não pode nunca ser visto como referente a um caso de nulidade desse tipo. Da apreciação judicial no caso concreto dependerá a constatação de que a cláusula fere a equidade e coloca

³⁰ E a identificação de duas possibilidades claramente distintas na disposição do inciso V do art. 6º é mais um indício contra a integração da lesão e da onerosidade excessiva em um mesmo conceito objetivo: a primeira parte do inciso (*modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais*) é referência à lesão; a segunda (*revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem onerosamente excessivas*), às teorias herdeiras da cláusula *rebus sic stantibus*. Fazendo alusão às noções de sinalagma genético e funcional, é possível dizer que a lesão ocorre com a quebra da equivalência original das prestações, não se identificando um sinalagma genético objetivo; e a onerosidade excessiva com a quebra da equivalência na fase de execução do contrato, quando não mais se identifica um sinalagma funcional objetivo.

³¹ Art. 6º: São direitos básicos do consumidor:

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem onerosamente excessivas;

Art. 51: São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

³² Aqui o trabalho reporta às lições de Martinho Garcez em sua obra *Das Nulidades dos Atos Jurídicos*. Sed. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

³³ Ada Pellegrini Grinover et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor — Comentado Pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, Sed. p.401)

o consumidor em desvantagem exagerada. É o que se chamaria de “nulidade dependente de rescisão”, que requereria a apreciação judicial para ser declarada³⁴.

Se o juiz entende que uma determinada cláusula contratual, de cuja validade dependa o julgamento da pretensão da parte autora, viola o disposto no inciso IV do artigo 51 acima mencionado, pode essa violação ser reconhecida de ofício por se tratar de norma de ordem pública. E mesmo se tratando de nulidade dependente de rescisão. Não poderá, é claro, o juiz, sob pena de violação de regra processual, declará-la. A declaração somente poderá advir de pedido expresso e formal do consumidor nesse sentido.

Mas este poderá preferir que seja operada a modificação da cláusula para que esta venha a refletir o equilíbrio que originalmente não observara (art. 6º, V, primeira parte). Nesse caso, a pretensão dirigida à manutenção do negócio prevalecerá em face do mero reconhecimento da nulidade.

É assim que se entende deva ser feita a conciliação entre os artigos do Código de Defesa do Consumidor acima mencionados. Se há desproporção manifesta em um contrato de consumo, da qual dependa o julgamento da pretensão formulada, poderá o juiz reconhecer a nulidade de ofício e aplicá-la, sempre que não houver pedido formalizado de modificação.

É claro que, não havendo pedido formal do consumidor nesse sentido, não poderá o juiz modificar a cláusula. Seria verdadeiro julgamento *extra petita*. Claudia Lima Marques cuida do assunto e é assim que ensina:

Autorização excepcional de modificação de cláusulas — O art. 6º, inciso V, CDC abre uma exceção no sistema de nulidade absoluta das cláusulas, permitindo que o juiz revise ou “modifique”, a pedido do consumidor, as “cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais ou que sejam excessivamente onerosas” para ele em razão de fatos supervenientes (...) Não desconhecemos o fato de que, ao retirar-se de um contrato a cláusula considerada abusiva e substituir seu conteúdo pelo regramento legal na matéria, já estamos “modificando” o texto contratual, colmatando a lacuna, integrando o contrato de forma a que se possa dar execução a este, segundo os novos princípios de boa-fé e equilíbrio contratual. Queremos aqui chamar a atenção para o fato do CDC autorizar uma modificação nas cláusulas de preço, onde geralmente não há regra supletiva apta a preencher a lacuna³⁵.

É imperativo registrar que a nulidade, quando reconhecida ou aplicada pelo juiz, é meramente parcial, ou seja, se impõe exclusivamente sobre a cláusula que permita a prestação desproporcional. Não contamina todo o negócio.

O Código de Defesa do Consumidor adotou o princípio da conservação dos contratos, optando o legislador por preservar o vínculo contratual (até porque reconhecida sua função social) ao invés de desconstituí-lo juntamente

³⁴ Isso não quer dizer que a nulidade dependente de rescisão nunca possa ser reconhecida de ofício. E aqui se destaca a distinção entre reconhecimento da nulidade pelo juiz e declaração da nulidade pelo juiz. Também não se confunda a necessidade de apreciação judicial com a necessidade de provocação específica das partes. É claro que a apreciação judicial, em última análise, somente se fará após a provocação (princípio da inércia). Mas ela pode decorrer de um exame indireto, através de elementos apresentados pelas partes em uma ação que não se dirija precisamente à declaração da nulidade. E levar ao reconhecimento pelo juiz. E o reconhecimento de ofício pode ser determinado pela própria natureza da norma em cotejo, o que é exatamente o caso das normas do Código de Defesa do Consumidor: Art. 1º: O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, XXXII, 170, inc. V, da Constituição federal e art. 48 das Disposições Transitorias. Como bem ensina Anelise Becker (op. cit.), a nulidade de pleno direito não pode ser confundida com a nulidade absoluta — diz respeito a um vício que guarda relação com a violação de um interesse coletivo, geral, podendo ser apontado por qualquer um e devendo ser reconhecido de ofício —, pois que a primeira pode às vezes referir-se a um interesse meramente particular.

³⁵ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: RT, 1999, p.412 — grifou-se.



com a sua parte viciada. É o que decorre da interpretação teleológica do art. 6º, V e do disposto no §2º do art. 51: *A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.*

MOMENTO DA AFERIÇÃO

A lesão há de ser aferida no momento da celebração do contrato. E pelos valores da época. Não no momento de sua execução. Se não houve desproporção na ocasião da formação do contrato, ainda que existisse estado de inferioridade e, somente após algum tempo, na execução das prestações, uma se torna excessivamente onerosa em relação à outra, não há lesão.

E é nisso que difere da excessiva onerosidade por fatos supervenientes, que também enseja a revisão, seja no sistema do Código de Defesa do Consumidor, pelo próprio art. 6º, V (agora em sua segunda parte); seja no sistema do Novo Código Civil, através do disposto no art. 478, dependendo, contudo, nesta última hipótese, de uma imprevisibilidade.

Permite-se, assim, separar com clareza os dois institutos e verificar a impropriedade de tratar a ambos como reflexos de uma “teoria da lesão”.

Mas é discutido se, para que se invoque a lesão, deve a desproporção perdurar até o momento da propositura da ação.

APLICAÇÃO

Sendo a finalidade reconhecida do instituto a proteção da comutatividade, da equivalência das prestações, aplica-se, sem qualquer dúvida, aos contratos bilaterais comutativos.

Mas discute-se se poderia ser aplicada aos contratos aleatórios. Anelise Becker defende que sim, sempre que desde o momento da formação do contrato, independentemente do valor, quantidade ou intensidade da prestação sujeita à álea, fosse patente o desequilíbrio entre a expectativa e a prestação certa, a ela correspondente.

Não se aplica aos contratos unilaterais, ainda que onerosos, devendo, contudo, atentar-se para o caso do mútuo feneratício, contrato em que incide o controle da usura pecuniária, espécie do mesmo gênero (usura) que a lesão (usura real).

LESÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Já se viu que o instituto da lesão está presente no Código de Defesa do Consumidor através dos artigos 6º, V, primeira parte (que trata do direito de modificação da cláusula lesiva) e 51, IV (que cuida da nulidade da cláusula lesiva, a ser reconhecível de ofício e que leva à nulidade parcial do negócio).

Outros dispositivos há, referentes ao controle do desequilíbrio das prestações em contratos de consumo (por exemplo, art. 51, incisos X, XI, XIII e XIV), de caráter específico, que, por isso mesmo, não se prestam a representar a figura histórica.

Não obstante, merecem atenção um pouco maior, pela aparente semelhança, as disposições dos artigos 39, V e 53, caput.

A primeira estabelece, declara, a abusividade (e, conseqüentemente, a ilegalidade) da prática de exigir vantagem manifestamente excessiva.

Indaga-se se dela se deve extrair que o legislador pretendeu firmar duplamente a proteção contra as prestações desproporcionais. A resposta deve ser negativa. A vantagem manifestamente excessiva de que trata o dispositivo não advém necessariamente da execução, ou exigência, de uma prestação de origem contratual, como lembra Luiz Antonio Rizzatto Nunes. Pode decorrer de uma prática de mercado, de *marketing*, anterior mesmo à formalização do contrato ou até posterior ao término do vínculo de consumo. O inciso aplica-se também ao caso de onerosidade superveniente, desvinculada de uma equivalência genética objetiva.

A segunda veda a cláusula penal que estabeleça a perda total das prestações pagas. Não pode ser vista como reflexo da lesão já que não trata de um controle da comutatividade das prestações do contrato. À prestação, a se verificar (o que dependerá do inadimplemento) não corresponderá uma contraprestação da outra parte: não há relação de reciprocidade de obrigações. O caso é de uma prestação oriunda da operação de uma condição anteriormente prevista e que teria como fundamento, em tese, a compensação pelos danos que decorreriam do descumprimento.

É o registro que basta. O mecanismo de proteção da comutatividade objetiva dos contratos está bem e suficientemente representado, no Código de Defesa do Consumidor, pelos artigos 6º, V, primeira parte e 51, IV.



3) ESTADO DE PERIGO:

Paralelo à lesão, também reconhecido como um dos defeitos dos negócios jurídicos está o estado de perigo.

O legislador e a doutrina acharam por bem separar o instituto embora ontologicamente semelhantes.

Refere-se ao ato lesivo de quem tenha se aproveitado da necessidade de salvar-se ou a alguém de sua família para obter vantagem desproporcional à sua prestação.

Note-se que a diferença entre a necessidade no estado de perigo e na lesão está em que naquele, a necessidade é de salvar-se a si ou a alguém da família; e nesta uma necessidade econômica qualquer (está necessitado do objeto do negócio e não importa porque).

Requisitos:

- (i) Perigo para a pessoa ou sua família
- (ii) Perigo Atual e Iminente
 - Não pode ser perigo futuro, pois o agente pode encontrar meios de dele se livrar.
- (iii) Perigo Grave
- (iv) Conhecimento desse perigo da outra parte
- (v) Desproporção

Ex.: Alguém sofre um acidente e contrata um médico para salvar-lhe por R\$100.000,00.

Efeitos:

Tendo a mesma natureza da lesão, gera os mesmos efeitos desta.

Aqui se dá também a rescisão.

Note-se que em todas as causas de inviabilidade anteriores ou concomitantes à formação do contrato, são causas relativas ao ato, ao negócio jurídico em si.

Bom, o que realmente importa no estudo da inviabilidade dos contratos são as causas supervenientes à sua formação. Veremos como isso pode acontecer e quais as suas conseqüências e, como falei, daremos os nomes para cada uma das hipóteses.



INVIABILIDADE POR CAUSAS SUPERVENIENTES

1) IMPOSSIBILIDADE:

Quando a obrigação devida se torna impossível por causa não imputável ao devedor (caso fortuito ou força maior), se resolve e, com ela, toda a relação contratual (os efeitos obrigacionais transbordam para o contrato).

Se isso é lógico em um contrato unilateral, a regra da equidade, do equilíbrio, não poderia deixar de incidir nos contratos bilaterais, já que a prestação de uma das partes é a razão de ser da outra.

“Se falta um dos termos da troca (ainda que por causas de força maior, sem que algum dos contratantes tenha culpa) falta a própria operação econômica, o contrato perde a sua funcionalidade” (Enzo Roppo, p.255).

Efeitos:

O contrato se resolve.
Resolução (*ex tunc*).

Características da Impossibilidade:

É uma causa relativa à relação obrigacional nascida do contrato, ao contrário das nulidades ou lesão.

A impossibilidade não pode ser temporária, deve ser permanente, a menos que sua duração a faça desinteressante para o credor.

Também não é aquela que advém de fortuito interno.

A impossibilidade não pode ser relativa somente ao devedor, mas absoluta, genérica, no sentido de ser uma impossibilidade objetiva.

Mas não precisa ser uma impossibilidade física (incêndio no apartamento a ser entregue — Roppo).

É claro que uma dificuldade, ainda que sirva para tornar mais onerosa a prestação não é, em princípio, impossibilidade que seja causa de liberação do vínculo.

Todo contrato tem sua álea natural.

Mas se tem admitido, como impossibilidade e, portanto, causa de liberação e resolução, quando *“situações posteriores, embora não impedindo, em sentido absoluto, a prestação, incidem nesta, de tal forma que o seu cumprimento exigiria actividades e meios não razoavelmente compatíveis com aquele tipo de*



relação contratual, em termos de a transformar numa prestação substancialmente diversa da acordada” (Roppo, p. 256).

É o que passaremos a estudar em seguida.

2) ONEROSIDADE EXCESSIVA

Quando estudamos os princípios da teoria dos contratos, vimos também suas exceções. Vimos que o dirigismo contratual foi uma necessidade imposta pelas circunstâncias sociais para tentar restabelecer o equilíbrio entre as partes, cuja igualdade mostrou-se uma ilusão. O dirigismo é a grande exceção ao princípio da liberdade contratual, com a imposição de normas cogentes em território até então dominado por normas dispositivas.

No entanto, uma questão se colocou. Se um contrato formado sob a influência do dirigismo contratual é um contrato objetivamente considerado equilibrado, sua obrigatoriedade seria indiscutível.

Afinal, se o contrato foi criado em atenção à determinação estatal que espelha o bem comum, como esse contrato pode ser modificado, deixando de ser obrigatório?

É uma bela pergunta. Mas a resposta é simples.

O mesmo princípio de proteção e equidade que inspira a interferência do Estado no momento da **formação** do contrato, o obriga, em determinadas situações (excepcionais) a intervir na vida do contrato, na sua execução normal.

Essa interferência sempre foi polêmica, exatamente pela violência na violação à soberania da vontade (mexer em um ato jurídico já formado, já acertado), ou seja, uma violação à intangibilidade e à obrigatoriedade do contrato.

O princípio da obrigatoriedade, originalmente absoluto, teve de ceder, por razões de equidade, ante os casos em que um acontecimento imprevisível alterasse a situação econômica das partes no decorrer da relação contratual (com relação àquela vigente na época da celebração), de tal modo que uma das partes ficasse em posição de extremo desequilíbrio em relação à outra.

A aplicação da interferência se fazia necessária no âmbito dos contratos de duração, ou pelo menos, nos contratos instantâneos de execução diferida.

A doutrina estudou as situações e os requisitos para se reconhecer e autorizar essa intervenção, elaborando-se a teoria da imprevisão ou da onerosidade excessiva.

Histórico:

Os acontecimentos que marcaram a evolução do Direito nesse sentido foram, sobretudo, as duas grandes guerras deste século que influíram signi-

ficantemente no equilíbrio das partes nos contratos de trato sucessivo ou de execução diferida.

A chamada Lei Failliot, de 1918, inaugurou a possibilidade de revisão dos contratos mercantis celebrados antes de agosto de 1914.

A doutrina e a jurisprudência tentaram justificar a intromissão no âmbito dos contratos (que a princípio eram obrigatórios), inicialmente através da aplicação da cláusula canônica *rebus sic stantibus* (a situação deve permanecer a mesma) que refletia um sentido de equidade entre as partes para determinar que o estado de fato existente no momento da celebração do contrato não deveria ser alterado (*contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*).

No entanto, desde logo se verificou que a aplicação pura e simples da cláusula ameaçava a segurança das relações jurídicas ao permitir que os contratos fossem revistos por conta de qualquer alteração na situação de fato.

Passou-se, portanto, a exigir mais um requisito para a revisão dos contratos: que a alteração fosse imprevisível. Daí a teoria ter passado a se chamar de Teoria da Imprevisão.

“Exige-se que a alteração nas circunstâncias seja de tal ordem que a excessiva onerosidade da prestação não possa ser prevista” (Orlando Gomes).

Se a alteração podia ser razoavelmente prevista, não há que se admitir a resolução do contrato ou a alteração de seu conteúdo.

Há que se ter em mente que, ao celebrar o contrato em um determinado momento econômico, os contratantes também levam em conta o futuro que aquele momento lhes indica. Dentro desse quadro, o contrato tem que ser cumprido. É que cada contrato de trato sucessivo ou de execução diferida já traz em si uma álea, uma incerteza. Se essa álea se conserva dentro dos limites da normalidade, mesmo que dela decorra uma onerosidade excessiva, não se admite a revisão do contrato pela teoria da Imprevisão.

Por esse motivo nos contratos do Brasil pré-real, não se admitia a invocação da teoria com base na inflação. Esta já era uma “infeliz realidade”, como concluiu o STF.

Conceito:

A onerosidade excessiva deve ter decorrido de acontecimento extraordinário e imprevisível.

Orlando Gomes sintetiza bem a caracterização da teoria e de suas consequências:

“quando acontecimentos extraordinários determinam radical alteração no estado de fato contemporâneo à celebração do contrato, acarretando consequências imprevisíveis, das quais decorre excessiva onerosidade no cumprimento da obriga-



ção, o vínculo contratual pode ser resolvido ou, a requerimento do prejudicado, o juiz altera o conteúdo do contrato, restaurando o equilíbrio desfeito”.

Fundamentos:

Já se tentou fundar a aplicação da teoria da imprevisão de várias formas:

Abuso do direito de obter o cumprimento da obrigação

Enriquecimento sem causa

Equidade

Boa-fé

Mas essas seriam justificativas da existência da teoria, não fundamentos jurídicos para sua aplicação.

Segundo Orlando Gomes, para Messineo, a aplicação da teoria da imprevisão deve ser encontrada na vontade contratual. Se a parte atingida pela onerosidade excessiva tivesse conhecimento da situação futura no momento da celebração não teria declarado sua vontade ou, pelo menos, não teria declarado sua vontade do modo como fez.

- É dessa concepção que decorre a noção de que a revisão vai acarretar não na substituição da vontade das partes pela do juiz, mas apenas no reajuste, por ele, da declaração de vontade.

Requisitos:

Caio Mário dissecou os requisitos da teoria:

- (i) contrato (comutativo) de execução diferida ou sucessiva (ou continuada)
- (ii) alteração radical do estado de fato em relação ao vigente no momento da celebração
- (iii) onerosidade excessiva para uma das partes em decorrência dessa alteração
- (iv) imprevisibilidade da alteração.

Quanto a este ponto, cabe mencionar a contribuição dada por Windscheid (Teoria da Pressuposição), que acabou levando à defesa do uso do termo onerosidade excessiva para denominar a teoria, por considerá-la mais fundamental para a justificação da revisão do que a própria imprevisibilidade.



Ele alegava que poderia haver situações que alterassem radicalmente o estado de fato em relação ao vigente na celebração, mas que não seriam exatamente imprevisíveis, visto já estarem presentes naquela época.

O melhor exemplo é o da inflação, que, mesmo existindo na época da celebração, poderia levar à onerosidade excessiva caso seus índices se elevassem de modo imprevisível.

Ora, de fato, a inflação realmente já poderia existir, mas a imprevisibilidade não diria respeito a ela, e, sim, aos índices. Não acho que a imprevisão tenha perdido qualquer importância.

Não obstante essa minha crítica, o que é certo (e quanto a isso não há argumentos) é que o Código do Consumidor realmente dispensou a imprevisibilidade. Assim, pelo menos nas relações de consumo, o que importa é a onerosidade excessiva:

Art. 6º, V: São direitos básicos do consumidor: a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Efeitos:

Ocorrendo anormalidade da álea que todo contrato dependente de futuro encerra, pode-se operar sua resolução ou a redução das prestações.

Efeitos da aplicação da Teoria:

Alteração do conteúdo

Resolução do contrato

Quando a alteração é tamanha que exige o término da relação contratual, dá-se a **resolução**.

O contrato é desfeito a partir da alteração excessivamente onerosa (*ex nunc*).

3) IMPOSSIBILIDADE COM CULPA: INADIMPLENTO/ INEXECUÇÃO/ FALTA DE CUMPRIMENTO CULPOSO

Embora o Código Civil use o termo rescisão, o que é seguido pelos usos comuns, este termo, como vimos, deve ser reservado à lesão.

Deve se falar em **resolução**.

Efeitos *ex tunc*.

Resolução legal e negocial

Resolução Legal (Cláusula Resolutiva Tácita):

Sabemos que no Direito Romano, as obrigações eram consideradas como sendo relações estanques, separadas, incomunicáveis, mesmo as obrigações de contratos comutativos. De modo que a situação de uma não interferia na solução da outra. Se uma das obrigações não pudesse ser cumprida por algum motivo, seja qual fosse, não é por isso que a outra deixaria de sê-lo:

“...ainda na época diocleciana, as únicas ações concedidas aos parceiros na compra e venda, ou seja, no campo dos contratos nominados, buscavam a prestação: a actio venditi (C, 4, 38, 8; C, 4, 64, 12; C, 4, 49, 6) e a actio empti” (C, 4, 44, 12)” (Araken de Assis, p.38/39).

Existia, na época, a chamada “*lex commissoria*”, ou pacto comissório, que, contudo, deveria ser previsto expressamente que, mesmo assim, só foi erigido em condição resolutiva por Justiniano.

Como ressaltou San Tiago Dantas, desde cedo se vislumbrou a iniquidade desse tratamento. E já no Direito Romano, como reporta Araken de Assis, elaborava-se o raciocínio da “*causa data, causa non secuta*” para algumas relações.

Teria sido a Idade Média a época da declaração expressa do instituto. Atribuiu-se a Inocêncio III a utilização da faculdade, quando liberou os católicos do respeito aos bens e à pessoa do Conde de Toulouse em face do assassinato de um dignitário do Papa. O brocardo “*fragenti fides non est fides servanda*” foi então cunhado. Considerou-se que a recusa a manter a palavra era verdadeiro pecado, ofensa à fé. Nada era devido, pois, àquele que não cumpre sua própria obrigação.

A faculdade foi plenamente reconhecida na modernidade ao ser incorporada ao Código Civil francês, em seu art. 1.184: “*...la partie envers l’aquelle l’engagement n’a point été exécuté, a le choix ou de forcer l’autre a l’exécution de la convention lorsqu’elle est possible, ou d’en demander la résolution avec dommages-intérêts*”.

Mas foi, de certa forma, esquecido seu verdadeiro fundamento, trocando-o pela justificativa na autonomia da vontade (Domat e Pothier).

Daí sua inserção como condição. Embora, como narra Mazeaud, mantida a noção de sanção, refletida na necessidade de declaração pelo juiz.

Segundo famosa lenda no meio jurídico, teria a possibilidade advindo da aplicação recorrente da “*lex commissoria*” que, no direito costumeiro francês, teria se tornado objeto de inserção tácita.

Daí sua invocação como condição ou cláusula tácita, subentendida em todo contrato comutativo

Mas Mazeaud afasta tal entendimento, assim como Araken de Assis, dizendo que, na verdade, a possibilidade de resolução se originou nas ações de



repetição permitidas nos contratos inominados do direito romano. Previa-se uma dupla sanção: a repetição ou a exigência da prestação.

É uma condição?

Não, pois se realmente o fosse, operaria automaticamente após a notificação.

É tácita?

O recurso à alegação de que seria uma disposição inserida de forma tácita pelas partes é mera tentativa de buscar explicação segundo a ótica do voluntarismo.

Pontes de Miranda afirma que seria verdadeira superfetação assim o entender, diante da prescrição legal (eu diria que é submeter a lei à vontade privada).

Teorias:

Algumas teorias tentaram explicar, fundamentar a possibilidade de resolução ante o inadimplemento:

(i) teoria da condição implícita;

(ii) teoria da causa:

- a resolução se daria pelo fato de que, nos contratos comutativos, uma obrigação é a razão de ser da outra, a sua causa; faltando uma, a outra não mais se justificaria;
- no entanto, a causa é relativa à formação do contrato e não à sua execução; não se pode dizer que um contrato resolvido não tenha tido causa;
- a falta de causa é motivo de nulidade do contrato e não de resolução;

(iii) teoria da reparação:

- a resolução se autorizaria como forma de reparação dos interesses da parte fiel, na medida em que permitiria melhor salvaguarda de sua posição, especialmente combinada com o pleito de perdas e danos;
- todavia, a demanda de cumprimento também autoriza a combinação com o pedido de perdas e danos;

(iv) teoria da interdependência:

- sustenta que a resolução se baseia na interdependência recíproca das prestações no contrato sinalagmático;
- embora mais firme que as demais, não permite a diferenciação com a teoria dos riscos.

(v) teoria da equidade:

- diz-se que não justificaria juridicamente (tecnicamente) o mecanismo;



- não há, contudo, razão mais nobre para a aplicação; é imperativo de equilíbrio das posições das partes em um contrato dessa espécie;
- com a boa-fé positivada, ousaria sugerir sua fundamentação nesse princípio ético-jurídico;
- segundo Araken de Assis, comentando a disposição do Código Beviláqua, “*enquanto direito, posto no art. 1.092, parágrafo único do Código Civil, a resolução legal prescinde de fundamentação diversa da equidade. Não se trata de algo etéreo e vago, e, sim, de um remédio plausível e específico para corrigir vicissitude da vida do contrato, que, de outra forma, restaria incompleta ou inadequadamente atendida. Esta é a justiça subjacente ao dispositivo comentado*” (p.68).

Vantagens: dispensa o credor de executar e pedir o cumprimento e permite retomar sua prestação sem que se submeta ao concurso de outros credores. Cria verdadeiro privilégio ao credor, segundo Mazeaud.

Operatividade:

A resolução legal (termo mais adequado que resolução tácita) não opera de forma automática (*ipso jure*). Deve ser pronunciada pelo juiz (*ope judice* — daí os franceses a chamarem de “*résolution judiciaire*”).

A decisão judicial não constata (declara) a resolução. A constitui.

Exige a interpelação prévia (constituição em mora).

O juiz pode ou não reconhecê-la, o que se justifica por ser a ação de resolução uma ação de responsabilidade, em que o se vai analisar o peso da obrigação descumprida no programa contratual e a existência de culpa; pode até determinar um prazo para que o devedor cumpra ou estipular outra forma de reparação.

É o que se denomina sistema francês, adotado por nosso Código Civil.

Esse sistema permite que o juiz aprecie o descumprimento e seu grau, ensejando o entendimento de que a resolução somente caberia diante da inutilidade da prestação, embora a escolha, tradicionalmente, caiba exclusivamente ao credor.

No sistema alemão, ao contrário, a resolução se dá automaticamente, de pleno direito, sem necessidade de interpelação.

Efeitos:

Existe possibilidade de que o credor escolha entre a execução da prestação faltante e a resolução.

Há aqui um “*jus variandi*”? Ou eleita uma via não mais se permitirá a outra (“*electa una via non datur regressus ad alteram*”)?



- Reconhece-se o direito de variar a alternativa (ver Brandão Proença) desde que escolhida primeiro a execução. Se inicialmente se pretendeu a resolução, não há espaço para variação.

Escolhida a resolução e reconhecida, opera-se “*ex tunc*”, restituindo as partes ao estado de fato anterior.

Enseja-se as perdas e danos em cumulação, em qualquer das hipóteses.

Aplicação:

O art. 476 se refere tão somente aos contratos bilaterais.

A doutrina e jurisprudência francesas já estendem a possibilidade aos contratos bilaterais imperfeitos e a doutrina vem tendendo a admiti-la também nos contratos unilaterais. Araken de Assis e Brandão Proença também o reportam, referindo-se ao mútuo feneratício, em que o credor ficaria preso à cobrança demorada dos juros a vencer.

E quanto aos contratos aleatórios? Não há dúvida de que os contratos de seguro tem sido objeto de resolução por inadimplemento.

Possibilidade de modificação? Não. A modificação do conteúdo do contrato somente se justificaria diante de uma excessiva onerosidade da parte a ser beneficiada com a modificação. Ao contrário, na resolução, a parte que dela se pode beneficiar não tem qualquer problema com o cumprimento e, por isso, estando quites com suas prestações, pode figurar na posição de pleitear a execução ou a resolução.

Resolução Negocial (Cláusula Resolutiva Expressa):

Através dela, as partes fazem prever situação específica que ensejará o término, o fim da relação contratual.

Diante dessa previsão, não cabe qualquer exame quanto ao equilíbrio do contrato, como se dá na resolução legal; uma vez verificada a hipótese prevista no contrato, opera-se automaticamente a extinção do contrato.

Não há necessidade de que se constitua judicialmente a resolução. Esta se dá de pleno direito.

Se o apontado inadimplente se vir abusado pela resolução, caberá a ele a ação para pleitear eventual reparação.

Para todos os efeitos o contrato está resolvido e a parte fiel desde então dispensada de qualquer prestação.

Nada impede que venha a pleitear a declaração da resolução em juízo.

A sentença tem caráter declaratório.

É claro que, se encontrar resistência na parte inadimplente para reaver sua prestação ou indenização, terá que ajuizar a respectiva ação.



A grande diferença com a resolução legal é na iniciativa. Na resolução legal, a parte fiel, de modo a assegurar sua posição, deve buscar a desconstituição judicialmente. Na resolução negocial é desnecessária qualquer assistência judicial. Dependendo de sua posição, nada precisará fazer.

Contratos de Adesão:

Nos contratos de adesão, é autorizada a aposição de cláusula resolutiva (resolução negocial) expressa, desde que alternativa e à escolha do consumidor (art. 54, § 2º do CDC).

Significa que o fornecedor, diante da hipótese prevista para detonar a rescisão, deve assegurar ao consumidor a faculdade de escolher entre sana-la ou ver resolvida a relação contratual.

Não se trata de mera interpelação para constituição em mora, mas verdadeira oferta da alternativa. Não basta dizer que o consumidor não pagou. É preciso que diga que ele tem as duas opções e deve exercê-las.

4) VONTADE:

4.1) Vontade Bilateral:

As mesmas vontades que geram o consenso podem consentir em desfazer a relação.

Os efeitos se dão a partir do consenso em desfazer o contrato (*ex nunc*).

A figura que acarreta é a resilição bilateral.

É o distrato.

4.2) Vontade Unilateral:

Sendo um dos princípios dos contratos a obrigatoriedade de suas cláusulas, que tem como corolários a intangibilidade e a irrevogabilidade, não seria de se admitir que apenas uma das partes pudesse pôr fim à relação.

Todavia, alguns casos com isso se compatibilizam; outros o justificam.

- Desde que seja prevista na lei ou no contrato, é admitida.
- Geralmente se dá através da denúncia que pode exigir ou não aviso prévio (Orlando Gomes):
 - Não justificada (vazia).
 - Justificada (cheia).



- Revogação: em alguns contratos unilaterais, como na doação e no mandato, dada sua natureza, pode a parte cujo interesse é realizado no contrato, mediante determinadas condições, desfazer o vínculo. Isso se dá pela perda da confiança (são negócios fiduciários).

A figura que acarreta é a resilição unilateral.

Efeitos *ex nunc*.

DOAÇÃO

Estamos estudando a doação como um dos contratos típicos, discriminados em nosso Código Civil.

Mas a doação é mesmo contrato?

Faço essa pergunta porque em algumas legislações, a doação não é vista como tal, mas como uma das formas de aquisição da propriedade.

Essa idéia surgiu pela primeira vez no Direito francês por graça e obra de Napoleão Bonaparte que não conseguia compreender a natureza contratual da doação se apenas uma das partes se obriga (não há bilateralidade das prestações).

Mas para nós, assim como para a maioria dos estrangeiros, a doação é, sim, um contrato e o é em razão de ser um negócio jurídico bilateral, formado pelo consenso de vontades, isto é formado por duas declarações de vontade que se encontram (*in idem placitum consensus*).

O contrato deve ser reconhecido, pois a doação envolve o consenso quanto à transferência do bem. Tal transferência deve receber a concordância do donatário.

Causa:

Qual a causa da doação?

Lembrem-se que não falamos do motivo (causa final-intenção subjetiva), mas da causa objetivada.

É a causa a transferência de um bem por liberalidade, isto é, sem contrapartida equivalente do donatário.

Ou é a transferência de um bem por liberalidade ainda que com a exigência de um encargo ou ônus.

Art. 538: Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.



- E é também através deste artigo que encontramos uma definição para o a doação, que o Código faz questão de enfatizar ser um contrato.

Características:

São, portanto, como se vê da definição do Código, características da doação:

- (i) Ser um contrato;
- (ii) decorrer de uma liberalidade (e aqui que se identifica a causa)
- (iii) acarretar uma transferência de bem ou vantagem:

É preciso, contudo, cuidado com o colocar desta última característica, pois o contrato de doação tem meros efeitos obrigacionais, não reais.

Não se transfere a propriedade pelo simples contrato.

Este apenas gera a obrigação de transferi-la.

A transferência da propriedade depende da tradição no caso dos móveis e do registro no caso de imóveis. Não é pelo contrato que se faz.

Nesse ponto, a doação se distingue da renúncia e da remissão, pois estas, embora beneficiem, não importam em transferência de bens ou vantagens (na doação, o bem ou vantagem parte do patrimônio do doador, por vontade deste, para o patrimônio do donatário).

Somente a renúncia translativa (a herança é renunciada em favor de um herdeiro determinado) importaria em transferência.

Mas a causa não seria contratual. Pode haver coincidência e compatibilidade de vontades, mas não consenso, não uma vontade em direção ao encontro da outra (*idem placitum consensus*).

Também não há doação no abandono, ainda que as vontades sejam compatíveis.

Elementos:

Quanto aos elementos dos contratos, o que podemos de encontrar de particularidades na doação?

- (i) Quanto à capacidade, alguma particularidade?

Quanto à capacidade ativa, não.

Quanto à capacidade passiva, sim:



- É possível a doação ao nascituro:
 - **Art. 542:** A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

- É possível a doação pura aos incapazes:
 - **Art. 543:** Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura.

- É possível a doação para pessoa indeterminada:
 - **Art. 546:** A doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiros a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar.

(ii) Quanto à legitimação:

O ascendente pode doar para o descendente? Sim. E porquê é diferente da compra e venda? Porque no caso da doação, haverá certamente a colação do bem à herança:

- **Art. 544:** A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.

A doação entre marido e mulher só é permitida se não for de encontro ao regime matrimonial (226, 1647, IV, 242, I).

Tutor e curador.

Doação para concubina:

- **Art. 550:** A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

(iii) Quanto ao objeto:

Não pode abranger todos os bens (doação universal):

- **Art. 548:** É nula a doação de todos os bens, sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.

Não pode abranger bens que ultrapassem a parte disponível (doação inoficiosa):



- **Art. 549:** Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

Doação em forma de subvenção periódica (pensão):

- **Art. 545:** A doação em forma de subvenção periódica ao beneficiário extingue-se morrendo o doador, salvo se este outra coisa dispuser, mas não poderá ultrapassar a vida do donatário.

(iv) Quanto à forma:

Há divergência na doutrina quanto à classificação do contrato de doação como um contrato formal ou não formal.

Caio Mario entende que seria um contrato formal pois exige sempre forma escrita (pública ou particular), podendo ser verbal se versar sobre bens de pequeno valor e se seguir a tradição. Outros entendem que seria de forma livre.

Estou com Caio Mario. É que o contrato não tem forma livre. Ou é verbal (e mesmo assim para bens móveis de pequeno valor) ou é escrito. Só pode ser verbal para bens de pequeno valor.

É sempre por ato *inter vivos*, salvo no caso do art. 314.

Aceitação:

Sendo a doação um contrato, só se forma com o consenso das partes. Mas a esse consenso só se chega se a parte beneficiada, isto é, o donatário, aceita a liberalidade.

Com relação a essa aceitação também se colocam algumas peculiaridades.

Embora deva ser expressa em geral, até mesmo porque em regra o contrato deve ser feito por escritura pública ou instrumento particular, pode ser presumida às vezes. É o caso do art. 539:

Art. 539: O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo.

Luiz Roldão de Freitas Gomes entende que, nesse caso, há verdadeira proposta e não um contrato (e entendo também dessa forma, já que a doação é contrato e, portanto, depende de aceitação).

E o Código fala mesmo em aceitação, sem a qual não há contrato.

De qualquer modo, ao se entender que a aceitação pode ser presumida, há que se reconhecer mais uma exceção à regra do *caput* do art. 541, pois nesse caso, não haveria forma escrita do contrato, mas apenas forma da proposta.

Pode a doação ser tácita também no caso do casamento (*propter nuptias*):



Art. 546: A doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiros a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar.

Em outro ponto, como considerar a aceitação dos incapazes?

Se sua vontade é reconhecidamente insuficiente, precária, para a realização dos negócios?

Acho que há de se entender que, nesse caso, o legislador não considera o menor incapaz e eles poderão aceitar a doação sempre que possam expressar de alguma forma sua vontade.

Todavia, Orlando Gomes acha que deve haver intervenção dos representantes para a declaração expressa de vontade (mas, se for assim, qual a diferença para o mecanismo normal de superação das incapacidades?).

Alguns dizem que a vontade dos incapazes é presumida, outros que é dispensada.

Classificação Genérica:

Unilateral (só há obrigação para uma das partes)

Consensual ou real (é consensual)

É oneroso ou gratuito?

Às vezes é oneroso, às vezes gratuito.

Depende se há ou não encargo.

Ex.: Doação de um sítio, com casa de caseiro em que se obrigue a deixar o caseiro morando ali.

É comutativo ou aleatório?

Não há sentido falar em comutativo ou aleatório já que não é bilateral.

É Formal ou Não-Formal?

Ver considerações acima.

Classificação Própria:

Pura:

Nada é exigido em troca e nem é colocada sob condição ou termo.

Condicional:

Entende-se que é lícita a condição de determinada pessoa para casar.

Modal ou com Encargo:

Impõe uma restrição ao donatário em favor do doador ou de terceiro e transforma o contrato em oneroso, mas não em bilateral.



Remuneratória:

Visa a recompensar serviços que não tenham gerado obrigação juridicamente exigível:

Art. 540: A doação feita em contemplação do merecimento do donatário não perde o caráter de liberalidade, como não o perde a doação remuneratória, ou a gravada, no excedente ao valor dos serviços remunerados ou ao encargo imposto.

Em Contemplação

Com Cláusula de reversão:

Art. 547: O doador pode estipular que os bens doados voltem ao seu patrimônio, se sobreviver ao donatário.

Parágrafo único. Não prevalece cláusula de reversão em favor de terceiro.

Efeitos:

Obrigacionais, não reais.

Irrevogabilidade: não pode se recusar a doar e entregar, salvo nos casos expressos em lei:

Art. 392: Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.

Doação para mais de uma pessoa (presume-se feita em partes iguais — art. 551)

Com cláusula de reversão: torna a propriedade resolúvel (seqüela)

Art. 552: O doador não é obrigado a pagar juros moratórios, nem é sujeito às consequências da evicção ou do vício redibitório. Nas doações para casamento com certa e determinada pessoa, o doador ficará sujeito à evicção, salvo convenção em contrário.

E se é doação modal, onerosa?

Revogação:

Pode se dar:

(i) Por ingratidão:

- **Art. 555:** A doação pode ser revogada por ingratidão do donatário, ou por inexecução do encargo.

(ii) Por descumprimento do encargo:

- **Art. 555** A doação pode ser revogada por ingratidão do donatário, ou por inexecução do encargo.



- **Art. 562.** A doação onerosa pode ser revogada por inexecução do encargo, se o donatário incorrer em mora. Não havendo prazo para o cumprimento, o doador poderá notificar judicialmente o donatário, assinando-lhe prazo razoável para que cumpra a obrigação assumida.

Em ambos os casos, depende de sentença para se desfazer.

É sujeita à decadência (art. 559 — 1 ano).

É personalíssimo o direito (art. 560 — não se transmite aos herdeiros).

Não prejudica direito de terceiros:

Art. 563: A revogação por ingratidão não prejudica os direitos adquiridos por terceiros, nem obriga o donatário a restituir os frutos percebidos antes da citação válida; mas sujeita-o a pagar os posteriores, e, quando não possa restituir em espécie as coisas doadas, a indenizá-la pelo meio termo do seu valor.

A revogação é uma das formas de resolução dos contratos pelo desfazimento da relação. Não deixa de ser uma espécie de rescisão unilateral, ainda que condicionada à verificação de determinado evento.

A revogação é irrenunciável antecipadamente. Mas se pode renunciar ao direito de revogar por determinado fato já ocorrido.

Doações excluídas da revogação (art. 564).

EMPRÉSTIMO

É o contrato através do qual uma das partes recebe para uso ou consumo uma coisa, devendo, depois de certo prazo, restituí-la ou entregar coisa equivalente.

Caso o empréstimo seja para uso e a coisa em si tenha que ser devolvida; ou seja para consumo e, então, obviamente, por não ser possível a sua devolução, deva ser dada coisa equivalente (do mesmo gênero, qualidade e quantidade), será ele comodato ou mútuo.

Essas duas modalidades do empréstimo, comodato e mútuo, contudo, são tão diferentes, que poderiam ser consideradas contratos distintos.

Comodato (comodante e comodatário)

É o empréstimo de uso.

Mas também se faz para gozo, como se percebe da lei:

Art. 584: O comodatário não poderá jamais recobrar do comodante as despesas feitas com o uso e gozo da coisa emprestada.



Art. 581: Se o comodato não tiver prazo convencional, presumir-se-lhe-á o necessário para o uso concedido; não podendo o comodante, salvo necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo juiz, suspender o uso e gozo da coisa emprestada, antes de findo o prazo convencional, ou que se determine pelo uso outorgado.

Caracteriza-se por ter como objeto uma coisa infungível e ser sempre gratuito (caso não fosse, se confundiria com a locação), além de temporário.

Ainda assim, se admite excepcionalmente, o chamado comodato modal, que é um comodato oneroso, em que se estabelece não uma obrigação em si para o comodatário, mas um ônus, como sacrifício exigido para desfrutar a liberalidade.

Sua causa é a cessão de uma coisa infungível para outrem, em liberalidade.

O comodato só estabelece obrigações para uma das partes, isto é, só para o comodatário, que tem, principalmente, que devolvê-la.

Mas aí vocês vão perguntar?

E a entrega da coisa?

O comodante não tem que entregar a coisa para o comodatário?

Tem, mas isso não é uma obrigação, é um pressuposto do contrato.

O contrato só se perfaz com a entrega da coisa e por isso é um contrato real.

Então, se as partes chegam ao consenso sobre o comodato, e o que seria comodante resolve desistir de entregar a coisa, ele não está descumprindo qualquer contrato, pois contrato ainda não existe.

Pode acontecer, tão somente, que esse consenso tenha caracterizado uma promessa. Aí sim, gera a obrigação de fazer.

Art. 579: O comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto.

Classificação:

Unilateral

Real

Gratuito

Comutativo? Não, não faz sentido?

Sinalagmático? Também não faz sentido.

Solene? Não (a menos que se considere a entrega como uma solenidade ou o resquício de uma solenidade).

Execução instantânea? Sim. Diferida.

Quanto aos elementos do contrato, há particularidade no que se refere à Legitimidade:



Art. 580: Os tutores, curadores e em geral todos os administradores de bens alheios não poderão dar em comodato, sem autorização especial, os bens confiados à sua guarda.

Podem ser comodantes todos aqueles que tiverem o uso da coisa. Não precisam necessariamente ser proprietários.

Objeto:

Coisas infungíveis:

Móveis e

Imóveis.

Obrigações do Comodatário:

(i) A principal obrigação do comodatário é restituir a coisa emprestada ao fim do prazo:

E se não houver prazo expresso?

- Presume-se que será pelo tempo necessário para o uso concedido:
 - **Art. 581:** Se o comodato não tiver prazo convencional, presumir-se-lhe-á o necessário para o uso concedido; não podendo o comodante, salvo necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo juiz, suspender o uso e gozo da coisa emprestada, antes de findo o prazo convencional, ou o que se determine pelo uso outorgado.

E se não restituir?

- Pagará aluguel pelo prazo excedente, além das perdas e danos:
 - Art. 582.
 - Alguns entendem aplicar-se o art. 575 que permite o arbitramento do aluguel pelo comodante. Mas essa solução é mesmo exagerada e deve ser proporcionada. Não é um direito absoluto de impor o aluguel.
- Ao contrário da locação, em que a ação é de despejo, aqui a ação é possessória, em razão da posse precária.

(ii) Outra obrigação importante é a de conservar a coisa como se sua fosse, não podendo usá-la senão de acordo com o uso do contrato ou a natureza dele.



Art. 582.

Se usar para outra finalidade, responde por perdas e danos.

Mas pode pedir a rescisão por isso?

- Segundo Silvio Rodrigues (pág. 249), sim.

Aliás, a idéia do Código de proteger a coisa como se sua fosse não é precisa.

É que no caso de correr perigo o objeto do comodato, juntamente com outros do comodatário, este tem que proteger o objeto do comodato em primeiro lugar, sob pena de responder pelo dano, ainda que causado por fortuito:

- Art. 583.

Em razão dessa obrigação, alguns entendem que deve ser atenuado o rigor do art. 584 para possibilitar ao comodatário o ressarcimento de despesas extraordinárias de emergência, isto é benfeitorias necessárias, mas antes deve comunicar ao comodante para que este as proveja.

Riscos:

Quanto aos riscos não há particularidade.

Segue a regra *res perit domino*, pois a coisa emprestada é de propriedade ou está sob o domínio do comodante.

Só há particularidade no caso já visto do art. 583.

Extinção:

MÚTUO (MUTUANTE E MUTUÁRIO)

Definição e Objeto

Diz-se ser o empréstimo “de consumo”, em contraposição ao empréstimo “de uso” (comodato).

Isso pode ensejar confusão quanto a ser objeto do contrato formado apenas por coisas consumíveis, o que não é verdade.

Pode haver mútuo de coisas não consumíveis (o exemplo clássico envolve o empréstimo de animais que devam ser restituídos em outros da mesma espécie, sem que se exija a identidade individual).



Não se pode confundir coisas consumíveis com fungíveis; e estas são o objeto do mútuo:

Art. 586: O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

- Portanto, basta que o mutuário restitua coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade, não estando obrigado a restituir os mesmo itens emprestados, caso que envolveria o outro tipo: comodato.

Transferência do Domínio

- Então qual o destino das coisas emprestadas no mútuo?

Qualquer que lhes dê o mutuário (na maior parte dos casos, o destino será o consumo), já que este delas se torna senhor:

Art. 587: Este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição.

É lógica tal consequência: se o mutuário tem autorização para consumir a coisa emprestada, não poderia, por óbvio, restitui-la.

E a restituição é, então, a chave para que o contrato não tenha os mesmos efeitos da doação.

A causa do mútuo não é a transferência do domínio, mas uma consequência da natureza das coisas que servem como seu objeto. A causa é a cessão do “*gozo que se obtém com o uso do dinheiro ou de outras coisas fungíveis*” (Arnaldo Rizzardo, p.718).

Temporiedade

Por isso que a temporiedade também é requisito essencial, sem a qual poderia haver confusão entre os dois negócios (Orlando Gomes, p.318). Evita-se a indeterminação do contrato, reforçando-se a regra do art. 331:

Art. 592: Não se tendo convencionado expressamente, o prazo do mútuo será:

I. — Até a próxima colheita, se o mútuo for de produtos agrícolas, assim para o consumo como para a semeadura.

II. — De 30 dias, pelo menos, se for de dinheiro.

III. — do espaço de tempo que declarar o mutuante, se for de qualquer outra coisa fungível (O artigo 331 estabelece que o pagamento pode ser exigido imediatamente caso não haja prazo estipulado).



A transferência da propriedade ao mutuário é relevante na falência ou insolvência ocorrida durante o contrato, já que o mutuante terá de concorrer com os demais credores para reaver a coisa.

Riscos

Outra importante conseqüência que deriva da transferência diz respeito aos riscos. No comodato, se a coisa se perde ou deteriora durante a vigência do contrato, quem sofre a diminuição patrimonial correspondente é o comodante, dono da coisa; no mútuo, a regra “*res perit domino*” fica ao lado do emprestador: afinal, ao efetuar a entrega (que é verdadeira tradição), o domínio da coisa passa ao mutuário e, com ele, os riscos pela perda ou deterioração fortuitas.

“Realidade”

- Da redação do artigo 586 ainda se extrai o caráter real do contrato de mútuo, que somente se perfaz com a tradição da coisa.
- O mútuo somente se aperfeiçoa com a tradição. Antes disso, pode haver apenas uma “promessa de mútuo”, esta, sim, contrato consensual e que, acaso descumprida, ensejará a sanção das perdas e danos.

Promessa de Mútuo

- Não pode ser exigida a entrega?

Em regra, os chamados “contratos preliminares” ou “pré-contratos” somente ensejam a sanção das perdas e danos, visto que envolvem verdadeira obrigação de fazer, consubstanciada na celebração do contrato definitivo. Nosso Direito anterior reconheceu o caráter vinculatório da promessa de compra e venda de imóvel, impondo-lhe efeito prático correspondente à celebração do contrato pelo promitente vendedor, ou seja, impondo-lhe o efeito da transferência da propriedade. A solução era, contudo, restrita ao caso. O Novo Código Civil traz disposições específicas sobre o contrato preliminar (artigos 462 a 466), reconhecendo neles o caráter obrigatório em relação ao objeto do contrato definitivo, desde que contenha todos os requisitos essenciais do contrato definitivo (art. 462), não preveja cláusula de arrependimento (art. 463) e se a natureza da obrigação não for com isso incompatível (art. 464).

Arnaldo Rizzardo afirma que a promessa de mútuo é “*suscetível de revogação por decisão do promitente mutuante quando há sensível mudança nas garan-*

tias patrimoniais de parte do pretendente, de modo a induzir sua insolvência” (p.719). — A prova dessa condição deve ser do promitente.

No âmbito do Direito do Consumidor, a oferta (qualquer informação ou publicidade) feita vincula o fornecedor, consubstanciando verdadeira obrigação que, se inadimplida, pode ser exigida em si, desvinculando-se, a solução, da regra vetusta do artigo 247 do Código Civil:

Art. 84: Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§1º: A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por ela optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

O Código de Defesa do Consumidor é formado por um conjunto de normas de ordem pública que se espraiam por vários ramos do Direito, atingindo o direito material e o direito processual no qual traz soluções específicas para os direitos que reconhece naquele. É o que ocorre neste caso.

Unilateralidade

- A “realidade” do contrato o torna essencialmente unilateral.

Só há obrigações para o mutuário, nunca para o mutuante:

- A tradição não é obrigação, mas pressuposto. — Note-se que nem mesmo há deveres de reembolso por despesas feitas com a conservação da coisa. Estes se justificam no comodato, em que a coisa é do comodante.

E para que se configure o contrato de mútuo, basta que haja a vinculação do mutuário à entrega de coisas equivalentes em determinado prazo.

Gratuidade e Onerosidade

Daí ser ele originalmente gratuito.

— Originalmente pois foi historicamente assim concebido. Já há algum tempo, destaca-se a cobrança de juros, vista como verdadeira causa para a celebração do contrato por parte do mutuante, o que desvirtua sua função (na origem, beneficente).

O Código Civil de 1916, embora identificando essa tendência, ainda a considerava excepcional:



Art. 1.262: É permitido, mas só por cláusula expressa, fixar juros ao empréstimo de dinheiro ou de outras coisas fungíveis. Esses juros podem fixar-se abaixo ou acima da taxa legal (artigo 1.062) com ou sem capitalização.

Com o advento dos empréstimos em massa, de dinheiro, feitos pelas instituições financeiras, consolida-se o desvio, do mútuo, de seu caráter de liberalidade. Passa a ser considerado, em regra, como um contrato oneroso. Afinal, como dito, a causa do contrato deixou de ser, na maior parte dos casos, a liberalidade, vindo a se identificar na cessão do gozo temporário de certa quantia em dinheiro em troca de remuneração.

O Novo Código Civil vai nessa linha:

Art. 591: Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

Ao empréstimo em dinheiro, a juros, chama-se mútuo feneratício (do latim 'foenus').

Classificação:

Unilateral

Real

Gratuito, mas é comum que seja Oneroso

Comutativo? Não, não faz sentido?

Sinalagmático? Também não faz sentido.

Solene? Não (a menos que se considere a entrega como uma solenidade ou o resquício de uma solenidade).

Execução instantânea? Sim. Diferida.

Elementos:

Só podem ser mutuantes aqueles que têm a propriedade da coisa.

Claro, o mútuo envolve a alienação.

Há particularidade no que se refere à capacidade:

Art. 588: O mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver, não pode ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores.

Isso vai ao encontro das regras sobre incapacidade (genéricas a todo contrato).

Mas torna-se válido o mútuo nas hipóteses do art. 589 do Código Civil.

O objeto, como se viu, está restrito às coisas fungíveis (não necessariamente por sua natureza).



Obrigações do Mutuário:

Aqui, ao contrário do comodato, só há como obrigação principal a entrega de coisa equivalente no prazo estipulado.

Já que a coisa é destinada ao consumo, ou é fungível, não há necessidade de conservá-la.

Quando há previsão de juros, soma-se àquela obrigação a de pagar os juros.

Juros

Conceito:

São frutos civis; não decorrem de acréscimo natural da coisa mas de uma convenção.

Configuram a contrapartida merecida pela cessão e pela indisponibilidade do capital (estão sempre vinculados a uma dívida de capital, com origem contratual ou legal).

Conforme se trate de contrapartida pela cessão ou pela indisponibilidade, os juros são chamados de compensatórios e moratórios.

Espécies:

Compensatórios: como o nome indica, compensam, remuneram a cessão do capital.

Moratórios: entende-se que são uma retribuição pela indisponibilidade do capital.

Simplex

Compostos (integrados pelos juros anteriores e outras verbas)

Reais: segundo Arnaldo Rizzardo, são aqueles que perfazem a remuneração líquida

Limitação:

Para o Código Civil de 1916, não havia limitação (podiam ser cobrados “*abaixo ou acima da taxa legal*”).



A taxa legal é aquela do artigo 1.062: 6% (seis por cento) ao ano. No Código Civil de 2002 é o artigo 406.

Isso, contudo, durou até 1933, com a vigência do Decreto 22.626:

Art. 1º, Dec. 22626/33: É vedado, e será punido nos termos desta Lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro do limite legal.

Os juros, a partir de então, ficaram limitados a 12% (doze por cento) ao ano, quer fossem moratórios, quer remuneratórios.

Estes, contudo, ainda podiam sofrer um acréscimo de mais 1% (um por cento):

Art. 5º, Dec. 22626/33: Admite-se que pela mora dos juros contratados estes sejam elevados de um por cento e não mais.

Em 1964, porém, a Lei 4.595 alterou a política financeira e monetária. Criou o Sistema Financeiro Nacional, a ele vinculando as instituições financeiras (art. 17) e o CMN (Conselho Monetário Nacional), ao qual outorgou a competência de estabelecer as diretrizes monetárias. Nesse sentido, em seu artigo 4º, IX, transferiu-lhe a função de “*limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração das operações e serviços bancários ou financeiros...*”.

Diante disso, o STF passou a entender que, no que concernia às instituições financeiras, que o Decreto 22.626/33 estava afastado, ficando livre a estipulação de juros em seus contratos. O entendimento foi consolidado na **Súmula 596:** *as disposições do Dec. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o Sistema Financeiro Nacional.*

Esse entendimento sempre foi considerado injusto e discriminatório.

Com a promulgação da Constituição da República, as discussões voltaram à tona e perduram até hoje.

Art. 192, § 3º: As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento (12%) ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos do que a lei determinar.

- Por força desse dispositivo, parecia que a Constituição estabelecera a limitação a 12% de modo geral e irrestrito.
- No entanto, o STF entendeu, de modo nem sempre compreendido, que o dispositivo não pode ser aplicado, dependendo de regulamentação.

Enquanto não regulamentado o dispositivo constitucional, de nada adianta querer aplicá-lo, já que o STF não reconhece tal aplicabilidade.

Com a promulgação, passou a ser do STJ a competência, em instância superior, para dirimir as controvérsias relativas ao conflito de leis federais. A partir daí, a súmula 596 não mais representava, oficialmente, a interpretação nacional.

Alguns julgados fizeram interessante abordagem da questão.

Uma delas, esposada por Arnaldo Rizzardo, é baseada na interpretação do termo “limitar”, constante da Lei 4.595/64: para a 4ª Turma, ao dizer que o CMN passou a poder “limitar” as taxas de juros “sempre que necessário”, o legislador não liberou a estipulação de quaisquer taxas. “Limitar” quer significar fixar, estabelecer, pelo que a cobrança de taxas superiores àquelas da lei de usura dependeria da autorização expressa do CMN para tanto (ex.: RESP 328.220 — Ruy Rosado de Aguiar).

- No entanto, a hipótese se limita às cédulas de crédito rural, comercial e industrial.
- Ambas as turmas decidem dessa forma.

A mais ousada, todavia é a abordagem relativa à não-recepção da Lei 4.595/64 pela CR/88, segundo a qual, tendo o artigo 22, VI e VII, ao tratar da competência privativa da União, inserido os temas de sistema monetário e política de crédito, remetendo-os à legislação exclusiva pelo Congresso Nacional (artigo 48, XIII), retirou a legitimidade da Lei 4.595/64, editada em tempo de regime ditatorial. Além disso, o artigo 25 do ADCT revogou expressamente “*os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional...*” (ver Márcio Mello Casado, p.48).

No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis no Estado do Rio de Janeiro, há um enfoque distinto, atacando a fixação de juros de modo unilateral, sem informação prévia acerca da taxa cobrada, o que permite a variação unilateral do preço do serviço bancário (remuneração pelo financiamento concedido).

Afora isso, o STJ tem mantido o entendimento do STF, adotando a interpretação da súmula 596.

No Novo Código Civil, há autorização para a cobrança de juros até o limite da taxa usada para a correção dos tributos federais (SELIC).

Capitalização:

A capitalização também era autorizada pelo Código Civil de 1916 (art. 1.262) e passou a ser proibida pelo Dec. 22.626/33, através de seu artigo 4º: *é proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano*. No Código Civil de 2002, cuida do assunto o artigo 591.

Mesmo quando pactuada expressamente, não pode ser cobrada. Esse é o entendimento pacificado no STJ que somente acata o anatocismo quando



haja autorização legal (**Súmula 121, STF**: É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada, proibição essa que alcança também as instituições financeiras).

No entanto, (i) o próprio STF estabeleceu uma exceção a essa proibição, refletida na Súmula 596 e (ii) o próprio dispositivo que impõe a proibição ao anatocismo, já lhe aplicava um exceção, além (iii) da exceção na desapropriação:

(i) **Súmula 596**: As disposições do Decreto 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional.

(ii) **Art. 4º, Dec. 22.626/33**: É proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.

(iii) **Súmula 102, STJ**: A incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei.

DEPÓSITO

Conceito

Pelo Depósito, uma pessoa entrega à outra um bem móvel para que seja guardado e devolvido quando quiser.

Segundo Silvio Rodrigues, é “o contrato pelo qual uma pessoa recebe, para guardar, um objeto móvel alheio, com a obrigação de restituí-lo quando o depositante o reclamar”.

É esse conceito em muito se aproxima da definição legal:

Art. 627: Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame.

Partes: Depositante (entrega) e Depositário (recebe para guardar).

Mas a locução ‘para guardar’ pode esconder a verdadeira vinculação do depositário, posto que este não fica obrigado apenas a armazenar a coisa, mas a zelar por ela. Daí alguns autores preferirem falar na noção de custódia (Orlando Gomes).

Causa

De todo modo, dela se vislumbra a causa do contrato de depósito, a custódia de coisa alheia.

É esse o motivo “*oggettivato*” (Trabucchi) do contrato.

E é ela que diferencia o contrato de depósito de um contrato de comodato ou de locação (se o depósito for remunerado).

No comodato, a causa é o uso e gozo da coisa.

Embora exista o dever de guarda e conservação da coisa nesse tipo de contrato, ele é mera consequência da cessão do uso e gozo e não sua causa.

No depósito, ao contrário, a guarda é a causa e o uso é, em princípio, vedado.

Mesmo nas hipóteses excepcionais em que o uso é autorizado, não pode haver desvirtuamento do contrato, já que este será consequência da custódia. O direito de uso, nesses casos, vem “a reboque” da custódia.

Prazo de interesse do depositante

E a causa se identifica com o interesse do depositante.

É por isso que, ao contrário do empréstimo e da locação, o prazo do depósito não se fixa, em regra, em benefício do recebedor da coisa, mas em benefício do entregador (depositante).

Assim, mesmo quando há prazo especificado para a vigência do contrato, a coisa depositada pode ser exigida pelo depositante a qualquer tempo:

— **Art. 633:** Ainda que o contrato fixe prazo à restituição, o depositário entregará o depósito, logo que se lhe exija, salvo se tiver o direito de retenção a que se refere o art. 644, se o objeto for judicialmente embargado, se sobre ele pender execução, notificada ao depositário, ou se houver motivo razoável de suspeitar que a coisa foi dolosamente obtida.

Caráter Gratuito

O interesse do depositante é tão marcante no contrato de depósito que em regra exclui qualquer interesse do depositário.

O contrato de depósito é essencialmente gratuito. Na sua origem, não se concebia a remuneração pela guarda.

Contudo, a sociedade contemporânea tem admitido a remuneração do depositário.

E nesse sentido se dirigiu o Código Civil:

Art. 628, caput: O contrato de depósito é gratuito, exceto se houver convenção em contrário, se resultante de atividade negocial ou se o depositário o praticar por profissão.

Se a gratificação se transforma em uma remuneração pela guarda, o contrato pode passar a oneroso.



Atualmente é verificada a grande incidência de contrato de depósito que são celebrados não apenas no interesse do depositante, mas também no interesse do depositário, como, por exemplo, no caso dos armazéns e estacionamentos, cuja principal atividade é exatamente a exploração comercial do depósito.

Caráter Real

Da redação do artigo 627 é possível vislumbrar seu caráter real, posto que o contrato se aperfeiçoa somente com a entrega. Esta é pressuposto da gênese da obrigação de guardar.

Essa entrega pode ser real (física) ou ficta (chaves de um carro).

Transfere não a posse ou o uso (salvo no depósito irregular), mas a detenção.

Objeto

É também a redação do artigo 627 que indica a natureza dos bens que podem ser objeto de comodato: bens móveis.

Não se admite o depósito de imóveis pela razão de Pothier: o que se guarda não é o imóvel em si, eis que não pode ser removido, mas o que está em seu interior.

Se por acaso há dever de vigilância e cuidados com relação ao imóvel, trata-se de mandato e não de depósito.

Ainda assim, a doutrina mais moderna vem admitindo que imóveis possam ser objeto de depósito, principalmente pela abertura dada pelos depósitos judiciais (penhora).

Creio, contudo, que o caso do depósito judicial não ilide a restrição legal, posto não poder ser tomado por contrato.

- Anote-se que a doutrina francesa considerou o depósito um “ato” exatamente para que nele pudesse ser enquadrado o depósito judicial (“*séquestre*”).

Esses bens são, em regra, coisas infungíveis, individuadas, que devem ser restituídas em si.

Todavia, excepcionalmente, se admite o depósito de coisas fungíveis, que é chamado de Depósito Irregular.

Nesse caso, assemelha-se ao mútuo e, por isso, regula-se em conformidade com ele:



Art. 645: O depósito de coisas fungíveis, em que o depositário se obrigue a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade, regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo.

Assemelha-se ao mútuo porque não se poderia impedir, em face da natureza das coisas depositadas, que o depositário as utilizasse como bem lhe aprouvesse. A ele é facultado, nesses casos, o uso e gozo da coisa depositada e, por isso, as regras do mútuo são pertinentes.

Ainda assim, não se confunde com o mútuo. Como visto, a causa é distinta.

Espécies:

O depósito, segunda a lei, pode ser voluntário ou necessário.

Voluntário é o depósito que se faz com a escolha, pelo depositante, do depositário, ou seja, a quem confiará a guarda da sua coisa. Por isso, tem caráter “*intuitu personae*”. Neste caso, há consenso entre as partes.

Já o depósito necessário se caracteriza por não ser dada ao depositante essa faculdade. Decorre da lei.

Obrigações:

Já se pode ver, da própria redação do art. 627, que o depósito gera, em regra, obrigação apenas para o depositário, qual seja, a de guardar a coisa e de restituí-la quando o depositante quiser.

(i) A primeira e principal obrigação do depositário e, então, guardar a coisa.

A não ser que se torne impossível ou muito difícil a guarda, o que o Código reconhece, permitindo, então, até mesmo em razão da regra da gratuidade, que o depositário se esquivar do dever de guarda:

Art. 635: Ao depositário será facultado, outrossim, requerer depósito judicial da coisa, quando, por motivo plausível, não a possa guardar, e o depositante não queira recebê-la.

(ii) Conservar a coisa:

Deve zelar pela coisa com toda a diligência.

Como se lhe pertencesse.

Art. 629: O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acréscidos, quando o exigir o depositante.

Essa obrigação guarda semelhança com a obrigação do comodatário, mas a deste é um pouco mais rigorosa, pois contém a estipulação de que, em caso de perigo, deve salvar a coisa emprestada em primeiro lugar.

No depósito não há semelhante regra.



Basta que o depositário haja com a diligência de um homem médio.

Mesmo assim, cabe a ele o ônus da prova de que agiu com essa diligência. Se a coisa depositada perece ou sofre danos, o depositário tem que provar o evento que superou sua diligência:

Art. 642: O depositário não responde pelos casos de força maior; mas, para que lhe valha a escusa, terá de prová-los.

(iii) Restituir a coisa depositada:

a) Ainda que o contrato estipule prazo, o depositário é obrigado a restituir sempre que o depositante o reclame (como se viu, o prazo é fixado no interesse do depositante):

Art. 633: Ainda que o contrato fixe prazo à restituição, o depositário entregará o depósito logo que se lhe exija, salvo se tiver o direito de retenção a que se refere o art. 644, se o objeto for judicialmente embargado, se sobre ele pender execução, notificada ao depositário, ou se houver motivo razoável de suspeitar que a coisa foi dolosamente obtida.

E se não restituir por dolo ou porque culposamente a transferiu?

- Veja-se que se trata de recusa injustificada ou culpa.
- Deve haver a intenção dirigida à não-devolução ou culpa.
- O depositário pode ser preso até que devolva:

Art. 652: Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.

— É a famosa pena de prisão do depositário infiel, uma das duas únicas prisões civis, por descumprimento de uma obrigação civil, que restaram em nosso Direito.

Art. 5º, LXVII, CF: Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

A República Federativa do Brasil aderiu ao Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto Executivo 592, de 06.07.1992. O artigo 7º, nº 7 desse tratado determina: “*Ninguém será detido por dívidas; este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar*”.

E se não puder mesmo restituir?

- Aqui ele não restitui pois ficou impossibilitado de fazê-lo por causas alheias à sua vontade, isto é, sem culpa.
- Essa questão se refere aos RISCOS no contrato de comodato.
- Quem deve sofrer a diminuição patrimonial relativa à perda da coisa depositada?



Deve o depositante ficar sem a coisa e não receber nada em seu lugar? Ou deve o depositário pagar o equivalente da coisa ao depositante?

- Se considerarmos a natureza gratuita do contrato de depósito e que o depositante é que é o dono da coisa, temos que a solução da lei impõe os riscos do contrato ao depositante, seguindo a regra *res perit domino*.
- É o que já vimos do art. 642:

Art. 642: O depositário não responde pelos casos de força maior; mas, para que lhe valha a escusa, terá de prová-los.

- Pode ocorrer que o depositário tenha, em razão de algum contrato de seguro ou da responsabilidade de um terceiro pela perda da coisa, recebido uma indenização, recebido o equivalente à coisa depositada. Neste caso, a lei impõe, com justeza, que o depositário transfira ao depositante aquilo que recebeu em lugar da coisa:

Art. 636: O depositário, que por força maior houver perdido a coisa depositada e recebido outra em seu lugar, é obrigado a entregar a segunda ao depositante, e ceder-lhe as ações que no caso tiver contra o terceiro responsável pela restituição da primeira.

— E isso, claro, para evitar enriquecimento indevido do depositário.

b) E tem que restituir a coisa no estado em que a recebeu:

Art. 630: Se o depósito se entregou fechado, colado, selado, ou lacrado, nesse mesmo estado se manterá.

c) Inclusive com os frutos e acréscidos:

Art. 629: O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acréscidos, quando o exija o depositante.

- Essa é uma regra de justiça.
- Afinal, se o depositante sofre o risco, é justo que também receba os melhoramentos da coisa.

d) A obrigação de restituir passa aos herdeiros e estes, então, são obrigados a restituir a coisa. Mas pode acontecer que os herdeiros vendam a coisa depositada de boa-fé, sem saber que existia o contrato de depósito. Nesse caso, a lei admite que eles possam entregar coisa equivalente, ou seja, o preço recebido pela venda:

Art. 637: O herdeiro do depositário, que de boa-fé vendeu a coisa depositada, é obrigado a assistir o depositante na reivindicação, e a restituir ao comprador o preço recebido.



e) Também não pode o depositário querer reter a coisa depositada como compensação de crédito que tenha com o depositante:

Salvo se:

- Esse crédito decorrer de despesas feitas com a coisa depositada;
- De prejuízos do depósito (danos a coisas do depositário por defeito na coisa depositada (contaminação))
- Ou se o crédito for de outro depósito.

Art. 644: O depositário poderá reter o depósito até que se lhe pague a retribuição devida, o líquido valor das despesas, ou dos prejuízos a que se refere o artigo anterior, provando imediatamente esses prejuízos ou essas despesas.

Pode reter se for oneroso? Se a gratificação configurar remuneração, havendo exploração comercial do depósito, este passa a oneroso e, por isso, não é demais admitir a retenção até que se receba a remuneração ajustada. Seria uma especificação da regra dos artigos 476 e 477 do Código Civil.

f) Só em poucos casos, pode o depositário se eximir da obrigação de entregar a coisa depositada:

- (i) quando o objeto for embargado;
- (ii) quando sobre o objeto pender execução, notificada a ele.
- (iii) quando tiver forte motivo de suspeita de que o objeto é furtado ou roubado.

Art. 638: Salvo os casos previstos nos arts. 633 e 634, não poderá o depositário furtar-se à restituição do depósito, alegando não pertencer a coisa ao depositante, ou opondo compensação, exceto se noutro depósito se fundar.

Faculdades do Depositário:

Em regra o depositário tem apenas deveres quanto à coisa, não direitos em relação a ela.

Como vimos, deve guardá-la e conservá-la.

Não pode fazer uso dela, a não ser que expressamente autorizado:

Art. 640: Sob pena de responder por perdas e danos, não poderá o depositário, sem licença expressa do depositante, servir-se da coisa depositada, nem a dar em depósito a outrem.

Obrigações do Depositante:

Há obrigações por parte do depositante no contrato de depósito?

Pode haver, mas nem sempre.

Por certo, não há obrigação de entregar; esta é pressuposto do contrato.

Pode haver obrigações, mas apenas em caráter circunstancial.



E essas obrigações circunstanciais estão dentre aquelas cujo descumprimento permite o direito de retenção por parte do depositante:

Art. 643: O depositante é obrigado a pagar ao depositário as despesas feitas com a coisa, e os prejuízos que do depósito provierem.

Exatamente por serem meramente circunstanciais, derivadas de situações especiais, ocorridas no curso do depósito, é que não podem vir a ser consideradas como inerentes ao contrato.

Por isso que o contrato continua sendo unilateral (quando não remunerado), embora alguns, em razão dessas obrigações eventuais, prefiram chamá-lo de bilateral imperfeito.

Se o depósito for remunerado, aí já será a obrigação de pagar a remuneração, os salários, uma obrigação essencial para esse chamado depósito oneroso.

Classificação:

(i) Unilateral, podendo ser bilateral, quando oneroso.

E hoje em dia é, na maioria dos casos, bilateral.

(ii) Real (só se perfaz com a entrega da coisa a ser guardada).

(iii) Gratuito segundo a regra da lei, podendo ser oneroso.

(iv) Se oneroso é comutativo.

(v) Não-solene, a despeito do art. 646:

Art. 646: O depósito voluntário provar-se-á por escrito.

Notem que a forma exigida aqui é apenas *ad probationem* e não *ad substantiam*, isto é, não se exige para a validade do contrato, apenas para sua prova.

Depósito Necessário:

A lei abrange sob o nome de depósito necessário o que a doutrina divide em depósito legal e depósito necessário *strictu sensu*.

Seria, nesse sentido, o depósito em que o depositante, por força da lei ou premido pelas circunstâncias, não tem chance de escolher o depositário (perde o caráter *intuitu personae*).

Sua característica é essa, a impossibilidade de escolha do depositário.

Art. 647: É depósito necessário:

I. — o que se faz em desempenho de obrigação legal (art. 648);

Refere-se aos diversos casos em que a lei estabelece para uma pessoa a responsabilidade de depositário.

Art. 649: Aos depósitos previstos no artigo antecedente é equiparado o das bagagens dos viajantes ou hóspedes nas hospedarias onde estiverem.

Parágrafo Único: Os hospedeiros responderão como depositários, assim como pelos furtos e roubos que perpetrarem as pessoas empregadas ou admitidas nos seus estabelecimentos.

Para Arnaldo Rizzardo, o fundamento dessa responsabilidade é a confiança que o público deposita nesses estabelecimentos.

Entende-se que a enumeração é meramente enunciativa. Segundo Pontes de Miranda, estende-se aos teatros, hospitais, transportes de leito, cassinos, clubes, restaurantes e cafés com guarda-volumes ou chapelaria.

Nesse ponto, cabe mencionar o problema da eficácia da cláusula de não indenizar, geralmente afixada nas paredes dos estabelecimentos.

- Para a doutrina, resta claro que qualquer aviso nesse sentido é ineficaz.
- Afinal, trata-se de ato unilateral que não pode impor efeitos ao cliente, mesmo que previsto em regulamento interno.
- Arnaldo Rizzardo diz que só convenção expressa a validaria.

Essa afirmação é discutível. A doutrina e a jurisprudência tem limitado o alcance das cláusulas de não indenizar, mesmo no campo das relações contratuais, se atinge os “*elementos substanciais da avença*”, não podendo ser ajustada “*para afastar ou transferir obrigações essenciais do contratante*” (Sergio Cavalieri Filho, p.341). Esse entendimento foi consolidado pelo legislador no âmbito das relações de consumo, em que se consideram nulas as cláusulas que restrinjam “*direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual*” (Artigo 51, §1º, II). Há item específico no artigo 51, I. Em verdade, a se admitir uma cláusula desse tipo nos contratos de depósito, estar-se-ia mitigando a intensidade do dever de custódia, cerne do negócio. Na prática, acaba privando de efeitos todo o negócio, erigindo-se em verdadeira condição potestativa pura, vedada em nosso ordenamento (artigo 122 do Código Civil: *são lícitas, em geral, todas as condições, que a lei não vedar expressamente. Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes*). Segundo Orlando Gomes, tais condições criam uma “*contradição em si*”, retirando a eficácia do negócio.

Exclusão da responsabilidade (art. 650: Cessa, nos casos do artigo antecedente, a responsabilidade dos hospedeiros, se provarem que os fatos prejudiciais aos viajantes ou hóspedes não podiam ter sido evitados.)

II. — o que se efetua por ocasião de alguma calamidade, como o incêndio, a inundação, o naufrágio ou o saque.

É o também chamado depósito miserável.

Difere do Depósito Voluntário, principalmente:

Por não precisar de forma específica em nenhuma hipótese:



Art. 648, Parágrafo Único: Essas disposições aplicam-se, outrossim, ao depósitos previstos no art. 647, II; podendo estes certificar-se por qualquer meio de prova.

Por não se presumir gratuito:

Art. 651: O depósito necessário não se presume gratuito. Na hipótese do art. 649, a remuneração pelo depósito está incluída no preço da hospedagem.

Depósito e Outras Figuras

O estudo do contrato de depósito ganhou importância na vida moderna pois tem servido como verdadeiro paradigma para soluções de problemas que se apresentam no âmbito de outros negócios ou outras figuras jurídicas com que não se confunde. Destacam-se, em especial, a questão da responsabilidade intensificada pelo dever de guarda e conservação e a disposição do artigo 652, que permitir a prisão do depositário infiel. Em ambos os casos o que se busca é a aplicação analógica ou direta das normas do contrato de depósito. No primeiro, de modo a facilitar a reparação dos danos sofridos pela coisa-objeto-do—contrato, com a presunção de culpa do detentor e a consequente inversão do ônus da prova quanto à existência ou não do inadimplemento; no segundo, para reforçar a garantia do crédito, através da equiparação do devedor ao depositário.

Depósito e Estacionamento de Veículos:

O caso dos estacionamentos de veículos é uma das hipóteses em que pode haver a equiparação ao depósito e em que a jurisprudência tem reconhecido deveres de guarda e zelo. Mas há que se distinguir se o estacionamento é explorado comercialmente como atividade fim ou é apresentado como um serviço de conveniência para os fregueses.

Exploração Comercial de Estacionamento

Quando o estacionamento é explorado comercialmente, como a atividade a que se dedica o empresário, parece não haver óbice no reconhecimento de um verdadeiro contrato de depósito. Afinal, ainda que seus prepostos não detenham as chaves do veículo e, portanto, sua posse, o carro é ali entregue para que fique guardado e protegido.



É certo que as partes não lhe impõem tal “*nomen juris*” mas as principais características do contrato de depósito podem ser nele vislumbradas, subsumindo-se, em princípio, à espécie tipificada no código (art. 627).

Todavia, parece que os tribunais não têm preferido considerar o negócio dessa forma. Ao se referirem a ele, dizem haver um “serviço de estacionamento”. Talvez porque, em grande parte das vezes, a intenção seja apenas a de deixar o automóvel fora de locais proibidos pelos órgãos de trânsito.

De todo modo, o estabelecimento responde pela omissão nos deveres de guarda e vigilância.

Se o veículo é furtado, não há dúvida acerca dessa responsabilidade.

Sustentam que, nas grandes cidades, esse crime não pode mais ser visto com o imprevisível e que a atividade-fim do estabelecimento o obriga a providenciar um mínimo aparato de segurança para evitá-lo.

Estacionamento-Conveniência

Se o estacionamento não é a atividade-fim do estabelecimento, sendo ele oferecido como item de conveniência e conforto aos clientes, a situação é um tanto diversa, embora a solução seja semelhante.

A situação é diversa pela razão de que não há um contrato ou outro negócio propriamente dito encetado entre o estabelecimento e seus clientes. Não há declaração de vontade de parte a parte no sentido de se vincularem. Há, tão somente, o ato do cliente que manobra e para seu veículo em uma das vagas disponibilizadas.

Assim, é difícil reconhecer a existência de um contrato de depósito, embora o próprio STJ já o tenha feito (ultimamente, os acórdãos têm rechaçado essa adequação).

Os enfoques metodológicos mais recentes talvez imputem a tentativa de enquadrar a figura no modelo tipificado do contrato de depósito a um apego à noção de sistema fechado, segundo a qual todas as soluções para os problemas jurídicos estão situadas no interior do sistema de normas e princípios ancorados na premissa maior da razão, devendo ser desprezada a busca de qualquer recurso que não esteja inserido no sistema.

Isso acaba provocando grandes distorções no seio da estrutura normativa em face do clamor por soluções de novos problemas: não resistindo às pressões das transformações sociais, que apresentam problemas não tradicionalmente previstos e, ao mesmo tempo, lutando para manter a coerência e a coesão do sistema (no qual sempre fundou a validade das soluções jurídicas), a jurisprudência contemporânea a essa crise (toda crise, termo que expressa ruptura, conflito, luta, nas palavras de Hélio Jaguaribe, exprime uma desconformidade estrutural entre um processo e seu princípio regulador, uma



transformação) termina por forçar o enquadramento das novas figuras nos velhos compartimentos normativos.

Mas as novas figuras de relações interindividuais e coletivas impõem a revisão de conceitos e pontos-de-vista elaborados para explicar as figuras tradicionais já superadas e a inauguração de um novo enfoque de sistema: um “sistema aberto” ou pelo menos sujeito a aberturas, a interferências externas, através das quais seja possível fazer uma “sintonia fina”, um ajuste mais preciso das normas aos fatos (!), de modo que estes não se contorçam e se descaracterizem com um enquadramento forçado. É o que vem ocorrendo com a inserção das chamadas cláusulas gerais ou abertas que permitem dar um tratamento pleno ao fato, buscando, na sua ‘realidade’, na sua ‘autenticidade’, na sua expressão extrajurídica (não na sua conformação a um modelo típico muitas vezes inadequado) os efeitos a serem juridicamente reconhecidos (e por isso socialmente legitimados).

É o que se pode dizer que acontece com o reconhecimento do dever de custódia nos estacionamento para clientela.

A impossibilidade de enquadramento no contrato típico de depósito não afasta a configuração do dever de custódia.

O Fundamento do Dever de Custódia

Vem sendo reconhecida a necessidade de se distinguir, como fonte das obrigações, não só aquelas tradicionalmente admitidas (a lei e o contrato), mas também as decorrentes do chamado “ato existencial”.

É de se adotar a lição de Clóvis do Couto e Silva (que teria sido pioneiro na divulgação dessa idéia entre nós): algumas relações há que não especificamente fundadas em um contrato, cuja juridicidade decorre mais diretamente de um fato, em que não existe, necessariamente, uma declaração de vontade identificável mas ao qual vem sendo atribuído o nascimento de deveres de diligência e atenção aos interesses mútuos.

O fundamento da criação e existência desses deveres (assemelhados àqueles gerados em função de negócios jurídicos), é encontrado na boa-fé objetiva que tem como uma de suas principais funções a criação de deveres outros que não aqueles formados ou a se formar pelas fontes tradicionais (lei e vontade). É ela que permite que integrem as relações sociais “*não apenas os fatores e circunstâncias que decorrem do modelo tipificado na lei ou que nascem da declaração de vontade, mas, por igual, fatores extravoluntarísticos, atinentes à concreção de princípios e standards de cunho social e constitucional*” (Judith Martins-Costa, A Boa-Fé no Direito Provido, p.395).

É ela que, modernamente, explica a responsabilidade pré-contratual e a culpa ‘*post factum finitum*’, em face do reconhecimento de um dever genéri-

co de colaboração recíproca, de lealdade, de clareza, coerência, fidelidade e respeito, enfim, a “*correttezza*” a que se refere Alberto Trabucchi entre todos aqueles que travam um contato social (seja ele de natureza contratual ou fática), oriundos, principalmente, da confiança gerada nesse contato.

No específico caso de estacionamentos de veículos, ainda que não se vislumbre um ato de vontade como a entrega de chaves ou de tíquetes, nasce para o encarregado do estacionamento um dever de guarda do veículo.

É nesse ponto que se insere a melhor solução para o caso de furto de veículos e objetos em seu interior ocorridos em estacionamentos disponibilizados para a clientela, gratuitos ou pagos. Ao alardeá-los como mais uma facilidade e conforto, às vezes mencionando mesmo a segurança, os estabelecimentos captam a clientela sensível a esse chamado, nela criando a expectativa correspondente. Se essa expectativa é frustrada com o furto do veículo, quebra-se o dever de boa-fé, quebra-se o pacto de lealdade aos interesses do cliente e, daí, surge o dever de indenizar.

- Para a jurisprudência que segue esse entendimento, antes mesmo de encetar o eventual negócio (compra e venda, prestação de serviços, hospedagem) com o cliente, fica o estabelecimento vinculado à expectativa nutrida por aquele em razão da situação fática (decorrente da oferta de facilidade) na qual vislumbrou a “idéia de segurança” (Min. Ruy Rosado, RESP nº 107211/SP).

O STJ consolidou o reconhecimento da responsabilidade dos estacionamentos na **Súmula 130**: *A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.*

- Mesmo o empregado do estabelecimento, em face da fundamentação na cláusula geral de boa-fé, tem assegurada a reparação por furto no estacionamento (RESP nº 195.664, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)
- No caso de estabelecimentos bancários, também o roubo no estacionamento tem ensejado a responsabilidade civil. Entende-se que, nesse caso, a natureza do serviço prestado determina que haja segurança armada, pronta para rechaçar a atividade criminosa do roubo. Um bom exemplo é o AGA nº 356.934/SP, cujo relator foi o Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Outro, o AGAG 47.901.

Essa solução é uma conquista da jurisprudência atenta às transformações sociais de que se falou e ciente da construção doutrinária nacional e estrangeira que, mesmo diante da ausência de disposição normativa expressa, reconheceu a vigência e aplicou a cláusula-geral de boa-fé, contribuindo para

o influxo de noções capazes de aliviar a pressão do sistema, permitindo sua supervivência.

O Código Civil de 1916 desprezara a cláusula de boa-fé e atrasou seu florescimento entre nós.

Já o novo Código Civil trouxe disposição expressa (artigos 113 e 422) e permite a plena integração de tal solução ao novo sistema.

Mas desde 1991 o Código de Defesa do Consumidor já a positivara. Todo o micro-sistema das relações de consumo é nela amparado. Do artigo 4º, III, espria-se por todos os demais dispositivos, protegendo e garantindo a realização das expectativas dos consumidores que, criadas pela atuação dos fornecedores, são socialmente legitimadas.

Daí a especial preocupação do legislador com a disciplina da fase pré-negocial, com os atos existenciais, garantindo a proteção contra o descumprimento da oferta (art. 30); contra sua obscuridade (art. 36); contra a propaganda enganosa (art. 37); contra a falta ou deficiência de informações (arts. 31 e 46), expressões de um atuar descuidado com as expectativas que possa despertar nos consumidores, potencializando sua frustração.

O mesmo se diz da proteção contra as práticas e cláusulas abusivas, bem como quanto aos defeitos e vícios dos produtos e serviços, sempre que ilidam a realização das expectativas socialmente legitimadas.

Mas podem os estacionamentos, quando gratuitos, ser considerados como serviços, de modo a serem disciplinados por essas regras?

Claudia Lima Marques demonstra sua insegurança quanto a essa conclusão, dizendo que “*de regra, os contratos gratuitos estão excluídos do campo de aplicação do CDC, mas, tendo em vista estas últimas manifestações da jurisprudência (que reconheciam o contrato de depósito mesmo se o estacionamento em si não fosse pago, por ser o serviço ‘prestado no próprio incremento do comércio’), a sua inclusão como “contrato de consumo sui generis” ou pré-contrato de consumo parece de todo possível*”.

A insegurança é descabida, não havendo necessidade de criar figuras *sui generis*. Reconhecendo-se que o estacionamento está incluído no serviço prestado pelo estabelecimento (seja ele qual for, mesmo havendo mero comércio de produtos), aplica-se o disposto no artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor se não houve vínculo contratual.

Depósito e Alienação Fiduciária em Garantia

O caso da alienação fiduciária em garantia é representativo da intenção de equiparação ao contrato de depósito, de modo a valer-se das regras específicas de responsabilidade quanto à coisa transferida.



O Decreto-Lei 611/69 que alterou o artigo 66 da Lei 4.728/65, fixando a natureza do contrato de alienação fiduciária em garantia, equiparando a condição do devedor àquela do “*possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal*” estabeleceu regime de proteção ao crédito que autorizou a busca e apreensão do bem dado em garantia de financiamento.

Estipulou que, caso o bem não fosse encontrado ou não se achasse na posse do devedor, poderia o credor “*requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil*” (art. 4º, segundo alteração feita para adaptar-se ao código de 1973), o que quer dizer que pode haver pedido de decretação da prisão civil do devedor-depositário.

Depósito Judicial

O curioso é que esses argumentos não valem para aquele que ficou como depositário de bens constrictos no processo de execução, como se vê dos acórdãos nos HC-21.747, Min. Nancy Andrighi; RHC-12.604 e HC-15.998, ambos do Min. Pádua Ribeiro.

Nesse tema, o STJ tem seguido a orientação do STF, que lavrou a **Súmula 619**: *A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.*

Depósito Bancário:

Destacam-se as modalidades de depósito de dinheiro (vulgarmente conta-corrente) e de objetos de valor.

Neste último caso, há verdadeiro depósito regular, a ser regulado pelas regras do contrato.

No primeiro, verifica-se a natureza fungível do objeto e a aplicação do artigo 645 que remete ao mútuo.

Mas de mútuo não se cuida. Há realmente depósito já que é feito no interesse do depositante.

E a obrigação de pagar juros aos valores depositados? Decorre não do mútuo, mas das normas do contrato de depósito, especialmente aquela do artigo 629 (restituir com todos os frutos e acrescidos), já que o dinheiro depositado é usado pelo banco e rende.

MANDATO

Conceito

“É o contrato pelo qual uma pessoa (mandatário), recebe poderes de outra (mandante) para, em seu nome, praticar atos jurídicos ou administrar interesses” (Caio Mario, p.275).

O conceito dado pela doutrina não destoa da definição legal:

Art. 653: Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.

Mas o mandato não é figura autônoma; está ligado ao instituto da representação, embora com ele não se confunda, no todo ou em parte.

Mandato e Representação

‘Representação’ vem de ‘*representatio*’, que quer dizer: apresentar-se em lugar de outrem, fazer as vezes de outrem, “*agindo e fazendo com que os efeitos jurídicos e econômicos do negócio celebrado por seu intermédio recaiam diretamente na esfera jurídica do substituído*” (Mairan Gonçalves Maia Junior, p.22).

Há três espécies de representação: legal, geralmente para suprir uma incapacidade; judicial, determinada em juízo; e voluntária. É desta que se aproxima o mandato.

No direito romano não se encontrava a figura do contrato de mandato tal qual a conhecemos. O direito estrito, face ao seu exacerbado rigorismo quanto à forma, era incompatível com a realização e celebração de atos jurídicos por outrem (tanto que se dizia ‘*alteri stipulare non potest*’; os contratos eram sempre ‘*res inter alios acta*’).

Mesmo com a amenização do rigor formal, patrocinado pelo desenvolvimento comercial, tal negócio não se autonomizou. Em algumas hipóteses passou a ser admitida a atuação de um intermediário. É claro que havia o chamado mandato, um ‘*pacta*’, mas, como informa a doutrina, não havia nele a idéia de atuação em nome alheio (Mairan Gonçalves Maia Junior, p.24; Silvio Rodrigues, p.274).

A doutrina nacional, com algumas exceções, tem considerado que no contrato de mandato está ínsita a idéia de representação, não havendo mandato sem ela:

“O que caracteriza, portanto, o mandato, é a idéia de representação, suprema, básica, fundamental, não figura em outros contratos” (Washington de Barros Monteiro, p.254)

Nesse sentido, considera também que o mandato encerra a única forma de representação voluntária (talvez segundo a orientação do legislador pátrio que não diferencia os dois institutos). É o mesmo posicionamento adotado pelo sistema francês: “*représentation volontaire ou conventionnelle: le mandat est le contrat par lequel le représenté (mandant) donne a une personne (mandataire) pouvoir de la représenter*” (Mazeaud, p. __). O já citado Washington de Barros o confirma: “*convencionais são os representantes com mandato, expresso ou tácito, para a prática de certo ato; são os representantes por vontade do representado*” (op.cit.p.284).

Mas essa equiparação recebe críticas nos demais sistemas estrangeiros (como o italiano, o alemão e o português), já que, de um lado, o mandato não é necessariamente vinculado a uma representação (podendo haver mandato sem ela, em que o mandatário não está apto a realizar negócio em nome do mandante)³⁶; e, de outro, não é a única forma de estabelecer uma representação convencional — os sistemas estrangeiros diferenciam a procuração (para os italianos, “*procura*”, negócio jurídico unilateral em que se outorga o poder de representação), esta, sim, base da representação voluntária, que vincula o representado e o terceiro; do mandato, negócio bilateral, que vincula o mandante (quando representante) e o mandatário (quando representado).

A confusão entre os institutos tem origem histórica. Talvez se deva à evolução paralela³⁷ e aos fatos de que (i) ambos se referem (ou podem referir) à prática de atos jurídicos e (ii) na maior parte das vezes o mandatário é também representante. Embora já tenha sido identificada entre nós³⁸ ainda não foi corrigida pelo legislador. O Novo Código Civil, embora trate genericamente da representação, como pretendia Caio Mario, reporta ao mandato o caso de representação voluntária (artigo 120).

Essa confusão acaba provocando distorções: quando a nossa lei erige a procuração como o “instrumento do mandato” (artigo 653, Código Civil), gera perplexidade àqueles que estão afetos à configuração tradicional desse documento. É que a fórmula usual não comporta a aceitação, necessária para a formação do contrato de mandato, negócio jurídico bilateral que é. Ao contrário, adequa-se mais a um instrumento da proposta, a um ato/negócio unilateral (isso se encaixaria na concepção que a coloca como o instrumento da representação voluntária).

Os partidários da concepção de mandato como expressão necessária da representação voluntária (posição adotada pelo legislador pátrio), amparam-se na existência dessa representação para distingui-lo de outros contratos, em especial da prestação de serviços, onde não haveria atuação em lugar de outrem.

Não podendo, por óbvio, valer-se disso para essa diferenciação, aqueles que diferenciam o mandato e a representação voluntária dizem que a verdadeira característica do mandato é o objeto, que envolve atos jurídicos (isso

³⁶“*se il mandato è senza rappresentanza si stabiliscono rapporti diretti tra il mandatario e il terzo, e non tra il mandante e il terzo. Il mandante è in rapporto con il mandatario; il mandatario, nei confronti del terzo contraenti, assume in proprio gli obblighi e acquista in proprio i diritti che derivano dall'affare trattato per conto del mandante*” (Trabbuchi, p. 774). Seria o caso, reportado por Carvalho Santos, em que uma pessoa, notoriamente de posses, resolve pedir que um amigo negocie o bem que pretende adquirir para que o preço não seja fixado em função de suas possibilidades.

³⁷‘Mandato’ (poder dado) vem do latim ‘mandatum’, inflexão de ‘manum datum’ que significaria dar poder (literalmente, dar a mão), sendo curioso notar que o efeito deu nome ao ato-causa, ensejando a equiparação.

³⁸ Não tendo o Código Civil brasileiro dedicado uma seção especial à representação sistematicamente ordenada em outros códigos, leve ao equívoco de aliar sempre aquela ideia à de mandato, o que não é exato de vez que este é apenas uma das formas daquela (Caio Mario, v.3, p.275). Ver também Mairan Gonçalves Maia Junior, *A Representação no Negócio Jurídico*, São Paulo: RT, 2001.

não impede, porém, a existência de prestação de serviço em que esteja embutida a realização de atos jurídicos, com é o caso do contrato com advogado (ver Alberto Trabbuchi, p.774)).

Causa

Através da redação do texto do artigo 653, é possível vislumbrar a causa do contrato, que é exatamente a prática de atos jurídicos e a administração de interesses em nome de outrem ou a critério de outrem.

Caracteres

Dessa causa, por sua vez, extrai-se que o contrato de mandato é, em sua essência, celebrado no interesse exclusivo do mandante (foi assim que foi concebido historicamente), sendo originalmente gratuito e bastando para sua configuração a criação de obrigações para apenas uma das partes (o mandatário), o que lhe confere, em regra, a qualidade de contrato unilateral.

Hoje em dia essa configuração vem sendo desvirtuada com a grande incidência de mandatos remunerados que, por conta do dever de remunerar se tornam ao mesmo tempo onerosos e bilaterais.

Quanto à bilateralidade, mesmo em se tratando de mandato não remunerado, alguns autores entendem que o mandato é um contrato bilateral imperfeito, por estabelecer, nas condições dos artigos 675 e 678.

Destaca-se o elemento confiança, sendo um dos contratos fiduciários e, por isso, diz a doutrina ser essencialmente '*intuitu personae*' (o curioso é que, em regra, sempre se admite o substabelecimento no silêncio do contrato quanto à proibição).

Diferencia-se da representação (mesmo voluntária); é um negócio jurídico bilateral que depende do acordo de vontades de parte a parte. E basta tal acordo para que o contrato se aperfeiçoe: é consensual, independentemente de qualquer entrega ou ritualismo.

Pode-se dizer que seja um negócio causal, já que sempre está vinculado a uma causa específica, um negócio específico. Em verdade, é sempre preparatório; não é um fim em si mesmo; ninguém contrata um mandato por contratar. Há sempre um outro contrato ou negócio em vista, daí a vinculação a alguns requisitos desse negócio (legitimidade e forma, por exemplo).



Elementos

Capacidade das Partes:

Só podem ser mandantes as pessoas maiores ou emancipadas:

Art. 654: Todas as pessoas capazes são aptas para dar procuração mediante instrumento particular, que valerá desde que tenha a assinatura do outorgante.

Excepcionalmente a lei autoriza que menores entre 16 e 18 anos sejam mandatários:

Art. 666: O maior de dezesseis e menor de dezoito anos não emancipado pode ser mandatário, mas o mandante não tem ação contra ele senão de conformidade com as regras gerais, aplicáveis às obrigações contraídas por menores.

- A explicação é que o menor não está agindo em seu nome e, sim, em nome do mandante, como se ele fosse. E, como a lei, que institui a menoridade exatamente em proteção ao próprio incapaz, afasta a possibilidade de sua responsabilização, protegendo-o, não há prejuízo.

Legitimidade: não há regra especial

Objeto:

Nosso Código se filiou a uma corrente que entendia que todos os atos que o mandante pode praticar por si podem ser objeto de mandato e não só os de natureza patrimonial, como entendia a outra corrente. Isso se vê do art. 653.

Em regra, então, todo ato pode ser objeto do mandato, exceto alguns que, em razão de sua natureza devam ser personalizados.

O casamento pode ser realizado por representante.

Já o testamento não pode ser realizado por representante.

Nem uma prova de concurso, por exemplo, nem as funções públicas.

O mandato pode ser Geral ou Especial:

É Geral quando o mandante confere poderes para que o mandatário pratique todos os seus atos (e aí se incluiria o casamento).

- Mas o próprio legislador restringe a interpretação de uma tal cláusula, para que seja entendida como concedendo poderes gerais apenas de administração. Não de alienação, por exemplo.

Art. 661: O mandato em termos gerais só confere poderes de administração.

§ 1º: 1º Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos.



Mesmo assim pode haver dúvida pois alguns poderes pressupõem naturalmente outros, como o de receber presume o de dar quitação.

Mas o poder de vender, por exemplo, não significa que tenha sido dado o poder de hipotecar.

§ 2º: O poder de transigir (arts. 840 a 850) não importa o de firmar compromisso.

É Especial, quando relativo a atos específicos.

Forma:

O mandato não pede forma especial:

Art. 656: O mandato pode ser expresso ou tácito, verbal ou escrito.

Embora o mandato possa ser verbal, geralmente é escrito e, por isso a lei erige a procuração no instrumento do mandato.

Art. 653: Opera-se o mandato, quando alguém recebe de outrem poderes, para, em seu nome, praticar atos, ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.

Como destacado, essa posição é curiosa e decorre da confusão entre mandato e representação voluntária por nosso legislador. A procuração se adequaria mais ao instrumento da proposta do mandato já que, em geral, não traz a aceitação, necessária para a formação do contrato.

De qualquer forma, é ela que prova o mandato escrito.

Até mesmo porque, se alguém apresenta uma procuração, para realizar determinado ato, é porque aceitou os poderes ali conferidos.

Forma da Procuração

E em alguns casos o legislador acaba exigindo a procuração ao proibir o mandato verbal:

Art. 657: A outorga do mandato está sujeita à forma exigida por lei para o ato a ser praticado. Não se admite mandato verbal quando o ato deva ser celebrado por escrito.

- Alguns mandatos exigem procuração pública, como notícia Caio Mario, como aqueles em que são mandantes os cegos, ou aqueles conferidos pelos incapazes através de seus representantes legais.

Art. 654: Todas as pessoas capazes são aptas para dar procuração mediante instrumento particular, que valerá desde que tenha a assinatura do outorgante.

— A “*contrario sensu*”, a procuração conferida por menores ou incapazes, deve ser por instrumento público.

Arnaldo Rizzardo anota que no caso dos mandatos judiciais, porém, a jurisprudência vem dispensando o rigor, servindo o instrumento particular.

Essa amenização vale tanto para o menor relativamente incapaz quanto para o menor absolutamente incapaz. A conclusão é a de que a restrição do dispositivo estaria limitada à procuração “*ad negotia*”.

Por conta da redação do parágrafo segundo do art. 1.289 do Código Civil de 1916, alguns entenderam que a procuração deveria seguir a forma do ato para o qual conferida. Assim, se o ato em que interviria o mandatário tivesse que ser celebrado sob a forma de escritura pública, a procuração que para isso lhe conferisse poderes também deveria observar essa forma:

Art. 1.289, parágrafo segundo: Para o ato que não exigir instrumento público, o mandato, ainda quando por instrumento público seja outorgado, pode substabelecer-se por instrumento particular.

- A maior parte da doutrina, contudo, criticava essa posição.
- Como diz Silvio Rodrigues, a redação foi defeituosa pois, se quisesse somente dizer que a procuração por instrumento público poderia ser substabelecida por instrumento particular (interpretação que esse autor defende), poderia ter usado só a última parte: ainda quando o mandato for outorgado por instrumento público....
- Mas o que o legislador quis foi enfatizar a regra do art. 1.291 que estabelece que os atos que exigem forma especial devem ser praticados por mandatário munido de procuração escrita, pública ou particular.
- E isso fica claro se considerarmos que o ato a ser realizado e o mandato não se confundem. Se a lei exige forma especial para um, não quer dizer que exija para o outro. O mandato é contrato preparatório apenas. Esse é o entendimento de Caio Mario: “*são dois contratos diversos: um meramente preparatório, que não tem efeito translático da propriedade, nem constitutivo de direito real; habilita somente o representante para o ato definitivo, e para ele a lei não exige o requisito formal. O outro deve revestir a forma pública, porque tem por objeto transferir o domínio*” (vol.III, p.279).
- Essa posição era aquela de João Luis Alves e Clóvis Bevilacqua.
- Com o novo Código Civil, todavia, a polêmica ameaça recrudescer. O artigo 657 estabelece: “*a outorga do mandato está sujeita à forma exigida por lei para o ato a ser praticado. Não se admite mandato verbal quando o ato deva ser celebrado por escrito*”.

O mandato judicial é, em regra, escrito, podendo ser verbal no caso do art. 9º, §3º da Lei 9.099/95, caso em que, contudo, limitar-se-á aos poderes regulares para atuação em juízo.

Aceitação:

Sendo o mandato um contrato, depende do consenso.

Este se dá com a aceitação dos poderes conferidos, seja verbalmente, seja através da procuração.

A aceitação pode ser expressa, tácita ou ainda presumida:

Art. 659: A aceitação do mandato pode ser tácita e resulta do começo da execução.

Art. 1.293: O mandato presume-se aceito entre ausentes, quando o negócio para que foi dado é da profissão do mandatário, diz respeito à sua qualidade oficial, ou foi oferecido mediante publicidade, e o mandatário não fez constar imediatamente a sua recusa.

Mandato Tácito

Ao contrário de outras espécies contratuais, a configuração tácita do mandato não diz respeito apenas à aceitação. Já se viu que esta é, geralmente, tácita, dado o caráter essencialmente unilateral da procuração. Quando se diz que um determinado mandato é tácito, refere-se, em regra, à outorga dos poderes ou, poder-se-ia dizer, à oferta/policitação.

A manifestação de vontade tácita é aquela que, segundo Vicente Ráo, resulta “*de certos atos, atitudes ou comportamentos incompatíveis (ou compatíveis), segundo os casos, com certa concordância ou discordância*” (Ato Jurídico, p.121, inseriu-se). É um comportamento, um atuar que se traduz como a exteriorização de uma vontade.

No caso do mandato, diz-se que é tácito quando o mandante não tornou expressa a cessão dos poderes ao mandatário, seja oralmente, seja por escrito. Este, ao agir por conta do mandante sem que aquele lhe tenha expressamente conferido poderes, denota e faz supor que tal conferência existiu. Sua atuação se enquadra em situações socialmente vistas como encerradoras de um mandato. Tais situações socialmente vistas como encerradoras de um mandato são previstas em lei³⁹ (o que as aproxima das presunções) ou decorrem de uma prática habitual que, em sua origem, era acompanhada de uma ratificação.

Carvalho Santos, preocupado em distinguir o mandato tácito da gestão de negócios, diz que a questão “*assim pode ser resolvida: verifica-se o mandato tácito sempre que uma pessoa por determinação de outra, ou da lei tem atribuições definidas para cujo desempenho necessita praticar atos, que, por isso mesmo, são havidos como tacitamente autorizados*” (vol.XVIII, p.132).

³⁹ Artigos 1.643, II e III; 1.652, II; 1.565; e 1.459, III, do Código Civil.



Obrigações do Mandatário:

(i) Agir com Diligência na realização dos Negócios do Mandante:

É um dever normal, dentro dos padrões do homem médio, de diligência.

Vê-se logo que o dever do mandatário quanto ao objeto do negócio é relativo a uma obrigação de meio, não de resultado.

E se verifica com mais intensidade no mandato remunerado.

Se agir com negligência, o que caracteriza a culpa, responde por perdas e danos:

Art. 667: O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente.

(ii) Deve Agir dentro dos Limites do Mandato:

Se age fora dos poderes conferidos, não está, em princípio, agindo em nome do mandante, mas dele próprio, equiparando-se a um gestor de negócios:

Art. 665: O mandatário que exceder os poderes do mandato, ou proceder contra eles, será considerado mero gestor de negócios, enquanto o mandante lhe não ratificar os atos.

Por isso, quando negocia com terceiros, deve apresentar o instrumento do mandato.

É direito das pessoas com quem negocia, exigir a apresentação.

Se o terceiro, mesmo confrontado com os poderes do mandatário, resolve celebrar negócio que ultrapasse tais poderes nem em face do mandatário poderá reclamar. Nesse caso, assume claramente o risco de não ver o negócio ratificado pelo mandante.

Em seus comentários, Carvalho Santos transcreve exemplo formulado por Mourlon: “*Eu compro para Paulo um determinado objeto pelo preço, suponhamos, de Cr\$5.000,00, porém aviso desde logo ao vendedor que só tenho mandato para realizar a compra até a quantia de R\$4.000,00, esperando, entretanto, que a compra possa ser facilitada à vista do justo e real valor do objeto. Se o vendedor aceitar a referida condição suspensiva da ratificação, é claro que tacitamente aquiesce nos riscos resultantes da operação assim efetuada, e nada pode reclamar, nem do mandante e nem do mandatário, em caso de recusa por parte daquele. Ao contrário, o mandatário não se poderá furtar à responsabilidade quando, porventura, tivesse garantido que a venda seria ratificada pelo mandante, e o inverso sucedesse*” (Répétitions écrites sur le Code Civil, volume 3, n.1.001, bis) (vol. XVIII, p.268).

É esse o espírito do artigo 673:



- **Art. 673:** O terceiro que, depois de conhecer os poderes do mandatário, com ele celebrar negócio jurídico exorbitante do mandato, não tem ação contra o mandatário, salvo se este lhe prometeu ratificação do mandante ou se responsabilizou pessoalmente.

Não se pode confundir o excesso do procurador com a atuação contra as instruções do mandante. Esta não configura excesso de poderes apenas desobediência aos comandos e recomendações do mandante, reservadas e especiais. Por isso mesmo, não o desvincula:

- **Art. 679:** Ainda que o mandatário contrarie as instruções do mandante, se não exceder os limites do mandato, ficará o mandante obrigado para com aqueles com quem o seu procurador contratou; mas terá contra este ação pelas perdas e danos resultantes da inobservância das instruções.

Vale dizer que, além disso, o mandatário pode agir mesmo em seu próprio nome, intencionalmente. Nesse caso, não pode o mandante acionar os terceiros que com o mandatário contrataram, mas, também, estes não poderão acionar o mandante:

Art. 663: Sempre que o mandatário estipular negócios expressamente em nome do mandante, será este o único responsável; ficará, porém, o mandatário pessoalmente obrigado, se agir no seu próprio nome, ainda que o negócio seja de conta do mandante.

- Este é o caso indicado pela doutrina de mandato sem representação.

Por fim, vale dizer que o mandante pode ratificar os atos praticados pelo mandatário, fora dos poderes.

Art. 662: Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar.

(iii) Deve Prestar Contas

(iv) Deve Transferir as Vantagens que Recebeu em Nome do Mandante.

Art. 668: O mandatário é obrigado a dar contas de sua gerência ao mandante, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato, por qualquer título que seja.

Art. 670: Pelas somas que devia entregar ao mandante ou recebeu para despesa, mas empregou em proveito seu, pagará o mandatário juros, desde o momento em que abusou.



E na hora de entregar ao mandante aquilo que lhe era de direito, não pode o mandatário querer compensar os prejuízos que causou com as vantagens que obteve para o mandante.

É que estas últimas eram normais, esperadas, naturalmente decorrentes do contrato.

Art. 669: O mandatário não pode compensar os prejuízos a que deu causa com os proveitos que, por outro lado, tenha granjeado ao seu constituínte.

Além destas há outras obrigações menores, mas não menos importantes:

Art. 674: Embora ciente da morte, interdição ou mudança de estado do mandante, deve o mandatário concluir o negócio já começado, se houver perigo na demora.

Essas hipóteses mencionadas no artigo são hipóteses de extinção do mandato.

A lei, então, impõe ao mandatário que ultime o negócio se a demora até a regularização da situação do mandante puder trazer prejuízos a ele ou a seus herdeiros.

Obrigações do Mandante:

(i) Satisfazer as Obrigações Assumidas pelo Mandatário:

Ainda que o mandante não se obrigue por atos ultra-mandato, como vimos, os atos que forem praticados pelo mandatário dentro de seus poderes vinculam e obrigam plenamente o mandante que não pode se recusar a cumpri-los.

Art. 675: O mandante é obrigado a satisfazer todas as obrigações contraídas pelo mandatário, na conformidade do mandato conferido, e adiantar a importância das despesas necessárias à execução dele, quando o mandatário lho pedir.

A princípio poder-se-ia pensar que esta não é uma obrigação do mandante face ao mandatário, mas em face de terceiros.

E de fato é, Mas o bom nome do mandatário também se encontra em jogo, sendo do seu interesse que seu representado honre sua representação.

Essa responsabilidade do mandante se faz presente mesmo quando o mandatário cumpra instruções suas reservadas ou especiais mas, com esse descumprimento não tenha escapado dos limites do mandato. É a isso que se refere o art. 679 do Código.

(ii) Tem que Adiantar as Despesas Para a Execução do Mandato:

Art. 675: O mandante é obrigado a satisfazer todas as obrigações contraídas pelo mandatário, na conformidade do mandato conferido, e adiantar a importância das despesas necessárias à execução dele, quando o mandatário lho pedir.



Correspectivamente à sanção do mandatário que atrasa a entrega do que é de direito do mandante, este também paga juros pelo adiantamento feito pelo mandatário:

- **Art. 677:** As somas adiantadas pelo mandatário, para a execução do mandato, vencem juros desde a data do desembolso.

(iii) Tem que Ressarcir o Mandatário por Aquilo que Perdeu no Exercício:

Art. 678: É igualmente obrigado o mandante a ressarcir ao mandatário as perdas que este sofrer com a execução do mandato, sempre que não resultem de culpa sua ou de excesso de poderes.

Quanto a essas duas últimas obrigações, há importante regra no Código. O mandatário pode exercer direito de retenção até ser reembolsado do que despendeu no exercício do mandato:

Art. 664: O mandatário tem o direito de reter, do objeto da operação que lhe foi cometida, quanto baste para pagamento de tudo que lhe for devido em consequência do mandato.

Art. 681. O mandatário tem sobre a coisa de que tenha a posse em virtude do mandato, direito de retenção, até se reembolsar do que no desempenho do encargo despendeu.

Esse direito não se estende à remuneração.

(iv) Pagar a Remuneração no Mandato Oneroso:

Art. 676: É obrigado o mandante a pagar ao mandatário a remuneração ajustada e as despesas da execução do mandato, ainda que o negócio não surta o esperado efeito, salvo tendo o mandatário culpa.

Substabelecimento:

O mandato é um negócio *intuitu personae*.

É baseado na confiança que o mandante deposita no mandatário.

Assim, nada mais lógico do que obrigar pessoalmente o mandatário a desincumbir-se de suas obrigações.

Mas a lei permite que o mandatário transfira os poderes recebidos do mandante para uma outra pessoa, se autorizado a tanto pelo mandante.

Seria uma exceção ao caráter personalíssimo do mandato.

O modo de fazê-lo é através do substabelecimento.

O substabelecimento pode ser com ou sem reservas:

Com reservas: o mandatário retém os poderes também.

Sem reservas: o mandatário não conserva poderes.

Como o substabelecimento deve ser feito com autorização do mandante, a lei se preocupa com os casos em que tal autorização não tenha sido dada ou tenha sido proibida:



(i) Se a autorização não foi dada (ainda que não proibido expressamente o substabelecimento) e, mesmo assim, substabelece o mandatário o poder recebido, age contrariamente à natureza do contrato e, por isso responde pelos prejuízos causados pelo sub-procurador:

Art. 667: O mandatário é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente.

(ii) Se o substabelecimento foi proibido, a responsabilidade é logicamente maior: o mandatário responde inclusive pelos fortuitos:

Art. 667, §1º: Se, não obstante proibição do mandante, o mandatário se fizer substituir na execução do mandato, responderá ao seu constituinte pelos prejuízos ocorridos sob a gerência do substituto, embora provenientes de caso fortuito, salvo provando que o caso teria sobrevindo, ainda que não tivesse havido substabelecimento.

Já se houve autorização, o mandatário só pode ser responsabilizado se o substabelecido for notoriamente incapaz ou insolvente:

Art. 667, §2º: Havendo poderes de substabelecer, só serão imputáveis ao mandatário os danos causados pelo substabelecido, se tiver agido com culpa na escolha deste ou nas instruções dadas a ele.

Art. 667, § 3º: Se a proibição de substabelecer constar da procuração, os atos praticados pelo substabelecido não obrigam o mandante, salvo ratificação expressa, que retroagirá à data do ato.

Art. 667, § 4º: Sendo omissa a procuração quanto ao substabelecimento, o procurador será responsável se o substabelecido proceder culposamente.

Classificação:

(i) Unilateral, tanto quanto o depósito:
Alguns também chamam de bilateral imperfeito.
Mas pode ser bilateral, quando remunerado.

(ii) Consensual

(iii) Gratuito, em regra, podendo ser oneroso:

Art. 658: O mandato presume-se gratuito quando não houver sido estipulada retribuição, exceto se o seu objeto corresponder ao daqueles que o mandatário trata por ofício ou profissão lucrativa.

(iv) Comutativo, quando oneroso

(v) Não-Solene, como vimos (art. 1.290)

Mandato e Contrato Consigo Mesmo

O estudo do contrato de mandato (até o advento do Novo Código Civil a maior expressão positiva da representação) sempre se prestou ao exame do 'autocontrato' ou, mais comumente, 'contrato consigo mesmo' posto que está, como se verá, intimamente relacionado com a representação (embora, como ressaltado, não possa com ela ser confundido). Pode-se dizer que a grande parte das perplexidades despertadas por conta desse instituto tem origem no caso do mandato.

As denominações 'autocontrato' e 'contrato consigo mesmo' podem esconder sua verdadeira natureza e desviar a atenção do operador da verdadeira problemática que nele se insere. Afinal, não se cuida, nessa espécie, de uma contratação ou acordo celebrado na mesma pessoa.

Cabe distinguir, a exemplo de José de Oliveira Ascensão, 'parte' e 'agente'. Por 'parte' se denotaria o pólo de interesse no negócio. Em se tratando de negócio bilateral, duas 'partes' estariam obrigatoriamente presentes; as duas fontes de vontade exigidas para a composição do negócio.

Considerando que o contrato é sempre um negócio jurídico bilateral, não há que se falar em contrato no qual esteja atuando apenas uma 'parte'.

Já por 'agente', se denotaria aquele que efetivamente conduz o negócio, que o celebra, seja por si, seja em lugar e em nome de outrem. Geralmente, o negócio bilateral é celebrado por dois agentes, cada um a serviço de uma parte. Mas pode acontecer que seja realizado e formalizado por um só agente, desde que as duas partes o tenham elegido para atuar em seu nome ou, ainda, que apenas uma delas o tenha feito e seja o próprio agente a outra parte. Esta é a hipótese em que se verifica a figura.

O fato de assim suceder a celebração de um contrato não é visto, por si só, como qualquer irregularidade. É, muitas vezes, fator de celeridade e economia na prática do comércio jurídico. Tanto que a doutrina e as legislações nunca o vedaram por completo.

Originou-se, conforme a lição de Mairan Gonçalves Maia Junior (p.174), nas cidades medievais da Itália e Alemanha, da prática de banqueiros e comissionistas que adquiriam produtos com preço fixado em bolsa em nome de seus clientes.

Esse entendimento não prevaleceu diante da regra moral que hoje tende a promover o exame da verdadeira comutatividade nos contratos. Em verdade, o contrato consigo mesmo ensejava o abuso por parte do agente único. Este, conhecendo das instruções do mandante quanto ao objeto do negócio e até mesmo suas expectativas quanto à acomodação das pretensões (v.g. margem de preço, condições de pagamento, prazos de cumprimento), poderia delas se valer para efetuar um negócio extremamente vantajoso para si.

A descoberta de tal perspectiva gerou tamanha desconfiança em relação ao instituto que acabou impondo limites à sua aceitação. Nesse sentido, os códigos alemão, italiano e português, por exemplo, que o tomam por anulável, a não ser que o representado tenha especificado o conteúdo do contrato, autorizando sua celebração, ou que esteja excluída qualquer possibilidade de haver conflito de interesses entre representante e representado (§181, Código Civil alemão; artigo 1.395, Código Civil italiano; e 261 do Código Civil português).

Esse conflito de interesses é a chave para a disciplina desse tipo de negócio e outros assemelhados. Afinal, nunca se admitiu que o representante possa usar de sua qualidade para trair o interesse e as expectativas do representado quanto ao negócio.

O Novo Código Civil, no âmbito das regras acerca da representação, tratou da figura e estabeleceu disposição semelhante àquelas dos estatutos estrangeiros:

Art. 117: Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo.

Como se vê, nosso legislador foi mais rigoroso: somente admite tal contrato se autorizado pela lei ou pelo representado. A redação não ressalva o caso em que seja impossível o conflito de interesses.

Procuração em Causa Própria

Relacionada ao tema do contrato consigo mesmo, está a figura da procuração em causa própria (*in rem suam*), essa, sim, já prevista no Código Civil de 1916 embora, como realça Arnaldo Rizzardo, de forma bastante avara.

Tem sido aceita em nossas doutrina e jurisprudência, que se preocupam em distingui-la do repudiado negócio consigo mesmo, não se vendo, na configuração dela exigida, a possibilidade do conflito de interesses. É possível dizer que recairia em uma das hipóteses autorizadoras do negócio consigo mesmo, pois ali estariam previstos todos os elementos do negócio a ser celebrado em nome do representante, bem como sua autorização para a celebração. A rigor, não haveria operação de interesse exclusivo do representante, posto que algum interesse do representado subjaz ao ato.

É utilizada, geralmente, para os casos de ultimação do negócio, em que o representado não querendo ou não podendo participar dos compromissos formais e registrares, deixa-os a cargo da outra parte, elegendo-a como sua representante. Contém, em regra, os poderes para a formalização do contrato (notadamente para a solenidade da escrituração pública e para o registro) e para a transferência da coisa. Não se deixa espaço para o abuso ou para o con-

flito de interesses, já que não envolve o conteúdo obrigacional do ato (este já foi esgotado e determinado pelas partes autonomamente).

Por conta dos efeitos práticos dessa procuração, a doutrina tem admitido que opere como verdadeiro negócio translatício, já atribuindo ao representante-procurador a qualidade de dono da coisa.

E por conta de sua função auxiliar na conclusão de um negócio específico (já objeto da manifestação volitiva livre e autônoma do representado-outorgante), é que não admite a revogação. Esta atingiria o princípio da obrigatoriedade dos contratos e autorizaria um verdadeiro desfazimento unilateral do negócio subjacente.

Negócio Celebrado pelo Representante em Conflito de Interesse com o Representado

Figura próxima à do contrato consigo mesmo é a do negócio celebrado pelo representante em conflito de interesse com o representado. Neste caso, não há participação do representante como parte, o que o diferencia do contrato consigo mesmo. De todo modo, nele também se faz presente o perigo do conflito de interesses causado pela atuação do representante. E a mera existência desse perigo basta para viciar o negócio e a representação, não sendo necessária para tanto a efetiva configuração do conflito.

Tem sido observado esse tipo de representação nas locações, promessas de compra e venda e nos contratos bancários, principalmente aqueles de empréstimo e financiamento, quando se faz inserir cláusula permitindo que o credor, em nome do devedor, renegocie a dívida segundo seu interesse e entendimento; fixe o valor a ser cobrado; ou, mas comumente, que emita título cambial consolidando o débito segundo seus exclusivos critérios.

Já há algum tempo, tem sido alvo da jurisprudência mais sensibilizada com os abusos que por seu meio são perpetrados. E mais de um argumento é utilizado para atacá-la.

Em primeiro lugar, exatamente porque desvirtua a figura do mandato (ou representação) que não pode, salvo as exceções já analisadas, ser operado no interesse único do representante, através da confiança: *“a utilização normal do mandato concedido eventualmente ao credor deveria se dirigir unicamente à celebração do ato, ao estabelecimento do vínculo ou à execução das prestações acertadas, não à execução extrajudicial (que seria o que os alemães denominam sekundäranspruch, pretensão a perdas e danos, ao substitutivo de prestação voluntária), muito menos à determinação do conteúdo obrigacional (seja do valor da dívida, seja uma eventual mudança, re-ratificação, ou como queiram chamar as modificações do conteúdo contratual, sem o verdadeiro consenso)”* (Claudia Lima Marques, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 4ª Ed., pág. 895).

Em segundo lugar, porque a comutatividade e o equilíbrio do negócio são postas em risco, haja vista que, ao encerrar permissão para que sejam estabelecidos o montante da dívida ou os juros aplicados de forma unilateral, sem a participação do devedor, tal figura deixa os efeitos do negócio ao exclusivo arbítrio de uma das partes. Trata-se de uma contradição em si, verdadeira condição potestativa pura, já vedada pelo artigo 122 do Código Civil.

Em terceiro lugar, a autorização dada por uma das partes para a emissão de um título de crédito seria, nas palavras do Ministro Eduardo Ribeiro, do STJ, no REsp nº 13996/RS, um “*artifício para possibilitar a constituição de título executivo*” cujo elenco é estabelecido taxativamente pelo legislador.

Por fim, ensejaria verdadeiro abuso do poder de fato de uma das partes (na hipótese dos autos, do banco) existente em algumas relações jurídicas, o que também tem sido reconhecido pela jurisprudência. Por todas essas razões, o STJ consolidou o seu repúdio a tais cláusulas através da Súmula 60: “*É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mandatário no exclusivo interesse deste*”.

Embora a súmula se aplique especificamente ao caso de emissão de título cambial, todo o entendimento que a fundamenta serve para afastar a prática da representação no exclusivo interesse do representante, o que é o caso dos autos.

Foi por isso também que o legislador da Lei 8.078/90, atentando à vulnerabilidade do consumidor, estabeleceu especificamente a abusividade de uma tal cláusula, encerrando-a no rol das cláusulas abusivas do artigo 51: inciso VIII: São nulas de pleno direito as cláusulas que “*imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor*”.

Note-se que a mera existência do risco de conflito já enseja o ataque tanto num caso como no outro, não sendo necessária para a nulidade o efetivo prejuízo causado ao representado. Jurisprudência representativa do tema encontra-se no Resp nº 1552/CE, relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

É o que, de uma maneira ou de outra, ocorre no caso em que uma administradora de cartões de crédito fica autorizada a fazer debitar na conta corrente do consumidor, aberta em instituição do mesmo grupo econômico, a quantia relativa a uma fatura não paga.

Através da figura do contrato de adesão, que lhe permite estabelecer as cláusulas que bem entender, o fornecedor (no caso, a organização que contém o banco e a administradora do cartão de crédito) dá a si mesmo o poder de retirar da conta do consumidor a quantia que, segundo diz, seria devida a título de débito do cartão de crédito.

O procedimento ainda viola expressamente o disposto no §1º, II, do artigo 51, ao restringir o direito fundamental inerente à natureza do contrato, qual seja, o direito ao representante isento de seus próprios interesses.

Ainda permite, mesmo que em tese, a variação unilateral do preço do serviço. Afinal, indaga-se: quem pode garantir que o banco, pleno de poderes

para retirar quantias da conta corrente do consumidor, restringe-se a dali extrair qualquer outro valor que não aquele efetivamente devido?

É por isso que viola o disposto no inciso X do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor. Note-se que a nulidade decorre não da efetiva verificação do prejuízo ao consumidor, mas da mera possibilidade de que tal ocorra.

Em verdade, o procedimento permite que o banco haja unilateralmente para compensar o débito que, segundo diz, teria o usuário do cartão de crédito. Ora, a compensação depende, conforme disposto no artigo 369 do Código Civil, que as dívidas a serem compensadas sejam líquidas, vencidas e de coisas fungíveis. A dívida que geralmente se imputa ao consumidor não é, ainda, líquida e, portanto, não pode ser compensada.

O Código Civil considera que um tal negócio não é nulo, mas apenas anulável, havendo um prazo de 180 dias da conclusão para que se pleiteie a anulação (artigo 119). Indaga-se se, por conta disso, ficará prejudicado o entendimento da jurisprudência acerca do tema, que considera a nulidade. Deve se concluir pela negativa. O que estabeleceu o novo Código Civil foi a anulabilidade do negócio como um todo efetivamente concluído em conflito de interesses. De outro lado, o entendimento do STJ, assim como o da Lei 8078/90, se dirige contra a cláusula, atacando-a quando de sua formação. Como se viu, não é necessário que tenha efetivamente ocorrido o conflito. Basta a existência de perigo desse conflito, segundo o STJ e o Código de Defesa do Consumidor, para que se justifique o expurgo da cláusula. Nesse ponto, a jurisprudência está à frente de legislador.

Extinção do Mandato (arts. 682 a 691):

(i) Revogação

Se o contrato tem *intuitu personae*, nada mais lógico que o mandante, perdendo a confiança no mandatário, revogue os poderes a ele conferidos.

Pode ser a revogação expressa ou tácita (comportamento como assumir a direção dos negócios por si).

Tem que ser notificada, tanto ao mandatário quanto aos terceiros com quem negociava através deste:

Art. 686: A revogação do mandato, notificada somente ao mandatário, não se pode opor aos terceiros que, ignorando-a, de boa-fé com ele trataram; mas ficam salvas ao constituinte as ações que no caso lhe possam caber contra o procurador.



(ii) Renúncia:

Se de um lado o mandante pode revogar os poderes, nada mais justo que dar faculdade equivalente ao mandatário, que pode desobrigar-se do mandato.

A faculdade mostra-se mais justa no mandato gratuito; não tanto no oneroso.

Mas, de qualquer forma, o mandatário responde pela inconveniência da renúncia (inoportunidade):

Art. 688: A renúncia do mandato será comunicada ao mandante, que, se for prejudicado pela sua inoportunidade, ou pela falta de tempo, a fim de prover à substituição do procurador, será indenizado pelo mandatário, salvo se este provar que não podia continuar no mandato sem prejuízo considerável, e que não lhe era dado substabelecer.

Deve ser sempre expressa (Caio Mario, pág. 288).

(iii) Morte:

Tanto do Mandante quanto do Mandatário.

Os atos praticados pelo mandatário antes de saber da morte são válidos (art. 689).

De outro lado, se o mandatário morrer, os herdeiros deste têm que comunicar o mandante e ultimar as providências urgentes em nome deste (art. 690 e 691).

(iv) Mudança de Estado

Não tem mais importância, pois era destinada especificamente para a mulher que se casasse, já que a casada precisava de autorização do marido — acabou com o estatuto da mulher casada.

(v) Interdição — é uma mudança de estado.

(vi) O término do prazo ou a conclusão do negócio.



FIANÇA

Conceito:

A Fiança é uma das espécies de caução, de garantia.

“Caucão” vem do latim ‘*cautio*’, que significava cautela, precaução.

Está a caução sempre relacionada ao cumprimento de uma prestação, de modo a reforçar a expectativa de satisfação do crédito com: (i) a agregação de um patrimônio alheio àquele do devedor ou (ii) através a atribuição específica da responsabilidade a um elemento determinado do patrimônio do devedor.

Neste último caso inserem-se as cauções ou garantias reais: penhor, hipoteca, anticrese e alienação fiduciária em garantia. No primeiro, a caução ou garantia pessoal/fidejussória (*fides* = confiança), que se dá exatamente através da fiança.

É através dela que o credor, que originalmente teria como garantia de satisfação de seu crédito o patrimônio do devedor, pode implementar essa garantia, agregando o patrimônio do fiador à responsabilidade pelo cumprimento da obrigação.

É o contrato através do qual uma pessoa se compromete a cumprir uma obrigação caso o devedor não a cumpra.

Daí se vê que o fiador se vincula pessoalmente à satisfação do crédito, comprometendo-se, junto ao devedor, em face do credor. O fiador chancela a boa solução da obrigação, mostrando ao credor que crê no pagamento pelo devedor, que nele se fia.

Art. 818: Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra.

E aí a origem do termo. Há um forte elemento de pessoalidade no contrato. Por isso seu caráter ‘*intuitu personae*’.

Da redação do artigo 818 se extrai a causa do contrato: o reforço da garantia com a agregação do patrimônio do fiador à responsabilidade. Causa esta que é sempre no interesse do credor (ainda que haja um interesse secundário do devedor para que possa obter o crédito) e nunca no interesse do fiador, fazendo-o um contrato exclusivamente gratuito.

Mesmo envolvendo sempre três figuras (credor, devedor e fiador), é sempre um contrato entre duas partes (credor e fiador). O devedor não intervém no contrato, podendo mesmo ser dispensada sua autorização:

Art. 820: Pode-se estipular a fiança, ainda que sem consentimento do devedor ou contra a sua vontade.

Por isso, mesmo quando remunerado, não poderá tornar-se oneroso. Pelas mesmas razões será sempre unilateral, não havendo, em nenhuma hipótese, obrigações por parte do credor.

Alguns entendem que se incluiria na categoria dos contratos unilaterais imperfeitos em razão da sub-rogação nos direitos do credor, podendo o fiador exigir do devedor-afiançado o montante da dívida paga.

Nada mais absurdo, conforme Orlando Gomes: “*essa opinião se 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*” (Obrigações, p.436).

Conteúdo da Obrigação do Fiador

Débito, não Responsabilidade

A redação ainda dá uma pista quanto ao conteúdo da obrigação do fiador. Embora possa parecer que se estabelece automaticamente a responsabilidade do fiador, não é bem assim. Em verdade, como o texto do dispositivo indica, nasce, para o fiador, o dever de prestar em lugar do devedor. Não cumprido esse dever, aí, sim, surge a responsabilidade.

Essa garantia do fiador nem mesmo fica afastada se o único bem de que dispõe é bem de impenhorável na forma da Lei 8.009/90 (art. 3º, VII).

Subsidiariedade

Essa obrigação é, então, segundo a regra legal, subsidiária: somente se torna exigível se o devedor não cumprir.

E se o credor perseguir os bens do fiador sem antes ter tentado a execução do devedor, o garantidor pode valer-se do benefício de ordem, que lhe assegura exatamente a prioridade da execução (apreensão e alienação judiciais) aos bens do devedor:

Art. 827: O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.

Mas, para isso, deve atender a dois requisitos:

(i) o temporal, devendo fazê-lo até a contestação ou defesa da lide, sob pena de preclusão, a ser vista como renúncia tácita; e

(ii) o material, devendo indicar os bens do devedor que, localizados no mesmo município e livres e desembaraçados, possam bastar para solver o débito:

- **Art. 827, Parágrafo Único:** O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito (art. 839).

Afastamento da Subsidiariedade

Mas esse caráter subsidiário pode ser afastado:

- (a) por convenção das partes (se o fiador renunciar a essa subsidiariedade ou se obrigar como devedor principal ou solidário); e
- (b) pela lei (se o devedor for insolvente ou falido):

Art. 828: Não aproveita este benefício ao fiador:

- I — se ele o renunciou expressamente;
- II — se se obrigou como principal pagador, ou devedor solidário;
- III — se o devedor for insolvente, ou falido.

Acessoriedade/Limitação

Mas seja ou não subsidiária, a obrigação será sempre acessória, por pressupor sempre uma obrigação principal. Como tal obrigação é o cerne de todo o contrato, a fiança é sempre um contrato acessório, dependente do principal que fez surgir a obrigação garantida.

Esse vínculo faz como que a obrigação do fiador siga o destino da principal:

Art. 824: As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor.

E esse vínculo com a obrigação principal limita a obrigação do fiador que nunca poderá ultrapassá-la ou ser-lhe mais onerosa:

Art. 823: A fiança pode ser de valor inferior ao da obrigação principal e contraída em condições menos onerosas, e, quando exceder o valor da dívida, ou for mais onerosa que ela, não valerá senão até ao limite da obrigação afiançada.

Quando exceder o valor da dívida, ou for mais onerosa que ela, não valerá até o limite da obrigação afiançada.

Carvalho Santos esclarece a hipótese: “*de forma que não pode o fiador prometer pagar a dívida em S. Paulo, se o devedor se obrigar a pagá-la no Rio ou vice-versa; obrigar-se a pagar importância maior do que a da obrigação principal; convencionar o pagamento de juros capitalizados, quando o devedor principal os tenha de pagar simples, ou o pagamento de juros a taxas mais altas que as estabelecidas para o devedor principal*” (vol. XIX, p.448).

Isso não impede que, quando não limitada, compreenda todos os acessórios da dívida principal, inclusive as despesas judiciais:

Art. 822: Não sendo limitada, a fiança compreenderá todos os acessórios da dívida principal, inclusive as despesas judiciais, desde a citação do fiador.

A cobrança destas, contudo, fica condicionada à citação do fiador, sem a qual não se lhe teria dado chance de purgar a mora e evitar os acréscimos.



Fiança Conjunta, Solidária e Parcial

Essa obrigação pode ser estabelecida conjuntamente, caso em que os fiadores serão tomados, em regra, por solidários:

Art. 829 A fiança conjuntamente prestada a um só débito por mais de uma pessoa importa o compromisso de solidariedade entre elas, se declaradamente não se reservarem o benefício de divisão.

Podem, ainda, estipular que cada um deles ficará garantindo uma parte do débito (art. 830).

Sub-Rogação

Pagando o fiador a dívida afiançada, sub-roga-se na posição do credor. É um dos casos de sub-rogação legal (art. 831).

Classificação:

De tudo, podemos chegar a uma classificação do contrato de Fiança:

- (i) Unilateral
- (ii) Consensual
- (iii) Gratuito, às vezes podendo ser oneroso.
- (iv) Aleatório? Não, não há sentido, já que é unilateral.
- (v) Formal:

Art. 819: A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva.

- (vi) Execução Imediata Diferida
- (vii) É sempre acessório.

Elementos:

Capacidade:

No que se refere à capacidade das partes, nada há de peculiar. As partes no contrato de fiança devem ser ambas capazes. Não há exceção à regra geral que exige a capacidade que admita a figuração de parte absolutamente incapaz.



Legitimidade/Vênia Conjugal:

Quanto à legitimidade, todavia, há ponto peculiar: a pessoa casada não pode prestar fiança sem a autorização do cônjuge:

Art. 1.647, III: prestar fiança ou aval; (arts. 178, § 9º, I, b, e 263, X).

- A tal autorização chamava-se 'outorga uxória'.
- Com o regime de igualdade entre os cônjuges, aplica-se também à mulher.

Mais correto que se chame 'vênia conjugal'.

Conseqüências da Falta de Vênia:

Nulidade x Anulabilidade

A conseqüência da violação da disposição sempre foi alvo de muitas discussões. Uma corrente se inclinava pela nulidade (com a adesão de Pontes de Miranda) e outra pela mera anulabilidade.

- Por esta última dizia-se que o próprio legislador indicava essa solução. Afinal, seria isso que estabeleceriam os artigos 1.650 (*A decretação de invalidade dos atos praticados sem outorga, sem consentimento, ou sem suprimento do juiz, só poderá ser demandada pelo cônjuge a quem cabia concedê-la, ou por seus herdeiros*) e 1.642, IV (“demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incisos III e IV do art. 1.647”).

Art. 1.642, IV: demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incisos III e IV do art. 1.647. **Art. 1.649:** A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até 2 (dois) anos depois de terminada a sociedade conjugal. **Art. 1.650:** A decretação de invalidade dos atos praticados sem outorga, sem consentimento ou sem suprimento do juiz só poderá ser demandada pelo cônjuge a quem cabia concedê-la, ou por seus herdeiros.

Invalidez Total x Invalidez Parcial

Paralelamente a tal discussão, indagava-se sobre a extensão da anulação: (i) se alcançava todo o ato; ou (ii) somente a parte relativa à meação do cônjuge prejudicado.

A jurisprudência tem entendido que a anulação atinge toda a fiança, conforme se vê do acórdão já citado.

Mas diversa é a situação em que o cônjuge prejudicado não pleiteia a anulação no prazo legal. Aí, sim, a fiança vai se convalidar, mas somente em relação à meação do cônjuge-fiador.

A fiança também só vai valer em face da meação do cônjuge-fiador em caso de outorga ou de vênua. A doutrina ensina que não é pelo fato de ter sido concedida a autorização que a fiança possa abarcar a meação do cônjuge—outorgante. Isso só ocorrerá se o cônjuge se obrigar conjuntamente: a responsabilidade será do casal.

Objeto: Quanto a isso, tudo já foi dito.

Forma:

A fiança é um contrato formal.

Deve sempre ser celebrada na forma escrita:

Art. 819: A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva.

Consenso:

Sendo a fiança um contrato, que depende do consenso, não pode o fiador ser imposto. O credor pode escolhê-lo:

Art. 825: Quando alguém houver de oferecer fiador, o credor não pode ser obrigado a aceitá-lo se não for pessoa idônea, domiciliada no município onde tenha de prestar a fiança, e não possua bens suficientes para cumprir a obrigação.

Mas se escolheu, só pode substituí-lo se for insolvente ou incapaz (art. 826)

Exoneração:

Quando a fiança é concedida por prazo indeterminado, o fiador pode, a qualquer momento, exonerar-se e a ação é dirigida em face do credor:

Art. 835: O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor.

Geralmente, a fiança por prazo indeterminado se dá quando se refere a uma prestação continuada.



Outro caso de exoneração do fiador pela inércia do credor se dá quando este, após a nomeação de bens do devedor para a apuração do benefício de ordem (art. 827), nada faz para executá-los, permitindo que o devedor venha a cair na insolvência.

A exoneração se justifica: se o devedor está insolvente, fosse o fiador obrigado a pagar, já não teria como regredir. A exoneração depende da prova de que os bens indicados bastariam para o pagamento da dívida:

Art. 839: Se for invocado o benefício da excussão e o devedor, retardando-se a execução, cair em insolvência, ficará exonerado o fiador que o invocou, se provar que os bens por ele indicados eram, ao tempo da penhora, suficientes para a solução da dívida afiançada.

Extinção:

Os casos são aqueles do artigo 838:

I. — se, sem consentimento seu, o credor conceder moratória ao devedor;

II. — se, por fato do credor, for impossível a sub-rogação nos seus direitos e preferências;

Mas para que haja extinção total, a impossibilidade deve ser total. Se for apenas parcial, a extinção também será parcial.

É o sentido do Resp nº 101.212/RJ.

III. — se o credor, em pagamento da dívida, aceitar amigavelmente do devedor objeto diverso do que este era obrigado a lhe dar, ainda que depois venha a perdê-lo por evicção.

Além deles, muitos outros:

novação;

confusão;

remissão;

compensação;

morte do fiador: a morte do afiançado, conforme a jurisprudência do STJ não extingue a fiança, já que é negócio entre o fiador e o credor.

Efeitos:

Se dividem nas relações entre:

(i) o fiador e o credor;

benefício de ordem;

limitação da fiança;

benefício de divisão (art. 829, parágrafo único);

medidas contra a demora da execução (art. 834)



oponibilidade de exceções pessoais e gerais (art. 837)
exoneração na fiança indeterminada (art. 835);
exoneração na insolvência (art. 839);
extinção (art. 838);
e (ii) o fiador e o devedor:
sub-rogação (art. 831);
responsabilidade por perdas e danos (art. 832);
responsabilidade por juros (art. 833);

COMPRA E VENDA

A partir de agora passamos a estudar os contratos nominados ou típicos que, segundo a classificação que estudamos são os contratos que já têm sua disciplina prevista na legislação — e vamos estudar mais especificamente os contratos regulados no Código Civil. O primeiro deles é o contrato de compra e venda.

A redução dos contratos a um “tipo” previsto na legislação é a consequência óbvia do reconhecimento da importância desses negócios no trato social.

Constatando sua aplicação recorrente, o legislador preferiu estabelecer suas principais regras, de modo a padronizar o tratamento dado às partes.

Se lembram de que estudamos a causa dos contratos — e que para algumas legislações a causa se erige em mais um elemento do contrato, sem o qual ele não estaria completo? Vimos que, em nosso sistema, não se dá muita importância para a causa. Apenas em raras situações. Mas isso não quer dizer que a causa para nós não exista ou de nada sirva. Sua análise é necessária, às vezes, para a verificação da licitude do contrato. Bom, mas por quê estou falando sobre a causa?

Se lembram de que eu disse que a causa em um negócio jurídico — e o contrato é um negócio jurídico — é vista não como aquilo que o faz acontecer (causa eficiente), mas como aquilo que o faz nascer (causa final), o motivo, a finalidade? Nesse sentido, a causa do negócio jurídico encontra-se na sua origem, se dá antes de sua formação. Nada me parece, então, mais adequado, para encontrar a conceituação do contrato, que buscar a sua causa.

Qual seria a causa em um contrato de compra e venda? Como já falei, a causa — esse motivo que gera o contrato — não pode ser, nos contratos já tipicizados, entendida de modo subjetivo, particular. Tratando-se de um contrato utilizado objetivamente, de modo a servir a todos da mesma forma, deve também ser considerada de modo objetivo. A causa é o motivo “*oggettivato*” como diz Trabucchi. Dentro dessa idéia, a causa do contrato de compra e venda não deve ser procurada no motivo particular (compra do imóvel para convalescença, ou para veraneio, ou para especulação), mas no motivo



comum a todos que negociam através desse contrato. E qual seria, então, esse motivo?

É a aquisição/alienação do domínio em troca de um preço. E é com isso que se define o contrato de compra e venda. Vejam que, ao analisar a causa, obtivemos os elementos para a conceituação do negócio. E é isso que dispõe o art. 481: “*Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro*”.

Vejam com atenção: “*um dos contratantes se obriga a transferir o domínio*”. Embora a causa do contrato seja a alienação/aquisição do domínio (propriedade) em troca do preço, o contrato de compra e venda, por si só, não é o meio suficiente para a transferência da propriedade. E essa é uma das coisas que mais costumam chocar os leigos. Eles não entendem como que uma pessoa que celebrou um contrato de compra e venda e inclusive já pagou o preço ainda não é a proprietária da coisa.

Mas a transferência da propriedade em nosso sistema depende da tradição ou do registro, havendo clara distinção entre o ato do contrato e o ato da transmissão da propriedade.

Essa distinção ainda é um resquício dos costumes romanos que, como já falei, não admitiam que o contrato (consenso) apenas, produzisse efeitos. Eles precisavam de uma solenidade (v. *mancipatio*) para que aquele acordo de vontades pudesse interferir no mundo material, econômico, cotidiano. Eles precisavam “ver” o acordo; precisavam de algo palpável para admitir os feitos. Daí os rituais da “*mancipatio*” (pesar na balança — *libriprens*) e depois da “*traditio*”. Com a evolução do conceito de contrato, como disse, passou-se a admitir que o acordo de vontades, por si só, produzisse efeitos, isto é, gerasse obrigações para as partes. Mas também só isso, ainda não se admitindo que pudesse gerar a transferência da propriedade.

Até que alguns passaram a defender a idéia e o Código francês de 1804, sob a influência direta de Napoleão e dos costumes do norte da França, consolidou esse novo entendimento. Na França, portanto (e depois na Itália e em Portugal), o contrato de compra e venda não tem somente efeitos obrigacionais, mas efeitos reais. Nosso sistema, assim como o alemão, manteve a tradição romana e, por isso, manteve a tradição (*traditio*) como ato necessário para a aquisição da propriedade após o título do contrato.

Vejam só os casos de aquisição da propriedade imóvel.

Em nenhum deles se encontra o contrato de compra e venda ou a vontade das partes ou o negócio jurídico.

Para nós, o contrato de c&v tem apenas efeito obrigacional. Gera para o devedor a obrigação de transferir a coisa, de fazer a tradição e o registro.

Os arts. 1226 e 1227 do Código Civil são esclarecedores.

Esses dispositivos que citamos trazem as formas, as maneiras de aquisição da propriedade em nosso direito. São os chamados “*modos de aquisição*”. O



contrato de c&v não é um deles; é título aquisitivo. A diferença é que um é a causa eficiente da transferência e o outro é a causa-origem, o título (isso no caso da tradição e do registro porque os outros modos também podem servir como causa).

Existiria alguma explicação racional para esse sistema que distingue o ato do contrato e o ato da transferência que os romanos inauguraram e que nós conservamos? Podemos dizer que sim. A tradição é uma solenidade. Toda solenidade tem uma função de segurança das relações jurídicas e de certo modo, se considerarmos que a propriedade é um direito real e como tal se caracteriza por ser oponível a todos e a uma pessoa em particular (sujeito passivo universal), não é razoável que um mero contrato, celebrado apenas entre as partes e, portanto, na maioria das vezes, conhecido apenas por elas, não possa ser suficiente para transmitir um direito que vai gerar obrigações para todo mundo?

Por tudo isso que dissemos, temos que saber que o contrato de compra e venda, embora tenha como causa, como finalidade, a alienação/aquisição da propriedade em troca de um preço, não transfere por si só a propriedade, não sendo suficiente para tanto. Ele é apenas o título, a causa da transferência: esta somente se dá ou pela tradição ou pelo registro.

A obrigação do vendedor no contrato de c&v não é apenas de entregar a coisa, transferindo a posse. É dar (v. diferença entre obrigação de dar e obrigação de entregar — ambas espécies da obrigação de dar em sentido lato), fazendo a tradição ou o registro. E enquanto isso, a propriedade não se transfere. Lembrem-se de que o contrato é fonte de obrigações, dele nascem obrigações. E é exatamente através das obrigações nascidas do contrato que poderemos defini-lo e analisá-lo, inclusive determinando suas características, classificando-o. Então, quais as obrigações (principais) que nascem de um contrato de c&v?

Fácil. O próprio art. 481 dá a cola: a obrigação de dar — que é a de transferir o domínio da coisa e a obrigação de dar — que é de pagar o preço.

Definição

“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” (Orlando Gomes).

Classificação

A partir dessas obrigações, como dissemos, podemos situar o contrato de c&v nas classificações que já vimos:



- Bilateral ou unilateral? Bilateral
- Consensual ou real? Consensual
- Oneroso ou Gratuito? Oneroso
- Comutativo ou Aleatório? Comutativo
- Sinalagmático (genético e funcional)
- Formal ou não? Não pede forma específica
- Principal ou acessório? Depende
- Execução instantânea ou continuada?
- Típico? Sim.

Elementos

A doutrina sempre cuida dessa matéria apontando como elementos do contrato de compra e venda a coisa, o preço e o consenso. Fazem isso em seqüência à tradição romana que ensinava sobre o tripé em que estaria apoiado o contrato: “*res, pretium et consensus*”.

Contudo, não há porque deixar de tratar os contratos de modo diverso dos negócios jurídicos, já que aqueles se inserem nesse conceito.

Para evitar que se perca essa noção, prefiro tratar dos elementos dos contratos da mesma forma que faria com qualquer outro negócio jurídico pois é o que ele é.

Quais são os elementos essenciais e não essenciais a um contrato de compra e venda? Vimos que os elementos dos contratos são: capacidade e legitimidade das partes; objeto lícito e possível; forma prescrita ou não defesa em lei; vontade não viciada; além dos modos.

No que toca ao contrato de c&v há alguma particularidade quanto a esses elementos? Vamos pela ordem:

Quanto à capacidade há alguma peculiaridade? Quem pode celebrar contrato de compra e venda? Em princípio, apenas aqueles detenham capacidade, não havendo diferença no que se refere a outros atos jurídicos em geral. Só é bom registrar que, em razão da própria importância e essencialidade desse contrato em nossa vida moderna, alguns menores absolutamente incapazes realizam contratos de c&v de balas, doces, “*sandwiches*”, revistas, ingressos, roupas etc., sem que esses contratos sejam considerados inválidos.

E no que respeita à legitimidade? Lembram-se do que é a ilegitimidade? É a incapacidade para o caso concreto. Não se refere à generalidade dos atos da vida civil como a incapacidade, mas sim a um impedimento para determinados atos, sem que se possa retirar a capacidade para os demais. Quanto a isso, a lei já restringe a celebração do contrato de c&v, isto é, a lei impede que determinadas pessoas possam celebrar esse contrato, pessoas que se encontram



em determinadas situações. Não se confundam: a ilegitimidade diz respeito às partes e, portanto, aos sujeitos do contrato, não ao objeto.

a) A primeira dessas restrições é a do art. 496 que diz que os ascendentes não podem vender aos descendentes sem autorização dos demais. Visa a proteger a legítima. Qual é a consequência de uma tal venda? Torna o ato nulo ou anulável?

- A legitimidade é um requisito de validade do ato jurídico e do contrato. Como a legitimidade é um requisito de validade adicionado ao elenco legal pela doutrina e pela jurisprudência (não está prevista nos arts. 166 e 171), não dá para saber se gera a nulidade ou anulabilidade.
- Bom, em geral, a ilegitimidade gera a nulidade do negócio. É assim que a doutrina tem entendido na generalidade dos casos. Há, contudo, a súmula nº 494 do STF, segunda a qual a ação para anular a venda de ascendente para descendente prescreveria em 20 anos. Ora, se a ação prescreve, é porque o tempo tem o poder de convalidar a venda assim feita, correto? O que vocês me dizem? Esse assunto é um dos mais controvertidos ainda no campo dos contratos. Silvio Rodrigues traça com acuidade o histórico da evolução jurisprudencial (especialmente do STF) sobre o tema, culminando na menção à súmula 494 e afirmando que o acórdão que deu origem a ela dita ser o negócio nulo e não anulável e ao mesmo tempo a ação prescritível — e concluindo que o ato é nulo por fraude à lei, não simulação (que geraria a anulabilidade) e mesmo assim a ação seria prescritível. Mencionar a súmula anterior que dizia que o prazo era de 4 anos, contado a partir da morte do ascendente, por se tratar de simulação (art. 178, II).

b) A segunda restrição é a do art. 497 e a intenção do legislador foi evitar o abuso por parte das pessoas que estivessem encarregadas de zelar pelo interesse do vendedor — evitar também conflito de interesses ou que, por sua posição, pudessem influenciar na determinação da venda ou do preço.

c) Em terceiro lugar, há a restrição à venda de quota-parte por condômino de coisa indivisível, sem que tenha sido oferecida anteriormente aos demais condôminos.

O novo Código Civil trata a venda de ascendente a descendente como anulável (prazo prescricional genérico de 10 anos — art. 205) e os demais casos do atual art. 1.133 como de nulidade (art. 497 do texto consolidado).

Quanto ao objeto: Lembrem-se de que estudamos o objeto dos contratos em geral e chegamos à conclusão, concordando com a lição de Trabucchi e passando pelas contradições que aparentemente se apresentam em Orlando



Gomes, que o objeto do contrato não é a soma dos objetos das obrigações dele oriundas, mas, sim, em uma análise mais mediatista, dos objetos das prestações dessas obrigações?

Qual o objeto das principais obrigações no contrato de c&v? Pagamento do preço e entrega da coisa (pelo vendedor) e dar o preço (comprador).

E quais os objetos desses objetos (objeto da obrigação = prestação; objeto do objeto da obrigação = objeto da prestação)? De um lado, a coisa e, de outro, o preço a ser pago.

Pois são esses os objetos do contrato de compra e venda: a coisa e o preço.

Falemos deles, então:

Coisa: Aqui precisaremos indagar quais seriam as coisas, os bens que podem ser comprados e vendidos. E como podemos sabê-lo? Ora, o art. 481 determina que pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes é obrigado a transferir o domínio de certa coisa. É desta coisa que agora falamos.

- Bom, domínio é propriedade, é o direito de propriedade. Se a coisa de que falamos é aquela que terá seu domínio transferido, deve ser uma coisa que esteja sob o domínio de alguém, que seja o objeto do direito de propriedade de alguém. É exatamente esse direito de propriedade que o contrato de c&v visa a transferir. Podemos, portanto, concluir, que as coisas que podem ser objeto de contrato de compra e venda são exatamente aquelas coisas que possam ser objeto do direito de propriedade. E quais são essas coisas?
- A doutrina até hoje ainda discute quais seriam os bens que podem ser objeto de direito real e, por conseguinte, de propriedade. Inicialmente, se limitavam aos bens corpóreos, isto é, as coisas (na classificação que as tem como bens materiais). Posteriormente, passou-se a admitir que coisas chamadas pelos romanos de incorpóreas também pudessem ser objeto de propriedade e assim os gases e a energia elétrica, por exemplo. Essas coisas, que inicialmente não entravam no conceito de tangíveis agora já o integram, já que podem ser apropriadas materialmente, embora não se corporifiquem.
- Já uma doutrina mais moderna vem admitindo que até mesmo direitos possam ser objeto de propriedade. Silvio Rodrigues vem ensinando que todas as coisas que estão no comércio, isto é, que podem ser apropriadas, podem ser objeto de compra e venda. Caio Mario, após reportar que Martin-Wolff restringe às coisas corpóreas a aptidão para serem objeto de domínio (pág. 75, vol. IV), diz que entre nós não haveria lugar para a restrição, pois que a questão se reduziria tão somente à adoção da terminologia (dizendo, embora, que, “*a rigor, a propriedade compreende apenas as coisas corpóreas*”, estendendo-se, “*entretanto o conceito dominial aos direitos*” (v. pág.



76, último parágrafo do item 299)). Já Orlando Gomes explica que “o fenômeno da propriedade incorpórea explica-se como reflexo do valor psicológico da idéia de propriedade”. Quer o mestre dizer que, como parecia reconhecer Caio Mario, na vulgarização dos conceitos, acaba-se por confundir aqueles de propriedade e titularidade. Quem é proprietário é titular de um direito e não se fala em propriedade de propriedade. Quem é usufrutuário é titular de usufruto e às vezes se aceita que se diga que é proprietário do direito de usufruto, assim como se dá com a “propriedade” dos direitos de crédito. Mas a propriedade, não podemos esquecer, é um direito com conteúdo próprio, qual seja, que permite o uso, a fruição e a disposição do objeto da propriedade. Ora, se eu admitir que, por exemplo, o direito de uso é o objeto do direito de propriedade, eu poderia concluir que essa propriedade me dá a faculdade de usar, fruir e dispor desse direito. E, de fato, posso de certa forma me utilizar do direito de uso e dele dispor, mas como vou gozar de seus frutos se da coisa sobre a qual ele incide não me é permitido colher frutos? Não há técnica em admitir a propriedade de direitos, a não ser que, com isso, queiramos nos referir a “titularidade”, sujeição ativa. Portanto, concordo com Orlando Gomes quando este conclui: “*subsiste a doutrina de que o objeto do direito de propriedade não pode ser senão bens corpóreos*” (pág. 99, Direitos Reais).

— Concluindo, poderíamos dizer que apenas as coisas, isto é, os bens corpóreos podem ser objeto de um contrato de compra e venda (a idéia de que a posse possa incidir sobre direitos não é prejudicial a essa conclusão se entendermos que esta é não a visibilidade do domínio, mas a visibilidade da titularidade, do poder concedido pela Ordem Jurídica sobre alguém, algo ou alguma relação).

- Esta seria, a meu ver, a técnica aplicável ao objeto do contrato de compra e venda. Mas temos que admitir, com Caio Mario, que ainda que à alienação de direitos (= coisas incorpóreas) se dê o nome de cessão, “*a esta se aplicam os princípios da compra e venda*” (pág. 118, vol. III).

Art. 426: *Pacta Corvina*: proibido.

Venda de coisa futura: admissível exatamente em razão da natureza do contrato que faz nascer tão somente a obrigação de dar a coisa, que pode ser diferida, sendo acordado que a entrega seja feita depois, após a disponibilização da coisa (ex. frutos).

Venda de coisa de terceiros (coisa alheia): Absurdo? Não, pelos mesmos motivos. No nosso sistema a venda é válida, embora ineficaz em face do verdadeiro proprietário. O caso há de ser resolvido como inadimplemento:



- “Uma vez, porém, que, pelo contrato, o vendedor se obriga, tão só, a transferir a propriedade da coisa, nada obsta que efetue a venda do bem que ainda não lhe pertence; se consegue adquiri-lo para fazer a entrega prometida, cumprirá especialmente a obrigação; caso contrário, a venda resolver-se-á em perdas e danos. A venda da coisa não é nula nem anulável, mas simplesmente ineficaz” (Orlando Gomes).

Preço: O outro objeto do contrato de compra e venda é o preço. E juntamente com a coisa e o consenso, forma o chamado tripé romano do contrato (*res, pretium et consensus*), o que embasa e identifica o contrato perante os demais. Vejam que o consentimento é que liga o preço à coisa, unindo-os, e foi por isso que eu comecei a aula sobre contrato de compra e venda falando da causa, pois as vontades das partes que se dirigiram mutuamente até encontrar-se no mesmo lugar (consenso = “*contractus est duorum vel plurium in idem placitum consensus*”) se dirigiram à aquisição da coisa mediante o pagamento do preço e são esses três elementos, então, que identificam o contrato.

- E esta idéia romana está de certa forma prestigiada e confirmada pela regra do art. 482: “A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço” (acordo, objeto e preço).
- O preço é elemento essencial do contrato de compra e venda. Sem ele o contrato não é válido e não passa nem mesmo a ser contrato de compra e venda (“*sine pretio, nula venditio est*”).
- Quais as suas características?

a) Deve ser sério, real (“*verum*”), não simulado ou ridículo, irrisório, vil. Não pode ser fictício, sob pena de se caracterizar a simulação através de um outro negócio. Mas a equivalência das prestações, como alerta Orlando Gomes, não precisa mais ser apreciado objetivamente, como justo para todos, só não pode ser totalmente insignificante: — Aqui entra em questão a possibilidade de lesão; — No CDC, a situação é particular.

b) deve ser certo (“*certum*”) quanto à sua existência e forma de determinação (por isso é elemento essencial, embora não precise ser determinado desde logo); mas) deve ser ao menos determinável. Então, pode ser deixado ao arbítrio de terceiro (art. 485); ou conforme a variação do mercado. Mas não pode ser deixado ao exclusivo arbítrio de uma das partes, pois aí se erigiria em condição meramente potestativa (art. 122): art. 489: “*nulo é o contrato de compra e venda que deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço*” (ver art. 51 do Código de Defesa do Consumidor).d) Deve ser fixado em dinheiro, em moeda, se não, não será considerado preço. Mas nada im-



pede que seja combinado o pagamento em títulos da dívida pública ou em títulos de crédito. Isso não desvirtua o preço. Mas não pode ser fixado o preço em uma prestação de serviços, p.ex., pois aí ter-se-ia um contrato inominado. Clóvis Beviláqua conta em seu “Direito das Obrigações” que quando se dava como pagamento parte em dinheiro e parte em uma coisa, o critério para determinar se o contrato era de compra e venda era verificar qual a maior contribuição. Se a parte maior era dada em dinheiro, o contrato era de c&v; se a parte maior era da coisa, era um contrato de troca. Orlando Gomes diz que ainda é assim. De todo modo, não há muita diferença, já que a troca segue as disposições da c&v. A única diferença é com relação às despesas do contrato.

Riscos

O Código traz algumas disposições sobre os riscos no contrato de c&v. Essas disposições dizem respeito à chamada teoria dos riscos, que é uma parte da doutrina que estuda as consequências decorrentes da perda e deterioração fortuitas de uma coisa, dizendo quem deve se conformar e suportar a diminuição patrimonial delas resultante.

Vimos que as obrigações que surgem de um contrato de c&v são a de pagar o preço e entregar a coisa. O que acontece se a coisa se perde por fortuito, isto é, sem culpa do vendedor? Se pensarmos exclusivamente na obrigação de entregar a coisa, veremos que ela se resolve. Isso é fácil.

Agora, tratando-se de um contrato, temos de considerar essa obrigação em conjunto com a outra. É isso que importa à teoria dos riscos. O que acontece com a outra obrigação? Se consideramo-la isoladamente, vemos que não haveria interferência da obrigação resolvida e teria então que ser cumprida, fazendo-se a entrega do preço. Por outro lado, temos que lembrar que estamos lidando com um contrato não só bilateral mas sinalagmático, em que há uma interdependência das prestações, de modo que a prestação de pagar o preço está ligada à prestação de entregar a coisa e não tem sentido sem ela. Mas também não podemos esquecer que a impossibilidade de cumprimento da entrega da coisa se deu por fortuito, sem culpa do vendedor.

A existência da prestação de pagar o preço está ligada à prestação de entrega da coisa mas esta só se impossibilitou por motivos alheios à vontade do devedor-vendedor. Será, então, que ele não merece receber o preço? A teoria dos riscos sabe que alguém tem que sair perdendo. Os dois não podem ficar imunes ao mesmo tempo. Afinal, houve uma diminuição patrimonial no âmbito do eixo comprador-vendedor. Um dos pólos tem que, como se diz na linguagem contábil, realizá-la. Os dois estão em igual situação: ambos iriam cumprir com suas prestações. Só que uma delas se impossibilitou por motivo alheio às suas vontades. Ninguém teve culpa.



A teoria dos riscos sabe também que o legislador tem que escolher quem vai sofrer a diminuição. Para qual dos pólos vai pender a balança. E o legislador escolhe que é vendedor que vai sofrer a diminuição. O vendedor é o dono da coisa até a entrega. E a teoria dos riscos enuncia, verificando outros casos de impossibilidade da prestação que quem sofre a diminuição patrimonial nesses casos é, em geral, em regra, o dono da coisa. Essa regra foi tão precisamente verificada que até nas legislações em que o contrato de compra e venda tem eficácia real, ou seja, desde já transfere a propriedade da coisa, quem sofre a diminuição patrimonial é o comprador, pois ele já é o dono da coisa.

O art. 492 trata dos riscos e diz que os riscos do preço correm por conta do comprador. Orlando Gomes faz forte crítica a essa disposição, dizendo que o preço consiste em coisa genérica e que portanto, *non perit (genus non perit)*, não sendo possível falar-se em risco.

Mas o que o legislador quis dizer é que os riscos de variação do preço correm por conta do comprador, mas não poderá mesmo nunca haver a perda ou deterioração do preço.

Não obstante eu tenha dito que as regras da teoria dos riscos (que é o dono que sofre a perda) é precisa, há exceções a ela de que os parágrafos do art. 492 tratam: (i) coisas postas à disposição do comprador que se recebem; (ii) coisas postas à disposição do comprador, que esteja em mora de as receber — a mora é um importante instrumento de inversão do risco, pois nela há culpa ((i) e (ii) não são de fato exceções pois já havia, m recebido a coisa); (iii) se expedida para lugar diverso, quando entregue ao transportador, por ordem do comprador.

O consenso é um outro apoio do tripé romano para caracterizar o contrato de c&v. Mas notem que o consenso não é um elemento do contrato pois não é um elemento do negócio jurídico. De certa forma ele é o próprio contrato, pois o negócio jurídico bilateral (que o contrato é) é a declaração de vontade em comum acordo, no mesmo lugar (*in idem placitum consensus*).

Quanto à forma do contrato, o que precisamos dizer? Que o contrato de c&v não reveste forma especial. Salvo o caso do art. 220 — c&v de imóveis de valor superior à taxa legal.

Venda ad corpus/ad mensuram

Venda sob amostras

PACTOS ADJETOS À COMPRA & VENDA

O Código Civil reconhece algumas cláusulas que podem ser inseridas em um contrato de compra e venda que modificam sua estrutura normal, embora ainda assim não o desvirtuem, transformando-o em um novo contrato:

1) RETROVENDA:

A retrovenda surgiu do Direito romano, onde se subdividia em pacto de retrovendo e pacto de retroemendo. Destinava-se a favorecer o proprietário de um imóvel que se visse em dificuldades financeiras momentâneas para que ao mesmo tempo conseguisse algum dinheiro com a venda de sua propriedade e garantisse que poderia reavê-la tão logo se recuperasse.

Funcionava através de cláusula que assegurava ao vendedor, durante determinado prazo, a faculdade de exigir a devolução do imóvel.

A essa faculdade, chama-se faculdade de retrato.

Foi adotada em nosso Código, que exigiu para sua concretização que o retrato se fizesse mediante o pagamento das despesas havidas com a aquisição.

Isso se erigiu em uma dos grandes empecilhos à vulgarização do negócio.

É verdade que a retrovenda podia servir para disfarçar um contrato de empréstimo usurário, o que realmente não se evitava. Talvez por isso tenha a lei limitado a possibilidade de aposição da cláusula aos contratos de compra e venda de coisas imóveis, nunca às móveis, para evitar que isso acontecesse com mais frequência.

Note-se que a retrovenda facilmente servia para driblar a vedação do pacto comissório nas garantias reais, pois permitia que o adquirente da propriedade retrovendível ficasse com a coisa em caso de falta de pagamento do empréstimo.

Vale inserir que o pacto comissório refere-se sempre à resolução do contrato por uma das partes, diante do inadimplemento da outra.

No caso da garantia real, dá-se uma coisa específica do patrimônio do devedor ou de outrem para servir como garantia da dívida, de modo que seja vendida e com o produto da venda pague-se o empréstimo.

O que o Direito considera imoral é que o credor fique desde logo com a coisa, sem mandar vendê-la antes (e isso o é que é chamado de pacto comissório).

De qualquer modo, nosso legislador manteve o mecanismo tradicional da retrovenda:

Art. 505. O vendedor de coisa imóvel pode reservar-se o direito de recobrá-la no prazo máximo de decadência de três anos, restituindo o preço recebido e reembolsando as despesas do comprador, inclusive as que, durante



o período de resgate, se efetuaram com a sua autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias.

Vendedor:

- Veja que fica a critério do vendedor se utilizar da opção. Nosso direito só admitiu que o vendedor imponha a devolução do imóvel.
- Além disso, a lei só fala em vendedor. Então, só ele poderá exercer o direito de retrato, nunca seus herdeiros ou sucessores, pois o direito é personalíssimo (só ele pode exercer).

Isso é o que diz Orlando Gomes, mas Caio Mario, Silvio Rodrigues e WBM dizem que passa aos herdeiros.

Prazo: A cláusula (os contratantes) pode prever qualquer prazo, desde que igual ou inferior a 3 anos (nunca superior a isso):

Não há cláusula: não há retrovenda. Há cláusula e prazo determinado \leq 3 anos:

— Vale pelo prazo determinado

Há cláusula e prazo determinado $>$ 3 anos:

— Vale por 3 anos.

Há cláusula e não há prazo:

— Vale por 3 anos.

O prazo é decadencial:

Eficácia: Erga omnes:

- **Art. 507.** O direito de retrato, que é cessível e transmissível a herdeiros e legatários, poderá ser exercido contra o terceiro adquirente.

Discute-se se a retrovenda dava direito real ao vendedor. Alguns acham que sim, exatamente em razão da possibilidade de sequela, mesmo sem o conhecimento do terceiro. Caio Mario, Orlando Gomes, Silvio Rodrigues e Washington de Barros Monteiro entendem não haver direito real. O direito de recobrar do adquirente derivaria da natureza da propriedade, resolúvel (ninguém pode transferir mais direito que tem). A propriedade resolúvel é uma espécie de propriedade temporária em que na própria causa de aquisição encontra-se a previsão de sua limitação, de seu fim, devendo o estado das coisas ser restituído.

Imóvel: Só se admite em compra e venda de imóveis.

- Falar sobre a inconveniência da venda a retro de móveis, onde não há como saber (não há registro) se a venda está gravada como cláusula de retrovenda (ver Silvio Rodrigues, pág. 176).
- Inconveniência também no que seria uma abertura maior à simulação (usura).



Contrapartida:

- Para exercer o direito de recobrar o imóvel, o vendedor tem que restituir o preço mais as despesas feitas pelo comprador:
- Ver que não há direito de retenção por isso.
- Essa contrapartida, segundo Orlando Gomes, transformam o contrato de C&V com pacto de retrovenda em uma venda sob condição resolutiva potestativa.
- Primeiro, pode ser chamada de condição?
- Sim. Condição é o evento futuro e incerto que interfere na eficácia do contrato.

Só que essa seria uma condição meramente potestativa ou potestativa pura, que é vedada nos atos jurídicos? A diferença é que é uma condição meramente potestativa que, para ser exercida, ainda depende de uma atitude (pagamento do preço) e não exclusivamente da vontade (por isso não seria uma condição meramente potestativa).

— Mas o mais comum exemplo de uma condição meramente potestativa é aquele: Dar-te-ei a casa se levantar meu braço.

O próprio Orlando Gomes, ao falar sobre a venda a contento, diz que as condições meramente potestativas são uma contradição em si e, portanto, não podem ser aceitas.

- Está mais para uma promessa de venda, ou uma opção de compra, a ser exercida mediante simples vontade do vendedor?

Não, pois na retrovenda, como os autores bem reconhecem, não há um novo negócio de compra e venda, mas um desfazimento do original (v. Silvio Rodrigues). Caio Mario diz que se fosse ajustada em ato apartado, seria promessa de venda. Mas ele mesmo, mais adiante, diz que não há um novo contrato de venda, para dizer que não há necessidade de pagamento de imposto de transmissão.

Pensa nisso: na retrovenda, se o negócio é condicional, os efeitos é que cessam pela condição resolutiva. Mas o contrato de compra e venda não tem como efeito a transferência da propriedade e por isso esse efeito não poderia ser atingido. O efeito que é atingido é o efeito da tradição e esta não é ínsita ao contrato. Na verdade, a condição estará afetando os efeitos da tradição e não do negócio que modaliza. É uma condição mais potente.



2) VENDA A CONTENTO

Como o próprio nome diz, é a venda a gosto do comprador.

Só se mantém, ou só se concretiza se o comprador gostar.

Tanto que a cláusula se chama *ad gustum*.

Eu disse só se mantém (o que pressupõe que se iniciou) ou só se concretiza (ainda não) pois a venda a contento pode configurar resolatividade do negócio ou suspensividade do negócio.

Art. 509. A venda feita a contento do comprador entende-se realizada sob condição suspensiva, ainda que a coisa lhe tenha sido entregue; e não se reputará perfeita, enquanto o adquirente não manifestar seu agrado.

Em regra é suspensiva.

Quais as diferenças?

- Em um, a compra e venda ainda não produziu seus efeitos. Portanto, o preço ainda não precisa ser pago.
- Na resolativa já produziu (embora possam ser cassados) e, a princípio, o preço já estaria pago, a menos que se acordasse em diferir seu pagamento.
- A outra diferença é quanto ao risco.
- A teoria que estuda as hipóteses de risco, visando a sistematizar quem deve sofrer a diminuição patrimonial pela perda ou deterioração da coisa formulou como regra geral que quem deve sofrer a perda ou deterioração é o dono da coisa (*res perit domino*).
- Contudo, se a condição é suspensiva, o comprador ainda não é o dono da coisa e não pode sofrer a diminuição patrimonial pela perda. É o vendedor que vai sofrê-la.
- Coerentemente com a ineficácia do negócio antes da verificação da condição suspensiva, o legislador impõe que os deveres do comprador são aqueles de um mero comodatário:

Art. 511. Em ambos os casos, as obrigações do comprador, que recebeu, sob condição suspensiva, a coisa comprada, são as de mero comodatário, enquanto não manifeste aceitá-la.

Mas por outro lado, ele tem que cuidar da coisa com mais diligência do que fosse sua, de forma que a esfera de sua culpabilidade aumenta, diminuindo na mesma proporção a esfera do fortuito.

Art. 582: O comodatário é obrigado a conservar, como se sua própria fora, a coisa emprestada, não podendo usá-la senão de acordo com o contrato ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos. O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante.

Art. 583: Se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior.

Questão da venda a contento como condição meramente potestativa.

Orlando Gomes parece pensar assim, embora indique que Windscheid a abominava, pois seria uma contradição em si, pois o negócio visa a obrigar e a condição meramente potestativa ou potestativa pura acaba por permitir que não se obrigue. Acaba dizendo que não seria uma condição puramente potestativa pois dependeria de gostar ou não da coisa e não da simples vontade. Silvio Rodrigues segue o mesmo entendimento.

Caio Mario diz: *“Muito se tem discutido, aliás, sobre a natureza dessa condição. A uns parece ser potestativa pura, no caso porém admitida sem o efeito anulatório do ato jurídico, por tê-la placitado excepcionalmente a lei. Não nos parece aceitável a explicação. O pacto ad gustum não é uma condição potestativa pura (que só esta é interdita, como visto em o nº 98, supra vol. I); é uma condição simplesmente potestativa, perfeitamente lícita, já que se não apresenta o ato dependente do arbítrio exclusivo de comprador (si voluero), porém do fato de agradar-lhe a coisa, o que é bem diferente.”*

Ora bolas!!!

Se isso não é exclusivamente dependente da vontade, do arbítrio da parte, como fala o Código Civil no art. 122, não sei o que seria.

Silvio Rodrigues diz que haveria um fator externo: *“para que o negócio se aperfeiçoe é preciso que ele apraza ao comprador de modo que depende de fatores alheios a seu querer e que podem interferir para seu aprazimento ou não”* (pag. 178).

Por outro lado, WBM e Luiz Roldão de Freitas Gomes dizem ser uma exceção à regra de nulidade da condição potestativa pura.

O direito decorrente da venda a contento é personalíssimo, não podendo ser cedido pois só o comprador é que poderá dizer se a coisa é ou não de seu gosto.

E o que acontece se o comprador morre antes de se manifestar?

Cunha Gonçalves, segundo J.M. Carvalho Santos, fala nisso, dizendo que se a coisa não for de uso pessoal do comprador, seus herdeiros teriam direito a escolher.

Acho que não. A faculdade de dizer se gosta é ou não é muito particular e só pode ser exercida pelo comprador em pessoa. Se ele falece antes e o contrato está sob condição suspensiva, vai se aperfeiçoar, pois ele não só não se aperfeiçoa com o desgosto do comprador. Se este não o manifesta, não há desgosto.

De qualquer forma, não há na doutrina resposta específica para tanto.

Prazo:

Pode ou não haver prazo estipulado para a manifestação do comprador:



3) PREEMPÇÃO OU PREFERÊNCIA

É diferente da retrovenda:

- (i) Na retrovenda, há opção de compra por parte do vendedor, é ele quem decide; já na preempção, ele só tem opção de compra se o comprador resolver vender.
- (ii) Exercido o direito de retrato, a compra e venda se desfaz; na preempção, exercido o direito de preferência, não há um simples desfazimento, há um novo negócio de compra e venda.
- (iii) Para que a coisa retorne ao vendedor, na retrovenda, basta sua vontade e o depósito do preço; para que a coisa retorne ao vendedor na preempção, precisa concorrer a vontade do comprador.
- (iv) A retrovenda só diz respeito a imóveis; a preferência se aplica aos móveis e imóveis.
- (v) O direito à retrovenda passa aos herdeiros; o direito de preferência, não.

Há duas formas de o comprador não atender à sua obrigação de oferta:

- (i) Não comunicando de que está prestes a vender para um terceiro:
 - E aí o vendedor tem direito a intimar o comprador para exercer seu direito.
 - É interessante mencionar a possibilidade de execução específica das obrigações de fazer.
- (ii) Vendendo efetivamente a terceiro:
 - Nesse caso, não se tratando de direito real, o vendedor nada poderá fazer, a não ser pleitear perdas e danos.

O direito de preferência é personalíssimo (art. 520).

4) PACTO COMISSÓRIO

O pacto comissório nada mais é que a cláusula resolutiva expressa.

A cláusula resolutiva tácita já está ínsita em todos os contratos bilaterais (art. 475).

* Não confundir com o pacto comissório do art. 1.413, vedado na hipoteca, anticrese, penhor...



PROMESSA DE COMPRA E VENDA (COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA)

Assim sendo, lembremos, inicialmente, a questão das obrigações de fazer.

Sabemos que elas se dividem, fundamentalmente em duas espécies: obrigações de fazer fungíveis (que podem ser cumpridas por qualquer pessoa ou mais de uma pessoa) e obrigações de fazer infungíveis (que somente podem ser cumpridas pelo devedor).

São estas últimas que nos interessam diretamente.

O Código Civil, em seu art. 247, determina:

Art. 247: Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.

Esse artigo é fruto do entendimento de que ninguém pode ser compelido a fazer nada contra a sua vontade. Seria um atentado à liberdade e aos direitos fundamentais da pessoa forçá-la, obrigá-la mesmo (na base da força e da ameaça) a fazer o que não quisesse.

Essa regra é refletida no adágio latino “*nemo praecise potest cogi ad factum*” (ninguém pode ser coagido a prestar um fato determinado).

Assim, se alguém, por força de uma obrigação, tem que, por exemplo, pintar um quadro ou escrever um livro e resolve não cumprir tal prestação, qual seria a solução?

De acordo com o art. 247, apenas a reparação das perdas e danos.

Pois bem. O contrato-promessa ou contrato preliminar, que é aquele contrato em que as partes se obrigam a celebrar um outro contrato, gera obrigações dessa natureza, ou seja, obrigações de prestar declaração de vontade (para que se alcance o consentimento necessário para o contrato).

Por isso, se uma das partes resolve não cumprir com sua obrigação (que era exatamente no sentido de prestar sua vontade para o consentimento e, assim, formar o contrato — *in idem placitum consensus*) a princípio a outra não teria como obter o contrato esperado. Só caberia pleitear as perdas e danos.

PROMESSA DE COMPRA E VENDA

Sendo o contrato de promessa de compra e venda um contrato preliminar (em que o promitente-vendedor e o promitente-comprador se obrigam a celebrar um contrato de compra e venda em determinadas condições), com ele não era diferente. Se o vendedor desistisse da celebração do contrato definitivo, só restava ao comprador as perdas e danos e ele ficava frustrado por não receber o imóvel almejado.

Era isso que ocorria com os contratos de promessa de compra e venda no início do século.

Nas primeiras décadas do séc. XX, com a alteração profunda no perfil da população brasileira, que acompanhou a mudança da economia agrária para uma economia urbana, grandes massas migraram para as cidades, especialmente no Rio e em São Paulo. Como sempre acontece nesses casos, houve escassez de imóveis e, conseqüentemente, grande valorização dos imóveis urbanos. Com essa valorização, abriu-se espaço para a especulação e houve um verdadeiro “boom” de negociações com imóveis.

Agora entrando no segundo requisito da matéria, como vocês devem saber, a propriedade imobiliária só se transfere com o registro no RGI (art. 1.245, *caput*) e os contratos de compra e venda de imóveis com valor superior à taxa legal têm de ser celebrados sob a forma de escritura pública (art. 108). O registro pode ser feito por qualquer dos contratantes.

Há que se diferenciar, então, modo de aquisição e título de aquisição (a causa de aquisição da propriedade).

Como a maioria dos negócios com imóveis é sempre feita com o pagamento do preço em parcelas, geralmente não se dá a escritura pública até que o comprador tenha pago o preço. Caso contrário, ele pode registrar a escritura e vir a ser dono antes da prestação integral do preço e, se acaso se torna inadimplente, o vendedor terá de intentar complicado procedimento para reaver o imóvel.

O contrato de promessa de compra e venda, que condiciona a celebração do contrato de compra e venda ao pagamento integral do preço, é uma das maneiras de resolver esse problema.

Por outro lado, o comprador precisava de um contrato para documentar o negócio e esse contrato era exatamente o contrato de promessa de compra e venda, no qual o vendedor se obrigava, quando pago integralmente o preço, é claro, a dar a escritura definitiva, que não exigia fosse por escritura pública.

Acontece que, como a valorização era grande, grande também passou a ser a tentação do vendedor, mesmo obrigado a celebrar o contrato definitivo, para descumprir o acordado e vender o imóvel para terceiro que lhe oferecesse muito mais.

Passou a ser vantajoso para o vendedor pagar as perdas e danos ao promitente-comprador (na idéia de que acima falamos — art. 256) e vender por melhor preço. Mesmo assim ele saía ganhando.

Veja-se que no contrato de compra e venda de imóvel a escritura pública não é forma necessária tão-só para a prova, mas para a existência do negócio.

Exatamente para evitar essa situação injusta e lesiva aos compradores, editou-se o Decreto-lei n. 58/37, que chamou a promessa de compra e venda de compromisso de compra e venda. Assim rezam os considerandos do Decreto-lei:

“Considerando o crescente desenvolvimento da lotação de terrenos para venda mediante o pagamento do preço em prestações; considerando que as transações assim realizadas não transferem o domínio ao comprador, uma vez que o art. 1.088

do Código Civil permite a qualquer das partes arrepender-se antes de assinada a escritura de compra e venda; considerando que esse dispositivo deixa praticamente sem amparo numerosos compradores de lotes, que têm assim por exclusiva garantia a seriedade, aboa-fé e a solvabilidade das empresas vendedoras; considerando que, para segurança das transações realizadas mediante contrato de compromisso de compra e venda de lotes, cumpre acautelar o compromissário contra futuras alienações ou onerações dos lotes comprometidos...”

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

A configuração atual do compromisso de compra e venda de imóveis no Direito brasileiro é fruto da evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial a partir da promessa de compra e venda de imóveis, em função da necessidade de proteção aos promitentes compradores de terrenos urbanos contra a especulação.

Essa evolução foi inaugurada com o Decreto-Lei 58/37 que previu a possibilidade de adjudicação compulsória sobre o imóvel prometido à venda para aqueles que registrassem a promessa. Dizia respeito a imóveis loteados: “os compromissários têm o direito de, antecipando ou ultimando o pagamento integral do preço, e estando quites com impostos e taxas, exigir a outorga da escritura de compra e venda” (art. 15).

Caso o promitente-vendedor a tanto se recusasse, poderia o compromissário propor ação de adjudicação compulsória (art. 16 com a redação da lei 6.014/73 que adaptou as disposições ao Código de Processo Civil de 1973).

A lei nº 6.766/79 substituiu o decreto-lei 58/37 quanto aos imóveis loteados:

- No art. 27, confirmou o dever de outorga da escritura definitiva, estabelecendo procedimento prévio à ação de adjudicação, que consistia em notificação do promitente para outorga do contrato ou impugnação da pretensão junto ao Registro de Imóveis. Se o promitente não impugnar, registra-se a promessa e esta passa a reger as relações entre as partes, havendo a transferência da propriedade com seu registro. Se houver impugnação, aí se dá a decisão judicial que pode importar na adjudicação.

É o que se chama de adjudicação compulsória.

A sentença adjudica (atribui) o imóvel ao promitente-comprador e faz o papel de título de aquisição.

Além disso, nessa primeira fase, atribuiu-se direito “real” ao compromissário do imóvel loteado:

Art. 5º, DL58/37: A averbação atribui ao compromissário direito real oponível a terceiro, quanto à alienação ou oneração posterior, e far-se-á à vista do instrumento de compromisso de venda, em que o oficial lançará a nota indicativa do livro, página e data do assentamento.

A natureza desse direito é controvertida. Orlando Gomes, após tentar estabelecê-la, acaba por considerá-lo *sui generis*. Alguns nele vêem um direito real, outros não, já que não estaria enumerado — taxatividade.

Seria, a meu ver, um autêntico direito de exclusividade para a aquisição. Entendo ser possível dizer que, se se trata de um direito real, é um direito real sobre coisa alheia.

Efeitos:

(i) Quando registrado o instrumento (o que lhe dá oponibilidade a terceiros), impede a aquisição plena por terceiros (se fosse feita a cessão, ela estaria limitada pelo compromisso).

(ii) Permite que o compromissário o ceda a outrem.

(iii) Se o compromissário, além de adquirir o direito real, ainda é investido na posse do imóvel sobre o qual ele incide, acaba por adquirir todas as faculdades do direito de propriedade do compromitente (usar, fruir e dispor — o que já podia através da cessão do direito real — mas até a conclusão da execução do compromisso — pagamento integral do preço, por exemplo, seria, por óbvio, uma disposição limitada, ou seja, não da propriedade plena, que somente se adquiriria com a execução completa do compromisso).

Posteriormente, com a Lei 649/49 (que alterou o art. 22 do decreto-lei), tudo isso foi estendido aos imóveis não loteados (o art. 22 foi novamente modificado pela Lei 6.014/73 mas tão somente para adaptá-lo ao Código de Processo Civil de 1973).

O Código de Processo Civil previu a adjudicação:

Art. 639: Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

Art. 640: Tratando-se de contrato, que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte, que a intentou, não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível.

A lei n. 6.766/79 substituiu, em grande parte o Decreto-lei nº 58/37, como vimos, com relação aos imóveis loteados, reforçando a proteção ao estabelecer a nulidade de qualquer estipulação incompatível com o compromisso (art. 29).

No art. 25 considerou “*irretratáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuam direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, confirmam direito real oponível a terceiros*”.



Significa que, para esses imóveis, a cláusula de arrependimento não tem qualquer eficácia.

No que se refere aos imóveis não-loteados, continuou valendo o art. 22 do DL58/37, mas neles a cláusula de arrependimento surte efeito (geralmente se dá através das arras penitenciais).

Mas, mesmo neste caso, se o preço já estiver todo pago, perde-se o direito de arrependimento.

Requisitos para a adjudicação:

Nossa legislação atribuiu os efeitos acima descritos apenas aos compromissos que estivessem registrados. O STF chegou a confirmar isso em decisões, somente admitindo a adjudicação compulsória com a inscrição do compromisso (obviamente, o direito real sempre dependeu da inscrição para que se adquirisse):

Súmula 167, STF: Não se aplica o regime do Decreto-lei 58, de 10 de dezembro de 1937, ao compromisso de compra e venda não inscrito no registro imobiliário, salvo se o promitente vendedor se obrigou a efetuar o registro.

No entanto, com a evolução doutrinária a que já se aludiu, a jurisprudência passou a considerar dispensável a exigência do registro para a adjudicação compulsória (embora, é claro, continuasse a exigi-lo para o direito real).

É que a adjudicação é direito pessoal, que independe de registro.

Hoje, para que o compromisso de compra e venda possa alcançar o objetivo que a legislação começou a perseguir com o decreto-lei 58/37 através da adjudicação compulsória (garantir a transferência da propriedade para o comprador), basta que esse compromisso:

- (i) esteja quitado; e
- (ii) inexistir cláusula de arrependimento.

Na falta de qualquer disposição, presume-se que o compromisso é irrevogável.

Por fim, com uma recente lei (lei n. 9.785/99), que se refere tão somente a imóveis loteados, retirou-se a exigência da sentença adjudicatória para servir como título de propriedade a ser levado a registro (acrescentou o §6º ao art. 26 da Lei 6766/79).

Agora, pelo menos para os imóveis loteados, basta levar ao registro diretamente a promessa.

A tendência da jurisprudência, que já vai se verificando, é estender a faculdade aos demais imóveis.

Quanto à rescisão do compromisso pelo não pagamento do preço, com o Decreto-lei 745/69, mesmo que contenha cláusula resolutive expressa, não



mais vigora a regra “*dies interpellat pro homine*”. É obrigatória a interpelação judicial para a constituição do devedor em mora. E pelos mesmos motivos que estendeu a adjudicação compulsória aos compromissos por instrumento particular, o STJ também estendeu a eles a obrigatoriedade de interpelação para que fossem rescindidos.

Súmula 76, STJ: A falta de registro do compromisso de compra e venda de imóvel não dispensa a prévia interpelação para constituir em mora o devedor.

CONTRATO PRELIMINAR

Natureza Jurídica

Após a evolução do Direito no que concerne aos contratos preliminares, e, no Direito brasileiro, principalmente em virtude da importância reconhecida ao contrato preliminar de compra e venda, passaram a existir duas teorias acerca de sua natureza:

1) É a concepção tradicional, segundo a qual o pré-contrato seria um *pactum de contrahendo*, por via do qual as partes de comprometeriam a celebrar um contrato.

Assim sendo, seu objeto se restringiria à obrigação de celebrar tal contrato.

Uma tal obrigação, portanto, sendo mera obrigação de fazer, se submeteria ao princípio “*nemo praecise cogi potest as factum*”:

Assim sendo, seu descumprimento geraria apenas a obrigação de pagar as perdas e danos.

2) Para a segunda concepção sobre a natureza do contrato preliminar (que se coloca no compromisso de compra e venda), este deixa de ser um mero contrato em que se estabeleça a obrigação de contratar, para se transformar em verdadeira fase do contrato definitivo.

Seria já início de execução do contrato definitivo

Teria, portanto, força obrigatória.

Aqui não há necessidade de uma nova declaração de vontade.

As partes não se obrigam a dar o consentimento para o contrato definitivo, pois este já teria sido dado. Obrigam-se apenas a repeti-lo.

Aqui as partes podem exigir que o contrato se torne eficaz.

Nesse caso, será determinada a execução específica do contrato, se a outra parte se recusar a cumpri-lo.

Essa possibilidade foi inserida na legislação brasileira desde o CPC de 1939 (possibilidade de execução específica das obrigações de emitir declaração de vontade) e mantida no CPC atual, mas só se aplicava aos contratos já celebrados:

— Isso é confirmado por Orlando Gomes: “a execução do contrato de promessa mediante tal sentença só é admissível se não se considera atividade negocial o chamado contrato definitivo...”.

Para o Des. Luiz Roldão, mesmo os contratos preliminares podem ser objeto de adjudicação compulsória se contiverem todos os elementos e condições do contrato definitivo.

Na execução o juiz não se substitui à vontade da parte na celebração do negócio; não declara o consentimento que fora negado. “Ao determinar 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”.

O STJ parece ter acolhido essa interpretação, pois admite a adjudicação compulsória dos compromissos de compra e venda mesmo não registrados, pela auto-executoriedade dos **contratos**.

A adoção de uma ou de outra concepção traz consequências importantes quanto aos Pressupostos e Requisitos:

- (i) Para a primeira concepção, sendo o contrato preliminar mero pacto de celebrar outro contrato, é autônomo em relação a este, pelo que os pressupostos e requisitos para a celebração deste não precisam ser observados desde já.
- (ii) Diversamente, como para essa teoria o pré-contrato já caracteriza início de execução do contrato definitivo, os pressupostos e requisitos têm de ser observados de pronto, exceto o de forma:

Assim, em um compromisso de compra e venda de um imóvel, que já se pode considerar uma fase do contrato de compra e venda (este é “simples sequência daquele”, como ensina Orlando Gomes), a capacidade das partes para o contrato definitivo há de ser aferida desde já. Se é pessoa casada, precisa, já para a celebração do compromisso, da vênua conjugal (ex.: art. 11, §2º, DL58/37).

O interessante, é que (e aí se vê a aplicação da lógica da tese) se o compromitente vendedor não é casado na época da celebração do compromisso, mas vem a casar entre essa celebração e a do contrato definitivo, não precisa da outorga (embora, na prática da advocacia preventiva aconselhe-se a tanto, a fim de evitar problemas).

- O STF entende assim.

Já no que diz respeito à forma, vêm-se entendendo (e aqui de encontro à lógica da tese) que não é necessária a forma pública para os compromissos de compra e venda de imóvel de valor superior ao da taxa legal.

A segunda concepção de contrato preliminar é aquela na qual se encaixa, no Direito brasileiro, a promessa de compra e venda de imóveis, loteados ou



não, registrados ou não, já quitada e sem cláusula de arrependimento, que se toma aqui, a exemplo de Orlando Gomes e graças ao Decreto-Lei 58/37, por Compromisso de Compra e Venda.

No Direito brasileiro, afora o compromisso de compra e venda (e, obviamente, o que seria o compromisso de venda unilateral), todas as demais promessas continuam a ser tratadas segundo a concepção tradicional de contrato preliminar. Por isso é possível que se faça a distinção entre compromisso e promessa.

Promessa de compra e venda

A promessa de compra e venda continua a ser um contrato preliminar segundo a concepção tradicional.

Seu descumprimento leva apenas ao pagamento de perdas e danos.

Serve para móveis por exemplo.

Opção (promessa de compra e promessa de venda)

Não obstante a opinião em contrário de Orlando Gomes (que parece confundir a opção com a preferência), opção é a promessa unilateral de compra ou a promessa unilateral de venda, que só gera obrigação para uma das partes.

A sua denominação pode ter gerado essa confusão. Na verdade, confere ao beneficiário um opção de compra (se caracteriza promessa de venda) ou uma opção de venda (caso caracterize promessa de compra) pois dada a opção, o beneficiário pode escolher entre compra e não comprar ou entre vender e não vender (tudo a seu exclusivo critério), enquanto aquele que a deu fica obrigado a vender ou comprar se o beneficiário escolher exercer sua opção.

Caso caracterize promessa de venda, pode dar lugar à adjudicação compulsória.

Preferência

A preferência (que Orlando Gomes parece chamar de opção) se dá quando alguém acerta com outrem que, caso resolva vender (ou comprar) uma determinada coisa, venderá (ou comprará) obrigatoriamente para este (ou deste).

De início, ao contrário da Opção, não gera obrigação para nenhuma das partes. Mas se aquele que deu a preferência para outro comprar resolver vender, terá de vender para este.



Assim sendo, não dá desde sua celebração, direito potestativo a uma das partes, diferentemente do que ocorre na opção.

Pode-se dizer que se trata de um contrato condicional: a obrigação só nasce se o que deu preferência quiser vender (ou comprar).

Sua natureza seria a de um contrato de promessa unilateral condicionado.

Mas não teria a natureza de um compromisso pois ainda não conteria todas as condições e elementos do contrato definitivo.

Assim sendo, o descumprimento dos contratos de preferência geram apenas obrigação de pagar perdas e danos (assim decidiu o STF).

Não obstante, a lei reconhece **eficácia real** a determinados contratos de preferência (ex.: locatário tem preferência para adquirir o imóvel)

Não se trata de direito real, mas de uma eficácia real, que permite a sub-rogação *ex nunc* do celebrante original por aquele que tinha a preferência. Seria uma substituição.

TROCA

LOCAÇÃO

Os romanos falavam de locação de coisas, de serviços e de obra (*locatio conductio rerum*, *locatio conductio operarum* e *locatio conductio operis*⁴⁰). Tais espécies correspondiam ao que atualmente chamamos de contrato de locação de coisas, contrato de prestação de serviços e contrato de empreitada.

O conceito de Aubry et Rau abrange as três figuras: “a locação é o contrato pelo qual uma das partes, mediante remuneração que a outra se obriga a pagar, se compromete a fornecer-lhe ou a procurar-lhe, durante certo tempo, o uso e gozo de uma coisa (locação de coisa), a prestação de um serviço (locação de serviço) ou a execução de um trabalho determinado (empreitada)” (in Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva. 1962).

Tal unidade de conceituação é, todavia, atacada pela doutrina moderna sob a principal alegação de que o conceito de locação se liga àquilo que pode ser devolvido no término do contrato, o que não ocorre com os serviços e a empreitada:

“A expressão locação de serviços já não mais pode ter aceitação no direito moderno. Era explicável, quando ainda preponderava a idéia romanista de se considerar o trabalho humano como coisa, e, deste modo, possibilitando torná-lo objeto de relações jurídicas só adequadas aos bens. Esta nova terminologia, refere CUNHA GONÇALVES, é criticada por alguns juriconsultos, firmados no ponto de vista do trabalho fazer parte de outros contratos, como os de serviço doméstico, empreitadas e transporte; mas, na verdade, diz o citado autor, a desig-

⁴⁰ É curioso destacar que, como na compra e venda (*emptio venditio*), o contrato de locação era designado pela posição de ambas as partes (*locatio conductio*).



nação — locação de serviços — é manifestamente errônea, porque o 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” (Serpa Lopes, p. 151-2).

Por isso, hoje, o termo ‘locação’ somente é utilizado para locação de coisas.

Não obstante essa diversidade de tratamento, dada à origem comum, os caracteres básicos de cada uma dessas espécies são os mesmos:

bilateral

consensual

comutativo

sinalagmático

não solene

principal/acessório

Execução instantânea ou continuada? Continuada.

típico

E é pela locação de coisas que se inicia, devendo ser lembrado que a locação de prédios urbanos, comerciais ou residenciais se coloca sob legislação específica, de acordo com a necessidade de proteção da moradia.

LOCAÇÃO DE COISAS

Causa e Caracteres:

É sempre interessante iniciar o estudo do contrato pela causa. Como visto, é ela que serve, em muitas vezes, para a distinção de uma figura e outra. A causa do contrato de locação de coisa é a troca do uso e gozo temporários de uma coisa por uma remuneração proporcional ao período do uso e gozo.

Vê-se logo que é um contrato oneroso, posto que realizado no interesse de ambas as partes e bilateral, pois gera obrigações para ambas as partes que são correspectivas (sinalagma) e certas (comutatividade).

Da temporariedade do contrato, extrai-se o dever de restituir a coisa ao término do prazo concedido (esse prazo se dá tanto no interesse do locador quanto do locatário), o que torna a locação de coisas incompatível com a fungibilidade. As coisas a serem restituídas devem ser as mesmas que foram entregues. Não fosse assim, o contrato se confundiria com o mútuo oneroso, embora nasça para o locador o dever de entrega que não existe nesta modalidade de empréstimo.

A onerosidade o distingue do comodato.

**Conceito:**

“É o contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante contraprestação em dinheiro, a conceder à outra, temporariamente, o uso e o gozo de coisa não fungível” (Orlando Gomes).

Para Caio Mario é: “o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a ceder temporariamente o uso e gozo de uma coisa não fungível, mediante certa remuneração”.

Eduardo Espínola diz que “é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a conceder à outra, por tempo determinado, ou não, o uso e gozo de uma coisa não fungível, mediante certa retribuição” (p.306).

Note-se que as definições são quase idênticas, assim como a do Código:

Art. 1.188, Código Civil de 1916: Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado, ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

Art. 565, Código Civil: Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

Elementos:

Capacidade das Partes;

Legitimidade das Partes;

Objeto:

Em princípio todos os bens, até direitos podem ser locados.

Podem patentes, marcas.

Não podem os bens fungíveis ou consumíveis, pois não teriam como ser devolvidos.

Obrigações do Locador (art. 566):

(i) entregar a coisa ao locatário em condições de servir ao uso a que se destina:

Trata-se realmente de uma obrigação de entregar, conforme a técnica que a distingue das obrigações de dar “*strictu sensu*” e restituir, as outras sub-modalidades da obrigação de dar. Não há transferência de direito real de propriedade através da tradição.

Mas também não há cessão de direito real sobre a coisa do locador. Ensina Eduardo Espínola que o direito conferido pelo locador ao locatário é um direito pessoal, de natureza obrigacional (p.307), que teria por objeto o uso e gozo da coisa, sem que se transfira o direito real de uso ou gozo. Diz que a



coisa não é o objeto imediato da obrigação, mas o direito patrimonial pessoal de uso e gozo.

De fato, é este que é considerado na análise da causa de todo o contrato. De todo modo, para que o interesse do locatário seja satisfeito, é necessária a entrega da coisa. Por isso, o objeto imediato da obrigação do locador (entregar a coisa) é o comportamento de transferir a coisa para a pessoa do locatário e o objeto mediato a própria coisa.

É uma prestação de execução imediata.

A coisa tem que estar em condições de instrumentalizar o uso a que se destina. Por isso, o descumprimento não se dá tão somente com a falta da entrega, mas com a impropriedade da coisa para os fins a que se destina.

As regras sobre os vícios redibitórios se aplicam ao caso integralmente.

Será possível falar-se em cumprimento defeituoso? Acredita-se que não, visto que a coisa está ou não está nas condições de uso e gozo.

(ii) manter a coisa em estado de servir ao uso a que se destina:

Trata-se, esta sim, de uma prestação continuada, que se estende a toda a duração do contrato.

Tanto que o legislador especifica a responsabilidade eventualmente decorrente da deterioração:

Art. 567: Se, durante a locação, se deteriorar a coisa alugada, sem culpa do locatário, a este caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou resolver o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim a que se destinava.

- Mas as pequenas reparações, de estragos não causados pelo uso normal da coisa, cabem ao locatário.

(iii) garantir o uso pacífico da coisa:

Isto é, resguardar o locatário de turbações de fato e de direito.

Essas turbações podem ser do próprio locador ou de terceiros.

Podem ainda ser de fato ou de direito.

No que se refere às turbações de fato, há que se notar que, sendo o locatário possuidor, também ele pode agir *de per se* para defender-se das agressões, conforme determina a lei (artigo 1.210, §1º: desforço incontinente).

As turbações de direito podem decorrer, por exemplo, (a) de um ato de administração, que prive parcialmente o locador de uma das faculdades de seu direito, que repercuta nas prerrogativas do locatário, como a proibição de determinada atividade; (b) do exercício de direito real pelo terceiro, interferindo no uso do bem objeto do contrato, como na construção que retire a iluminação do imóvel (exemplo em Carvalho Santos, v.XVII, p.42); ou, mais comumente, (c) da pretensão do terceiro em haver um direito sobre a coisa locada (o exemplo é a servidão de passagem sobre o imóvel).



Art. 568: O locador resguardará o locatário dos embaraços e turbações de terceiros, que tenham ou pretendam ter direitos sobre a coisa alugada, e responderá pelos seus vícios, ou defeitos, anteriores à locação.

— Aqui também se incluem os vícios redibitórios e a evicção.

Obrigações do Locatário:

(i) servir-se da coisa para o uso a que se convencionou ou que se presume dada a natureza da coisa e as circunstâncias (principalmente os usos do lugar):

Não se espera que um locatário de um carro de passeio faça o mesmo uso de um locatário de uma moto trail ou de um kart.

Art. 570: Se o locatário empregar a coisa em uso diverso do ajustado, ou do a que se destina, ou se ela se danificar por abuso do locatário, poderá o locador, além de rescindir o contrato, exigir perdas e danos.

(ii) zelar pela coisa como se sua fosse.

(iii) pagar pontualmente o aluguel:

Essa é uma prestação de duração, de execução sucessiva, intermitente.

(iv) levar ao conhecimento do locador as turbações de terceiros em que se pretendam fundadas em direito.

Pode levar também ao conhecimento as turbações de fato.

Todavia, ressalte-se, por mais uma vez, que o locador é possuidor, ainda que não pleno, e pode defender por si só a posse da coisa.

(v) restituir a coisa ao término da locação, no estado em que a receber salvo, é claro, as deteriorações naturais:

É a obrigação de restituir correspondente à obrigação de entregar do locador.

E se não restituir?

Se for com a concordância tácita do locador, prorroga-se indeterminadamente, com o mesmo aluguel (art. 574).

Se o locador quiser de volta e o locatário não restituir, sua posse se transforma em posse precária, sem título, injusta, e poderá ser compelido a pagar o aluguel que o locador estipular durante o tempo em excesso:

- **Art. 575:** Se, notificado o locatário, não restituir a coisa, pagará, enquanto a tiver em seu poder, o aluguel que o locador arbitrar, e responderá pelo dano que ela venha a sofrer, embora proveniente de caso fortuito.

Eduardo Espínola ensina que na legislação comparada não há disposição como esta, permitindo o arbítrio do locador. Mas a doutrina e a jurisprudência sempre o limitaram: “*entendem que o arbítrio do locador na hipótese não é ilimitado, devendo o aluguel ser razoável, embora, tratando-se de penalidade*”

por infração contratual, possa ser superior ao justo preço (artigo 575 do CC). Na dúvida, é possível que o locador opte entre a ação de reintegração de posse com cobrança de perdas e danos contra o locatário e a ação de arbitramento do novo aluguel” (Arnoldo Wald, p. 344). O Código Civil segue essa orientação. Ao artigo 575 acrescenta no parágrafo único que: “se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o juiz reduzi-lo, mas tendo sempre em conta o seu caráter de penalidade”.

É claro que o locador terá direito a reaver a coisa forçadamente, através de ação judicial.

Além disso, sua mora gera a inversão dos riscos. Ele passa a responder pelos danos da coisa, mesmo que por fortuito.

- Ainda assim, aplicar-se-á a regra da causalidade virtual negativa ou relevância negativa da causa virtual (artigo 399)

Extinção

A locação por prazo determinado cessa com o término do prazo, independentemente de notificação ou interpelação, podendo o locador exigir a coisa imediatamente (art. 573).

Antes de terminado o prazo, contudo, não podem as partes pôr fim ao contrato. O artigo 571 estabelece:

Art. 571: Havendo prazo estipulado à duração do contrato, antes do vencimento não poderá o locador reaver a coisa alugada, senão ressarcindo ao locatário as perdas e danos resultantes, nem o locatário devolvê-la ao locador, senão pagando, proporcionalmente, a multa prevista no contrato.

Ao que parece, o dispositivo contradiz o princípio da obrigatoriedade dos contratos e a regra quanto ao prazo. Ao dizer que o locador não poderá reaver a coisa alugada, senão ressarcindo ao locatário as perdas e danos, está, em verdade, afirmando que o locador pode reaver a coisa alugada a qualquer tempo, desde que pague as perdas e danos. A faculdade faz *tabula rasa* do prazo fixado, dando ao locador a prerrogativa de descumprir com sua obrigação de fazer, transformando-a em perdas e danos.

E foi essa mesmo a interpretação dada ao dispositivo. Carvalho Santos, embora tenha afirmado, nos comentários ao artigo, que a disposição seria “*conseqüência, como as demais disposições que importam em ônus para o locador, de uma daquelas garantias principais do art. 1.189*” (o locador é obrigado a garantir ao locatário o uso pacífico da coisa alugada) e que “*se ele pudesse reavê-la, estaria exercendo turbacão a esse exercício pacífico do direito do locatário*” (v. XVII, p.77), em seguida, após citar a lição de Beviláqua, conclui que: “*do texto em apreço resulta, sem dúvida, que o locatário não tem direito de escolher*

entre a indenização e a continuação do contrato, desde que o locador queira rescindir o contrato” (idem, p.78)

O Novo Código Civil manteve a disposição de forma idêntica, concedendo, todavia, ao locatário, o direito de retenção da coisa até que a indenização seja paga, direito esse que não estava previsto no regime anterior:

Art. 571, parágrafo único: O locatário gozará do direito de retenção enquanto não for ressarcido.

Ainda que se reconheça um pequeno progresso por conta dessa inovação (e se lembre que, na prática, a indenização seria necessariamente fixada em juízo), o dispositivo, como um todo, está ultrapassado. Reflete o ideal liberal que presidiu a elaboração de nosso primeiro Código Civil, dando prevalência ao interesse do proprietário (que o locador é em regra) e, ao mesmo tempo, da incolumidade da vontade do devedor de prestação de fazer.

É claro que a crítica perde intensidade diante da proteção específica do caso das locações de imóveis urbanos, especialmente para fins residenciais, presente no próprio Código Civil e nas leis do inquilinato.

Reconhecendo o novo código, como princípios, a função social do contrato (art. 421) e a boa-fé (art. 422), esta mandando que sejam considerados os interesses mútuos, as expectativas legítimas dos contratantes e a confiança gerada no contrato entre eles, sem falar na opção constitucional pela função social da propriedade (artigo 5º, XXIII), exsurge como uma pústula, um corpo estranho, a concessão da faculdade ao locador.

Há que se lembrar, ainda, o esforço técnico jurídico para a garantia da efetividade e a conseqüente implementação da execução específica de certas prestações de fazer, com o repúdio à cômoda (para o devedor) resolução da obrigação em perdas e danos. Também contra essa tendência se coloca o dispositivo.

— O mesmo não se pode dizer da faculdade correspondente, dada ao locatário, de, a qualquer tempo, dar por findo o contrato, desde que indenize o locador. Afinal, resta assegurada, pela indenização equivalente ao tempo restante, a sua satisfação.

O artigo 572 não deixa, contudo, que essa obrigação atinja dimensões desproporcionais, permitindo a revisão da indenização pelo juiz:

- **Art. 572:** Se a obrigação de pagar o aluguel pelo tempo que faltar constituir indenização excessiva, será facultado ao juiz fixá-la em bases razoáveis.

A locação por prazo indeterminado, cessa quando qualquer das partes quiser dá-la como finda.

A locação se extingue também pelas demais formas de extinção dos contratos, inclusive pela rescisão em caso de inadimplemento.



A morte do locador ou do locatário não extingue o contrato, cujos direitos e obrigações passam aos herdeiros (art. 577).

E a venda da coisa?

A locação assegura direito real ao locatário?

Não, apenas direito pessoal, de modo que o adquirente só fica obrigado a respeitar a locação se houver cláusula específica no contrato de locação e este estiver registrado no registro público (art. 576).

Direito de Retenção

Em caso de benfeitorias necessárias ou úteis, se feitas com o consentimento expresso do locador (art. 578).

LOCAÇÃO DE IMÓVEIS URBANOS (LEI 8245/91)

As regras do Código Civil, há muito foram afastadas por regras especiais no que diz respeito à locação de imóveis residenciais e comerciais, exatamente um dos objetos mais importantes do contrato de locação, um dos mais presentes na vida do público em geral.

Já tivemos, desde o começo do século, 3 leis do inquilinato.

A última é a lei 8.245/91 que regula não só as regras quanto às locações residenciais, mas também quanto às locações comerciais, reunindo-as em um só diploma.

Objeto:

O objeto da lei são as locações urbanas, comerciais e residenciais.

A lei remete expressamente ao Código Civil, as locações de imóveis da União, vagas de garagem, apart-hotéis, etc. (art. 1º).

Uma das principais preocupações de todo legislador inquilinário foi a especulação quanto ao valor do aluguel que pode ser facilmente evitada com regras ditadas quanto à duração do contrato. É que a especulação se fazia com o uso da possibilidade de retomada do imóvel pelo locador, para passá-lo a um outro locatário que estivesse, premido pela crise de habitações, disposto a pagar bem mais. Note-se que, mesmo havendo multa pelo término antecipado do contrato ou perdas e danos, muitas vezes valia a pena pagá-la ou sofrer a ação.

Vejam que o Código Civil acaba permitindo a retomada:

Art. 571: Havendo prazo estipulado à duração do contrato, antes do vencimento não poderá o locador reaver a coisa alugada, senão ressarcindo ao locatário as perdas e danos resultantes, nem o locatário devolvê-la ao locador, senão pagando, proporcionalmente, a multa prevista no contrato.



Assim, constaram sempre das leis do inquilinato regras quanto à duração do contrato e a retomada, valendo ressaltar que a última lei restituiu ao locador a denúncia vazia, ou seja, a retomada sem necessidade de justificação nos contratos por prazo indeterminado com duração igual ou superior a trinta meses.

Dessa forma, com relação à duração dos contratos, o legislador determinou que os contratos de duração inferior a 2 anos e meio (30 meses), se indeterminam e só podem ser denunciados de forma vazia pelo locador após um prazo de 5 anos (60 meses).

É uma forma de, sem limitar a autonomia das partes, evitar abusos do locador. Pois se o locador quiser impor um contrato de menor duração, o locatário já estará, se não concordar, automaticamente com seu direito a ficar no imóvel prorrogado e não até 30 meses, mas até 60 meses. É uma forma de “puxar a orelha” do locador que tenha imposto contrato de menor duração.

E isso porque, durante o período de vigência do contrato, o locador não pode reaver o imóvel:

- **Art. 4º:** Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. O locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, segundo a proporção prevista no art. 413 do Código Civil e, na sua falta, a que for judicialmente estipulada.

Só após os 60 meses é que pode haver a denúncia vazia.

Art. 47: Quando ajustada verbalmente ou por escrito e com prazo inferior a 30 (trinta) meses, findo o prazo estabelecido, a locação prorrogar-se-á automaticamente, por prazo indeterminado, somente podendo ser retomado o imóvel:

I. — nos casos do art. 9º;

Art. 9º: A locação também poderá ser desfeita:

I. — por mútuo acordo;**II.** — em decorrência da prática de infração legal ou contratual;**III.** — em decorrência da falta de pagamento do aluguel e demais encargos;**IV.** — para a realização de reparações urgentes determinadas pelo poder público, que não possam ser normalmente executadas com a permanência do locatário no imóvel ou, podendo, ele se recuse a consenti-las.

II. — em decorrência de extinção do contrato de trabalho, se a ocupação do imóvel pelo locatário estiver relacionada com seu emprego;

III. — se for pedido para uso próprio, de seu cônjuge ou companheiro, ou para uso residencial de ascendente ou descendente que não disponha, assim como seu cônjuge ou companheiro, de imóvel residencial próprio;

IV. — se for pedido para demolição e edificação licenciada ou para a realização de obras aprovadas pelo Poder Público, que aumentem a área cons-



truída em, no mínimo, 20% (vinte por cento) ou, se o imóvel for destinado à exploração de hotel ou pensão, em 50%.

V. — se a vigência ininterrupta a locação ultrapassar 5 (cinco) anos.

Se as partes obedecerem direitinho e estipularem o contrato por período não inferior a 30 meses, o término do contrato se fará segundo a vontade delas, ou seja, no prazo estipulado e o imóvel poderá ser desde já retomado pelo locador.

Art. 46: Nas locações ajustadas por escrito e por prazo igual ou superior a trinta meses, a resolução do contrato ocorrerá findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso.

§ 1º: Findo o prazo ajustado, se o locatário continuar na posse do imóvel alugado por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação por prazo indeterminado, mantidas as demais cláusulas e condições do contrato.

§ 2º: Ocorrendo a prorrogação, o locador poderá denunciar o contrato a qualquer tempo, concedido o prazo de trinta dias para desocupação.

E a lei não dá o mole do Código Civil:

Art. 4º: Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. O locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, segundo a proporção prevista no art. 413 do Código Civil e, na sua falta, a que for judicialmente estipulada.

Mas o prazo, pode ser qualquer um, sendo que se for superior a 10 anos, deverá contar a vênua conjugal (art. 3º).

Aluguel:

É livre a fixação (art. 17).

Se é livre a fixação, nada mais lógico que ser livre, também, a inserção ou modificação de cláusula de reajuste (art. 18).

Mas às vezes ficam limitados por legislação específica, como a da Lei 8178/91 (reajustes não podem ser feitos em períodos inferiores a 6 meses — para os imóveis com habite-se antes de 1991 e alugados antes de 1996).

Não pode haver reajuste em razão de correção monetária durante 1 ano — plano real (Lei 9.069/95, art. 2º, § 1º).

Se não houve previsão de reajuste e durante três anos não se chegar a acordo, isto é, após três anos do aluguel sem alteração, pode-se pedir a revisão judicial.

Venda

No caso de venda do imóvel a terceiro, o locatário tem os direitos de:

(i) Preferência:



- Art. 27.
 - Em igualdade de condições.
 - Prazo de 30 dias para o exercício (art. 28).
- (ii) Permanência se a venda for efetivada a terceiro:
- Se a locação for por tempo determinado
 - Se o contrato estiver averbado no RGI.

Principais Deveres:

Do locador (art. 22)

Do locatário (art. 23).

Falar sobre locações comerciais:

Direito de Renovação (visa à proteção do fundo de comércio):

A lei é bem didática.

Requisitos para a renovação (art. 51):

- (i) contrato com prazo determinado
- (ii) prazo => 5 anos (ainda que soma dos prazos anteriores)
- (iii) locatário esteja explorando mesmo ramo por pelo menos 3 anos.
- (iv) ajuizamento da ação no prazo de 6 meses antes do término.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

Terminologia

Já se viu que o direito moderno não aceita a utilização do termo ‘*locação*’ se não há uma coisa a ser restituída. Por isso, preferiu-se o termo ‘*prestação*’ em seu lugar.

Prestação de Serviços & Contrato de Trabalho

Apenas nas situações excluídas do âmbito do Direito do Trabalho será possível enquadrar as regras do Código Civil.

Geralmente, o contrato de trabalho se caracteriza por um vínculo de subordinação, pela continuidade e pela presença de um empregador profissional.

Na lição de Orlando Gomes, o trabalho autônomo, portanto, não se inclui como objeto de um contrato de trabalho.

Mas seria sempre prestação de serviços?

Considerando que comumente envolve um resultado concreto, uma obra, pode configurar o contrato de empreitada que, para grande parte da doutrina, se distinguiria da prestação de serviços exatamente por conta desse resul-



tado (a empreitada se caracterizaria pela existência de um resultado esperado, ou seja, a obra).

Prestação de Serviços & Empreitada

É o momento de fazer alusão a essa distinção. Na prestação de serviços, o tomador dos serviços tem interesse na atividade por si só. Na empreitada, o interesse recai na obra contratada, no resultado que, ainda assim, não precisa ser eficaz:

“No primeiro (locação de serviços), há prestação de força de trabalho, físico ou intelectual, enquanto no segundo (empreitada ou locação de obra) promete-se uma obra (werke), 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. 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 civilista” (Orlando Gomes, p.299).

Nessa idéia, um médico poderia ser tomado por empreiteiro ao se vincular a uma determinada cirurgia. O mesmo se diria do advogado que promete entregar um parecer.

No entanto, por razões nem sempre determinadas, talvez encontradas na tradição elitista, há uma certa resistência na caracterização de determinadas atividades intelectuais como empreitada, o que dificulta ainda mais a diferenciação:

“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 da atividade intelectual. No Direito Romano, a distinção se fazia com tal rigor que as artes liberais eram objetos do contrato de mandato, essencialmente gratuito. Embora esse contrato tenha adquirido nova contextura 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” (idem, p.292).

Seriam essas atividades intelectuais (ou que se esgotam em si mesmas), o objeto comum do contrato de prestação de serviços.

Prestação de Serviços & Mandato

Além do contrato de trabalho e do contrato de empreitada, é importante diferenciar o contrato de prestação de serviços do contrato de mandato:

“Avizinham-se cada vez mais na vida moderna, sendo que, na sua última finalidade econômica, têm por precípua fundamento uma prestação, um trabalho, que tanto o mandatário como o locador de serviços realizam em favor do credor do trabalho” (Serpa Lopes, p.192).

No mais das vezes se distinguem pela representação. Esta é comum ao contrato de mandato. A prestação de serviços não a contém.

“O mandato e a gestão de negócios acusam a presença da representação, delegada no primeiro e oficiosa no segundo, distinguindo-os de toda outra espécie contratual em que uma pessoa põe a sua atividade como prestação” (Caio Mario, p.260).

Contudo, foi visto que há casos de mandato sem representação, embora raros, para os quais não valeria a separação.

Poder-se-ia dizer que no mandato há o objetivo de realizar ato jurídico (caráter negocial) ou administrar patrimônio; na prestação de serviços, o objeto são atos desvinculados de um negócio ou da administração do patrimônio do comitente. No mandato, quando não há representação, há interesse de transferir os benefícios da atuação do mandatário; na prestação de serviços essa transferência é desnecessária. A própria realização da atividade do prestador encerra o interesse do comitente.

Conceito:

Conforme Caio Mario, é o contrato em que *“uma das partes se obriga para com a outra a fornecer-lhe a prestação de uma atividade, mediante remuneração”* (p.262).

Orlando Gomes é mais detalhista: *“o contrato mediante o qual uma pessoa se obriga a prestar um serviço a outra, eventualmente, em troca de uma remuneração, executando-o com independência técnica e sem subordinação hierárquica”* (p.292).

O Código Civil não o conceitua.

Por detrás dessa conceituação, a causa do contrato: a troca de uma atividade por uma remuneração.

E daí se vê que o contrato de prestação de serviços é aquele em que uma obrigação de fazer se erige em prestação essencial, de modo que seu regramento sofre influência das peculiaridades desse tipo de obrigação: *“a locação de serviços difere da locação de coisas principalmente nisto: em regra geral, o locador de coisas, se não cumpre sua obrigação de entregá-la ao locatário, pode*



ser forçado a fazê-lo, enquanto o locador de serviços não pode ser constrangido a prestá-los, porque ‘nemo potest cogi ad factum’, ficando, ao revés, obrigado unicamente a indenizar os danos sofridos pelo locatário. Como exceção, porém, se a locação versa sobre uma obra que possa ser executada por outrem, pode o locatário fazê-la executar à custa do locador” (Carvalho Santos, v.XVII, p.217).

Do conceito vislumbram-se seus caracteres: bilateralidade, onerosidade, comutatividade e consensualidade.

Há caráter *intuitu personae*: artigo 605.

Elementos:

Partes capazes.

Partes legitimadas.

Objeto: qualquer serviço, material, imaterial, intelectual, braçal: artigo 594.

É nesse ponto, dada a identidade do objeto com a empreitada⁴¹, que cabe apontar suas diferenças.

(i) uma delas já foi considerada, sendo mesmo a mais significativa. As outras, porém, não são destituídas de relevância. Servem, ainda que inaplicáveis à totalidade das circunstâncias, para auxiliar na distinção.

(ii) no contrato de prestação de serviços, o prestador fica sob as ordens do contratante, enquanto que na empreitada o a obra é dirigida pelo empreiteiro;

(iii) no contrato de prestação de serviços, os riscos da atividade estão por conta do contratante, enquanto que na empreitada estão por conta do empreiteiro.

(iv) em geral, a remuneração na prestação de serviços se acerta pelo tempo de atividade, enquanto que na empreitada fixa-se pela obra encomendada.

- Na prestação de serviços, paga-se, em geral, após a prestação, mas nada impede que as partes convençiem diversamente:

Art. 597: A retribuição pagar-se-á depois de prestado o serviço, se, por convenção, ou costume, não houver de ser adiantada, ou paga em prestações.

- Se não houver fixação, a remuneração poderá decorrer de arbitramento, conforme o artigo 596.

Se o objeto não for definido, entender-se-á como abrangendo toda a atividade comportável nas forças e na habilidade do prestador.

Forma: livre.

Prazo:

⁴¹ “Vasto é o campo da contratação de serviços através da empreitada, tornando-se comum em construções e demolições de edifícios e casas, abertura de ruas e estradas, implantação de infraestrutura de loteamentos, reformas e pinturas de prédios, reparos em bens móveis, plantações, ajardinamentos, colocação de cercas em campos e pastagens, fabricação de mobiliários, derubada de matas, lavração de terrenos para culturas agrícolas, drenagem e terraplanagem, etc. Nos trabalhos intelectuais, como o organização de uma ópera, ou a elaboração de obras literárias e técnicas mais propriamente se tipifica a locação de serviços, mormente quando se apresenta uma subordinação entre as partes e a remuneração é estabelecida segundo a qualidade do trabalho que se desenvolverá. Mas, nada impede a consideração da atividade como empreitada, pois é comum se estipular a criação de uma obra artística, ou a redação de um livro dentro de especificações programadas, e mediante o pagamento de um valor previamente estabelecido” (Arnaldo Rizzardo, p.452).



Indisponível que é a liberdade do homem, o legislador não poderia compactuar com a vigência indeterminada do contrato. Assim, limita sua duração em 4 (quatro) anos (artigo 1.220 (598)):

Art. 598: A locação de serviços não se poderá convencionar por mais de 4 (quatro) anos, embora o contrato tenha por causa o pagamento de dívida do locador, ou se destine a execução de certa e determinada obra. Neste caso, decorridos 4 (quatro) anos, dar-se-á por findo o contrato, ainda que não concluída a obra.

Se as partes não estipularem o prazo, qualquer delas pode por fim ao contrato, havendo necessidade de um aviso prévio:

Art. 599: Não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante aviso prévio, pode rescindir o contrato.

Mas a própria natureza da prestação devida pode servir na delimitação do prazo: se o prestador se vincular a uma obra determinada, o prazo do contrato é aquele da duração da obra (mesmo assim, incide a restrição do artigo 598):

Art. 602: O locador contratado por tempo certo, ou por obra determinada, não se pode ausentar, ou despedir, sem justa causa, antes de preenchido o tempo, ou concluída a obra.

Extinção (art. 607):

Morte de qualquer das partes.

Decurso do prazo.

Decurso de 4 anos (art.598).

Conclusão da obra.

Resilição com aviso prévio (art. 599).

Despedida com justa causa: do prestador

Despedida sem justa causa:

do prestador (art. 602, parágrafo único):

enseja indenização por perdas e danos

* mas o prestador tem direito à remuneração vencida

do tomador (art. 603):

enseja indenização equivalente à metade da vincenda

Inadimplemento (resolução por culpa).

Impossibilidade (resolução sem culpa).

EMPREITADA (EMPREITEIRO E DONO DA OBRA)

Inserido pelo Código Civil de 1916 dentre o esquema da locação, por conta da similitude histórica (suas regras estão agrupadas em seção do capítulo sobre a locação), a empreitada na verdade ganhou configuração ontológica própria, que se deu com a revisão do conceito de trabalho ou serviço

humano, hoje não mais identificado como coisa. O Código Civil de 2002, adequando-se a essa visão, destina espaço próprio para o contrato, desvinculado da 'locatio'.

Aproxima-se de outros tipos contratuais, especialmente da prestação de serviços (cujas distinções já se fizeram), do mandato e da compra e venda.

Com este assemelha-se na modalidade mista, onde há fornecimento de materiais pelo empreiteiro. Mas a simples verificação do conteúdo preponderante os afasta.

Na compra e venda, transparece como primordial o interesse do comprador na coisa. Nessa coisa, tal interesse se esgota.

Já na empreitada, o interesse do dono da obra não se dirige aos materiais em si, mas ao produto de sua transformação e integração (a obra).

O problema se resolve com a verificação da causa: *“o importante da questão assenta na função da prestação preponderante; na empreitada, o ‘fare’; na compra e venda, o ‘dare’”* (Serpa Lopes, p.226).

O mandato e a empreitada poderiam se confundir porque aquele também pode ter por objeto a realização de uma atividade com vistas a um resultado concreto. A distinção, aqui, é mais fácil que aquela entre mandato e prestação de serviços.

No mandato sempre haverá uma relação de subordinação entre o mandatário e o mandante. Na empreitada essa subordinação não se verifica. O empreiteiro age por si, sem que esteja sob as ordens do dono da obra.

Conceito:

“É o contrato através do qual uma das partes (empreiteiro) se obriga, sem subordinação ou dependência, a realizar certo trabalho para a outra (dono da obra), com material próprio ou por este fornecido, mediante remuneração global ou proporcional ao trabalho executado” (Caio Mario, p. 221).

Embora pareça completo, o conceito não é dos melhores, visto que se vale do termo 'trabalho' em lugar de 'obra', esta o resultado final do trabalho que reside no interesse do comitente e que caracteriza a figura.

A definição de Clóvis, mais concisa, é, nesse ponto, mais precisa: *“é a locação de serviço em que o locador se obriga a fazer ou mandar fazer certa obra mediante retribuição determinada ou proporcional ao trabalho executado”*

A definição peca, todavia, por mencionar 'locação de serviço'.

A 'obra', conforme Orlando Gomes, é *“todo resultado a se obter pela atividade ou pelo trabalho”* (p.297).

É o objeto do contrato na perspectiva do tomador, o que torna a principal obrigação do empreiteiro uma obrigação de resultado, o que por sua vez



influencia o tratamento da espécie, já que está previsto no contrato como sua finalidade.

Essa finalidade é tão marcante que mantém a unidade da figura na modalidade de empreitada mista, onde há fornecimento de materiais. Tal fornecimento fica subjacente à obrigação de fazer, que prepondera. Fica sujeito a uma relação de acessoriedade.

Mas o fazer não se prende à pessoa do empreiteiro. Este pode delegá-lo a terceiro, o que retira da empreitada qualquer caráter “*intuitu personae*”. É o sentido da expressão ‘fazer ou mandar fazer’ na definição de Beviláqua.

Elementos:

Partes Capazes.

Partes Legitimadas.

Objeto:

Obra

A empreitada, como se viu, sempre vai envolver uma atividade e a entrega de uma obra. Mas pode envolver também a entrega dos materiais pelo empreiteiro, caso em que reveste diferente modalidade, à qual se conectam algumas peculiaridades no tratamento.

Tem-se, pois, a empreitada de labor e a empreitada mista ou de administração (art. 610):

Art. 610: O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais.

Os riscos variam conforme se trate de uma ou de outra.

Se for de labor, os riscos da obra correm por conta do dono da obra:

- **Art. 612:** Se o empreiteiro só forneceu mão-de-obra, todos os riscos em que não tiver culpa correrão por conta do dono.

O empreiteiro só responde por culpa. Este artigo diz respeito aos riscos do perecimento ou deterioração da obra, ainda que incompleta, entre a contratação e a entrega da obra. Mas este artigo tem que se complementar com o art. 613, pois este determina que se a obra ainda inacabada, antes da entrega, se perder, o empreiteiro perde o salário. Só não perde se provar que a perda decorreu de defeitos do material e que alertou o dono da obra:

— **Art. 613:** Sendo a empreitada unicamente de labor (art. 610), se a coisa perecer antes de entregue, sem mora do dono nem culpa do empreiteiro,



este perderá a retribuição, se não provar que a perda resultou de defeito dos materiais e que em tempo reclamara contra a sua quantidade ou qualidade.

Isso acaba fazendo com que, na verdade, o dono da obra não assuma todos os riscos como consta do art. 612. É que o empreiteiro, ao perder o salário mesmo sem culpa, está sofrendo o risco quanto a seu trabalho. Mas nada mais justo, como demonstra Beviláqua (in Carvalho Santos, pág. 324). Se o empreiteiro contribui com seu trabalho e o dono da obra com os materiais e a obra é formada pela conjunção de ambos (trabalho + materiais), se a obra se perde, sem culpa de nenhum dos dois, cada um deve arcar com a perda de sua contribuição. Veja que isso vai ao encontro da regra *res perit domino*, pois o empreiteiro é dono de seu trabalho e o dono da obra, dono dos materiais.

- Podemos reconhecer, então que:

(i) se a obra perece por fortuito, sem mora do dono, o empreiteiro perde o valor de seu trabalho e o dono o valor dos materiais; (ii) se a obra perece por fortuito com mora do dono, este arcará com os riscos e terá que pagar o salário do empreiteiro. (iii) se a obra perece em razão de defeito nos materiais, o empreiteiro recebe o salário mesmo assim, se avisou a tempo o dono. (iv) se a obra perece por culpa do empreiteiro, este obviamente responde.

Se for mista, o empreiteiro sempre suporta os riscos. Seu ônus só será atenuado se o dono da obra estiver em mora de receber:

- **Art. 611:** Quando o empreiteiro fornece os materiais, correm por sua conta os riscos até o momento da entrega da obra, a contento de quem a encomendou, se este não estiver em mora de receber. Mas se estiver, por sua conta correm os riscos.

A obra pode ser realizada em partes distintas ou por medida. Nesse caso, o pagamento poderá se fazer em parte ou proporcionalmente. A hipótese tem importância no que refere à prova de existência de eventuais defeitos ocultos:

Art. 614, §1º: Tudo o que se pagou presume-se verificado.

Art. 614, §2º: O que se mediu presume-se verificado se, em 30 (trinta) dias, a contar da medição, não forme denunciados os vícios ou defeitos pelo dono da obra ou por quem estiver incumbido da sua fiscalização.

Preço

O outro objeto do contrato é o preço ou retribuição.

Em regra, o empreiteiro suporta os riscos da variação do preço nos contratos de empreitada.

Não importa se a mão-de-obra aumentou ou o custo dos materiais.

Ele terá de responder. Exatamente porque, segundo lembra Silvio Rodrigues, o contrato de empreitada é contratado precisamente para que o dono da obra não tenha que se preocupar com a administração dos serviços.

- **Art. 619:** Salvo estipulação em contrário, o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra.

É claro que nada impede que os contratos de empreitada contenham cláusula de reajuste na remuneração em caso de variação de preços, mas deve estar expressa.

Também nada impede a aplicação da teoria da imprevisão/onerosidade excessiva conforme entendimento prevalente na doutrina. Em verdade, o artigo 625, II do Novo Código Civil reflete uma hipótese em que poderia ser reconhecida:

Art. 625, II: Poderá o empreiteiro suspender a obra: quando, no decorrer dos serviços, se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas, ou outras semelhantes, de modo que torne a empreitada excessivamente onerosa, e o dono da obra se opuser ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado, observados os preços.

Como estipula o dispositivo, a regra é inaplicável no caso de alteração ou aumento da obra:

“Se, de um lado, é indenegável direito do comitente introduzir nas obras as modificações que entender necessárias, por outro lado, tal direito não pode ir a ponto de mudar o objeto da empreitada ou agravar as obrigações do empreiteiro, mesmo no caso do contrato permitir ao comitente o direito de pedir mudanças ao projeto fixado...” (Serpa Lopes, p. 236).

O artigo 620 trata da hipótese de diminuição no preço do material.

Forma:

Ainda que o dispositivo do artigo 619 fale em instruções escritas, estas já vinham sendo dispensadas pela jurisprudência nas situações em que era visível ao comitente as alterações ou aumentos que se faziam. Por isso, à redação do artigo 1.246, o legislador do Novo Código Civil acrescentou um parágrafo ao correspondente artigo 619:

Art. 619, parágrafo único: Ainda que não tenha havido autorização escrita, o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, segundo o que for arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando, e nunca protestou.



Obrigações do Empreiteiro:

(i) execução da obra de acordo com a encomenda (planos):

Art. 615: Concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la. Poderá, porém, enjeitá-la (rejeitá-la), se o empréstimo se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza.

Além disso, pode pedir abatimento do preço ou pleitear o reparo (principalmente em se tratando de relação de consumo).

Note-se que a execução não precisa ser feita necessariamente pelo empreiteiro, mas pode ser feita por alguém a seu mando

(ii) entrega da obra em conformidade com o projeto:

Há ainda algumas obrigações eventuais:

(iii) pagar os materiais que receber se os inutilizou por negligência ou imperícia (artigo 617);

(iv) comunicar/notificar o dono da obra acerca dos defeitos ou insuficiências dos materiais (artigo 613); e

(v) fornecer os materiais na empreitada de labor.

Obrigações do Comitente:

(i) pagar a retribuição ajustada:

Pode variar a forma dos pagamentos em função do tipo de empreitada (artigo 614)

A doutrina e jurisprudência têm reconhecido o direito de retenção por parte do empreiteiro em caso de não pagamento (Eduardo Espínola, Serpa Lopes, Arnaldo Rizzardo).

(ii) receber a obra:

Art. 615: Concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la. Poderá, porém, enjeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza.

Se não receber, estará em mora e os riscos podem ser invertidos, como vimos (artigo 611).

(iii) abster-se de alterar o projeto por ele aprovado:

Art. 621: Sem anuência de seu autor, não pode o proprietário da obra introduzir modificações no projeto por ele aprovado, ainda que a execução seja confiada a terceiros, a não ser que, por motivos supervenientes ou razões de ordem técnica, fique comprovada a inconveniência ou a excessiva onerosidade de execução do projeto em sua forma originária.

*Obrigações eventuais:*

- (iv) fornecer materiais adequados ou em quantidade suficiente (art. 613);
- (v) pagar aumentos e acréscimos dos quais estava ou poderia estar ciente (artigo 619, parágrafo único);
- (vi) pagar as despesas do empreiteiro e os lucros que teria (artigo 623).

Responsabilidade:

Entende-se que a responsabilidade deva ser tratada em apartado da solução dos riscos. Esta decorre de uma escolha do legislador acerca do patrimônio que sofrerá diminuição por conta de um evento inimputável a qualquer das partes. Aquela, de uma regra de equilíbrio e reparação.

A responsabilidade incide quando há um prejuízo atribuível à intervenção, à atividade de uma das partes, ainda que não culposa.

No âmbito do contrato de empreitada, além da responsabilidade pelo inadimplemento das obrigações das partes, o legislador fixou a responsabilidade do empreiteiro pela solidez e segurança da obra:

Art. 618: Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de 5 (cinco) anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

Atualmente, a exegese do dispositivo não se coaduna com a mera interpretação literal. Houve grande extensão da responsabilidade aparentemente fixada pelo texto. Assim é que, embora esteja, à primeira vista, limitada aos contratos de empreitada, atinge todas as construções; embora pareça vinculada à existência de risco de desabamento (“pela solidez e segurança do trabalho”), a jurisprudência vem admitindo a aplicação a defeitos que comprometem a destinação normal do imóvel.

- Alguns vícios no encanamento ou revestimento podem criar perigo aos usuários e terceiros, impedindo o uso em condições normais de habitabilidade e salubridade.

É uma responsabilidade objetiva, independente de culpa.

A natureza do prazo deve ser analisada.

- Não se trata de prazo de prescrição ou decadência, mas de um prazo de garantia.
- Durante sua vigência, o empreiteiro ou construtor respondem por todos os defeitos referidos, sem que possam invocar excludentes.



Ou seja, constatado o defeito nesse interregno, poderá o dono da obra ou da construção pleitear a indenização.

- Poderá ainda pleitear a reparação ou a rejeição da obra, a exemplo do que ocorre no caso dos vícios redibitórios?

Considerando que o empreiteiro (ou o construtor) tem o dever de entregar a obra/construção pronta, acabada, perfeita, enfim, hígida, enseja-se ao dono exigir o cumprimento dessas condições. Não há, portanto, qualquer problema em requerer os reparos (o STJ, no RESP 66.565/MG versou sobre tal hipótese). A faculdade de rejeição da coisa dependeria de previsão expressa. Talvez em caso de caracterização de vício redibitório, dentro do respectivo prazo, fosse possível pleitear a solução. E por falar em vício redibitório, é importante ressaltar a diferença entre eles e os de que trata o artigo 618.

— É que estes são específicos e por isso não se admite o entendimento de que seguem os prazos do artigo 206. Estes são realmente insuficientes para o caso das construções, que são obras de vulto e cujos defeitos podem se fazer sentir somente após bom tempo da entrega.

Classificação:

bilateral
consensual
comutativo
sinalagmático
não solene

SEGURO

Tradicionalmente, o contrato de seguro é definido como aquele em que uma parte (o segurador) se compromete, mediante remuneração, a pagar à outra parte (segurado) uma indenização na hipótese de verificação de um risco previsto.

Veja-se, por exemplo a definição de Caio Mario da Silva Pereira que, como Washington de Barros Monteiro (p.348), se baseia no conceito legal do Código Civil de 1916:

“Seguro é o contrato por via do qual uma das partes (segurador) se obriga para com a outra (segurado), mediante o recebimento de um prêmio, a indenizá-la, ou a terceiros, de prejuízos resultantes de riscos futuros, previstos” (p.327).

Art. 1.432, Código Civil de 1916: Considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato.

Ocorre que o conceito da codificação de 1916 já era ultrapassado, antes mesmo da vigência do novo código. Invocava a visão do contrato segundo a Teoria da Indenização que enxergava na reparação de um dano a característica essencial do seguro, limitando-se a “*admitir tão-somente o caráter reparatório (isto é, a reconstituição do patrimônio ao status quo anterior ao evento danoso) do contrato de seguro*” (João Marcos Brito Martins, *Direito de Seguro*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2002. p.28).

Não se adequava ao seguro pessoal em que não existe, necessariamente, um dano ao segurado que seja base para a indenização.

Preferiu-se a visão da teoria da necessidade que, pode-se dizer, substituiu a **reparação** pela **garantia do interesse legítimo** do segurado (nesse incluído o interesse concreto —seguro de dano— e abstrato — seguro de pessoa).

Foi com base nessa teoria que o legislador do Novo Código Civil elaborou a conceituação legal:

Art. 757: Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados.

De todo modo, é essencial ao contrato de seguro, seja na visão da teoria da indenização, seja na visão da teoria da necessidade, a noção de risco.

Alguns dizem que o contrato envolveria a transferência dos riscos cobertos.

Entendo, contudo, que esta seria uma posição decorrente da limitada visão indenizatória. No caso dos seguros de dano, o risco é da diminuição patrimonial e, esse sim, pode ser afastado com a contratação do seguro.

No caso de seguro de pessoas, o entendimento é incompatível, como alerta Arnaldo Rizzardo, com a prática do negócio.

Afinal, diz, o contrato de seguro não tem o condão de isentar ou afastar todos os riscos cobertos da vida do segurado. Este continua exposto aos riscos, por exemplo, de contrair a moléstia, ou de sofrer o acidente, ou morrer.

Nesse sentido, é melhor dizer que o interesse recai não só na reposição patrimonial, mas também na amenização das conseqüências gravosas do sinistro.

O risco não pode ser visto como elemento, mas pressuposto do contrato de seguro.

O risco que está subjacente ao contrato de seguro não se confunde com o risco que fundamenta a chamada Teoria dos Riscos

São admissíveis, como riscos acobertáveis, tanto os fortuitos, como os atos em que um terceiro tenha concorrido com sua culpa. Até se admite que sejam objeto de cobertura, atos culposos do próprio segurado.

Mas em regra, os riscos devem se referir a eventos que não dependam da vontade do segurado.

Também não se confunde com o próprio sinistro, que é o advento do risco.

O risco é sempre futuro; o sinistro é sempre passado.

O sinistro é o risco que se concretiza.



Mas é considerado pelo legislador como sendo o sinistro em expectativa, não podendo ser tratado como a situação ou cadeia de acontecimentos que pode acarretar o sinistro.

Na definição do Dicionário de Seguros, editado pela FUNENSEG, 1996, é “o evento incerto ou de data incerta que independe da vontade das partes contratantes e contra o qual é feito o seguro. O risco é a expectativa de sinistro. Sem risco não pode haver contrato de seguro...”

Deve ser:

(i) Futuro:

Não pode ter passado;

Deve ser um risco que, com relação ao momento da contratação, possa vir a existir.

(ii) Incerto:

Note-se que a incerteza não precisa ser absoluta (evento “*incertus an*” e “*incertus quando*”).

Basta que haja uma incerteza quanto ao momento da verificação do sinistro (“*incertus quando*”).

(iii) Possível;

(iv) Lícito;

(v) Independente da vontade das partes

Art. 762: Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro.

(iv) Gerador de Necessidade Econômica (João Marcos de Brito Martins).

Causa e Caracteres:

A causa do contrato é, então, a troca de uma remuneração pela garantia de um interesse legítimo, consubstanciado na possibilidade de, diante do sinistro, (i) ver repostado o patrimônio perdido (no caso dos seguros de danos), (ii) de receber uma compensação pecuniária (no caso de seguro de acidentes pessoais); ou de garantir a higidez patrimonial de outrem (seguro de vida para o caso de morte).



Aleatoriedade

Dessa análise decorre a aleatoriedade do seguro. A incerteza quanto ao advento do risco no período coberto faz com que a comutatividade seja afastada. Não há certeza quanto à exigibilidade e a troca das prestações fundamentais das partes.

O segurador pode receber o prêmio integralmente e não ser chamado a pagar a indenização/compensação:

Art. 764: Salvo disposição especial, o fato de se não ter verificado o risco, em previsão do qual se faz o seguro, não exime de pagar o prêmio.

Bilateralidade e Onerosidade

Embora seja aleatório, continua a ser bilateral, contendo um sinalagma entre as prestações do segurador (pagar a indenização/compensação na hipótese de advento do risco) e do segurado (pagamento do prêmio).

É oneroso porque reflete o interesse de ambas as partes.

Caracteres Econômicos:

Previdência (previsão de hipóteses de perda).

Incerteza.

Mutualismo.

Elementos:

Partes Capazes:

Embora o beneficiário não seja parte do contrato, é interessante registrar que há certas restrições legais que impedem algumas pessoas de figurar como tal.

Por exemplo, no contrato de seguro de vida, as pessoas proibidas de receber doações do estipulante.

Partes Legitimadas:

Somente podem figurar como seguradoras as pessoas jurídicas constituídas sob a forma de sociedade anônima

— **Art. 757, parágrafo único:** Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.

Objeto Lícito e Possível:

O objeto dos contratos é a soma dos objetos das prestações das obrigações dele nascidas.



Assim, o objeto do seguro é, de um lado, o prêmio, e, de outro, a indenização/compensação em caso de sinistro (é sobre este objeto que recai a álea do contrato, isto é, este objeto pode não ser exigido):

(a) Indenização/compensação em caso de sinistro:

É “a contraprestação do segurador ao segurado que, com a efetivação do risco (ocorrência de evento previsto no contrato), venha a sofrer prejuízos de natureza econômica, fazendo jus à indenização pactuada” (Dicionário de Seguros).

Somente é devida, pois, com efetivação do evento previsto:

- **Art. 779:** O risco do seguro compreenderá todos os prejuízos resultantes ou conseqüentes, como sejam os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano, ou salvar a coisa.

Está limitada aos prejuízos ou conseqüências do risco assumido:

- **Art. 1.460:** Quando a apólice limitar ou particularizar os riscos do seguro, não responderá por outros o segurador.
- Não tem correspondente no Novo Código Civil.
- Caso se trate de um contrato de seguro de consumo, as restrições e cláusulas particularizadoras dos riscos cobertos e excluídos devem ser redigidas de forma clara, precisa e ostensiva, na forma dos §§ 3º e 4º do artigo 54, da Lei 8.078/90.
- Mas, ainda que passem nesse controle formal, algumas exclusões podem ser consideradas abusivas (controle material). Principalmente nos seguros-saúde:

(i) exclusão de determinadas doenças (doenças crônicas, infecto-contagiosas e epidemias):

— A exclusão pode ser abusiva quando, no caso concreto, envolva a limitação de direito inerente à própria natureza do contrato:

(ii) Exclusão de doenças preexistentes:

— Tem sido considerada abusiva a cláusula que exclui, sem mais, as doenças preexistentes.

— A jurisprudência tem enfatizado a necessidade de realização de um exame prévio que pudesse constatar a doença. Repugna a prática da seguradora que, simplesmente, se recusa a cobrir as despesas ou autorizar o tratamento alegando a má-fé do segurado por não informar a existência da doença quando da contratação.

— Entende-se que, se a seguradora alega a má-fé, deve provar o conhecimento da existência da doença pelo segurado:

“Aceitando a empresa de saúde, à época da contratação com o recorrido, paciente de Aids, não falar em má-fé do associado ante a eventual omissão de ser

portador do vírus HIV positivo” (RESP 89.412/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito);

“A empresa que explora plano de seguro-saúde e recebe contribuições de associado sem submetê-lo a exame, não pode escusar-se ao pagamento da sua contraprestação, alegando omissão nas informações do segurado” (RESP 86.095/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar);

“Omissa a seguradora tocante à sua obrigação de efetuar o prévio exame de admissão do segurado, cabe-lhe responder pela integralidade das despesas médico-hospitalares havidas com a internação do paciente, sendo inoperante a cláusula restritiva inserta no contrato de seguro-saúde” (RESP 234.219/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

— O dever de realizar o exame é decorrente do princípio da boa-fé objetiva que impõe a colaboração da seguradora com os interesses do consumidor, permitindo que conheça os riscos envolvidos e, eventualmente, a justificativa para a cobrança do prêmio.

— Deve ser lembrado o disposto no artigo 11 da Lei nº 9656/98: *“É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos planos ou seguros de que trata esta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e demonstração do conhecimento prévio do consumidor”*.

(iii) Exclusão de tratamentos (vide exclusão de doenças):

— É caso recorrente a disputa judicial sobre a cobertura de próteses e órteses.

— Se esses equipamentos são inerentes ao tratamento, não podem ser excluídos da cobertura. Em caso contrário, o segurador estaria se exonerando de obrigação decorrente da própria natureza do contrato, pondo em risco o equilíbrio efetivo.

(iv) Exclusão de período de internação:

— A abusividade dessa cláusula chama a atenção.

— A limitação do período de internação permite a mitigação de um direito fundamental inerente à natureza do contrato (art. 51, § 1º, II, CDC), sendo contrário à boa-fé e à proibição de cláusulas potestativas (artigo 122 do Código Civil de 1916).

O segurador não se obriga a indenizar por vícios intrínsecos à coisa:

- **Art. 784:** Não se inclui na garantia o sinistro provocado por vício intrínseco da coisa segurada, não declarado pelo segurado.

Parágrafo Único: Entende-se por vício intrínseco o defeito próprio da coisa, que se não encontra normalmente em outras da mesma espécie.

Disposição semelhante encontra-se em quase todos os seguros-saúde e planos de saúde.



A indenização (no seguro de dano) está limitada ao valor do interesse segurado:

- A razão disso é que o contrato de seguro tem por finalidade a reposição patrimonial da perda causada pelo sinistro, não mais que isso.
- O seguro não se presta ao enriquecimento do segurado, não é pecúlio ou investimento.
- Sua causa é a indenização do risco. Assim, se o sinistro ocorre, deve ser repostado o valor da coisa. Nada mais.

— **Art. 778:** Nos seguros de dano, a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato, sob pena do disposto no art. 776, e, sem prejuízo da ação penal que no caso couber.

— **Art. 781:** A indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador.

Disposição coerente com a identificação da indenização com o valor da coisa é a do artigo 783:

— **Art. 783:** Salvo disposição em contrário, o seguro de um interesse por menos do que valha, acarreta a redução proporcional da indenização, no caso de sinistro parcial.

Ver sentença sobre diferença de seguro.

Não se pode estipular dupla indenização, segurando uma coisa por mais de uma vez (a não ser nos contratos de seguros pessoais):

É o chamado seguro simultâneo.

— Alguns chamam de resseguro (segurar de novo), mas o termo deve ser reservado para o caso em que é uma seguradora faz seguro de seu risco assumido (no Brasil, só pode ser feito com o IRB (comentar sobre a ação de inconstitucionalidade da privatização do instituto)). — Também não se confunde com o co-seguro, em que duas ou mais seguradoras repartem os riscos.

Acarreta na nulidade do segundo seguro:

— **Art. 1.439, CC de 1916:** Salvo o disposto no art. 1.437, o segundo seguro da coisa já segura pelo mesmo risco e no seu valor integral pode ser anulado por qualquer das partes. O segundo segurador que ignorava o primeiro contrato pode, sem restituir o prêmio recebido, recusar o pagamento do objeto seguro, ou recobrar o que por ele pagou, na parte excedente ao seu valor real, ainda que não tenha reclamado contra o contrato antes do sinistro.

O Novo Código Civil não trouxe dispositivos específicos como esses, mas a solução é a mesma, como se pode inferir do disposto nos artigos 766, 778 e 782:

— **Art. 782:** O segurado que, na vigência do contrato, pretender obter novo seguro sobre o mesmo interesse, e, contra o mesmo risco junto a outro

segurador, deve previamente comunicar sua intenção por escrito ao primeiro, indicando a soma por que pretende segurar-se, a fim de comprovar a obediência ao disposto no art. 778.

— **Art. 778:** Nos seguros de dano, a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interl esse segurado no momento da conclusão do contrato, sob pena do disposto no art. 776, e, sem prejuízo da ação penal que no caso couber.

— **Art. 766:** Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido.

Parágrafo Único: Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio.

A indenização não pode ser estipulada para prejuízos decorrentes de atos dolosos:

Art. 762: Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro.

O direito à indenização é, em regra, transmissível:

- **Art. 785:** Salvo disposição em contrário, admite-se a transferência do contrato a terceiro com a alienação ou cessão do interesse segurado.

Quando o seguro é daqueles que se fazem em atenção às peculiaridades da pessoa do segurado, a apólice não permite a cessão sem a autorização da seguradora, com é o caso dos seguros de veículos e pessoais, por exemplo.

(b) Prêmio:

“É a importância paga pelo segurado, ou estipulante, à seguradora em troca da transferência do risco a que ele está exposto. Em princípio, o prêmio resulta da aplicação de uma percentagem (taxa) à importância segurada. O prêmio deve corresponder ao preço do risco transferido à seguradora” (Dicionário de Seguros): o verbete é impreciso ao referir ao prêmio como contrapartida da ‘transferência de risco’ que, como se viu, não é o que sempre se verifica.

Em tese deveria se limitar ao valor exato para repor os prejuízos decorrentes do sinistro (*prime pure*).

Mas nele se inclui a taxa de administração e o lucro da intermediação no caso de seguros não-mútuos (*prime chargé*).

Forma:

A doutrina discute se o contrato de seguro dependeria ou não de forma específica para sua validade.

Para Silvio Rodrigues (também Arnaldo Rizzardo e Maria Helena Diniz), é um contrato formal ou solene e a forma é da substância do contrato (*ad solemnitatem*), pois a lei impõe a forma escrita que se materializa na

apólice, para a validade do negócio. Sem a forma escrita, o contrato não se perfaz.

Para Orlando Gomes (também Washington de Barros Monteiro), a forma já não é *ad substantiam/solemnitatem*, mas meramente *ad probationem*., que seria necessária apenas para a prova da existência do contrato. Sem o escrito, o contrato não se prova.

Caio Mario parece considerá-lo não-formal, pois diz que se poderia provar o contrato pela perícia nos livros do segurador. Diz que essa é a tendência atual.

E, de fato, a tendência se verificou e foi consolidada pelo legislador do Novo Código Civil:

— **Art. 758:** O contrato de seguro prova-se com a exibição da apólice ou do bilhete do seguro e, na falta deles, por documento comprobatório do pagamento do prêmio.

Diante disso, é possível dizer que a forma escrita (apólice) nem mesmo é *ad probationem*, pois não é exclusiva para a prova do contrato.

De qualquer maneira, assim como o instrumento do mandato é a procuração, o instrumento, por excelência, do contrato de seguro é a apólice (embora esta possa ser substituída em alguns casos pelo bilhete de seguro (ex.: DPVAT)):

Conteúdo Mínimo (pode haver mais estipulações — arts. 1.434, 760):

- (i) Riscos Assumidos;
- (ii) Início e Fim da Validade (termos *a quo* e *ad quem*)
- (iii) Limite da garantia;
- (iv) Prêmio devido;
- (v) Nome do Segurado (quando cabível);
- (vi) Nome do Beneficiário (quando cabível).

Espécies:

- Nominativa

Art. 785, §1º: Se o instrumento contratual é nominativo, a transferência só produz efeitos em relação ao segurador mediante aviso escrito assinado pelo cedente e pelo cessionário.

- À ordem:

Art. 785, §2º: A apólice ou o bilhete à ordem só se transfere por endosso em preto, datado e assinado pelo endossante e pelo endossatário.

- Ao portador (exceção de seguro de vida/pessoais — art. 760, p. único).

Art. 760, parágrafo único: No seguro de pessoas, a apólice ou o bilhete não podem ser ao portador.



Espécies de Seguro:

Vigora em nosso direito o conceito unitário de seguro, embora sejam admitidas várias espécies. Considera-se a existência de um único contrato, ao qual está sempre subjacente a idéia de ressarcimento ou compensação.

Nosso sistema jurídico não adotou a chamada “Teoria Dualista” que tem os seguros de pessoas e de danos como contratos distintos.

Embora o Novo Código Civil trate em separado dessas espécies, não são consideradas contratos distintos (ao que parece, na técnica atuarial é que precisam ser apartados).

A grande divisão é exatamente aquela que coloca de um lado os seguros de danos (ou coisas) e os seguros pessoais. Mas outras merecem exame.

Seguros de Danos

“É aquele que tem como objeto os riscos que podem afetar o patrimônio do segurado, sendo sua finalidade indenizá-lo dos prejuízos patrimoniais causados pelo sinistro” (Dicionário de Seguros).

Tem a característica de ser indenitário, ou seja, visa reparar o prejuízo patrimonial.

Por isso não pode a indenização ultrapassar o valor do objeto segurado e o seguro não pode se fazer por mais que valha a coisa.

Divide-se em:

(i) seguros de coisas próprias (contra incêndio, contra roubo, seguro de transportes, contra danos a veículo automotor etc); e

(ii) seguros de responsabilidade civil (contra indenizações que tenha que pagar a terceiros pelos danos materiais ou pessoais causados)

Note-se que o seguro de responsabilidade civil, embora possa se relacionar aos danos pessoais causados ao terceiro, não deixa de ser um seguro de dano pois visa a cobrir o prejuízo patrimonial do segurado que adviria do pagamento da indenização.

Art. 787: No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.

Como o segurado fica em posição confortável ao causar dano a terceiro, sabendo que não precisará sofrer perda patrimonial para repará-lo/compensá-lo, o legislador, temendo a falta de empenho na sua própria defesa, proíbe que reconheça a sua responsabilidade:

- **Art. 787, §2º:** É defeso ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro pre-



judicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador.

Divisa-se, na jurisprudência de nossos tribunais, a tese que admite a ação direta da vítima contra a seguradora do causador do dano.

- Até então não se aventava a possibilidade por conta da noção de que (i) o contrato de seguro de responsabilidade é celebrado entre o segurado-causador-do-dano e a seguradora, sendo a vítima mero terceiro que (ii) não figura como beneficiário do seguro, não podendo haver equiparação com a estipulação a favor de terceiro (em que este pode exigir a indenização). Ademais, (iii) o contrato não tem por finalidade beneficiar a vítima, mas garantir o patrimônio do segurado em caso de dano a terceiro, não se assemelhando aos seguros obrigatórios, que visam a salvaguardar a vítima. Por fim, considerando que a indenização somente é devida com o advento do risco (sinistro), (iv) a seguradora não pode ser chamada a pagá-la antes da condenação do segurado (o prejuízo da vítima não é, por si, fonte da obrigação da seguradora).
- Mesmo diante desses poderosos argumentos técnico-jurídicos, os tribunais têm reconhecido a ação direta.
- A jurisprudência tem adotado o princípio de que os danos injustamente sofridos não podem ficar sem reparação. Sustenta-se que a vítima poderia ficar sem o ressarcimento em caso de insolvência do causador do dano ou quando houvesse conluio entre ele e a seguradora, a quem, em última análise, competiria o desembolso.
- Há um argumento de natureza prático-processual, de se evitar a intermediação, garantindo a efetividade do processo.
- É representativo o acórdão no RESP nº 228.840/RS (Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito), em especial o voto do Min. Eduardo Ribeiro.

Seguros de Pessoas

Os seguros de pessoas “*têm como base as pessoas, suas vidas e suas faculdades. Típicos são os seguros de vida, acidentes pessoais e saúde*” (Dicionário de Seguros).

Este último, contudo, não difere, em sua essência, dos seguros de dano. Afinal, serve para a cobertura das despesas médico-hospitalares do segurado, mantendo um caráter indenitário.

O Dicionário de Seguros assim o define: “*garante o pagamento em dinheiro ou o reembolso das despesas com a assistência médico-hospitalar*”.



Como se vê, a indenização guarda relação direta com as despesas, não podendo ultrapassá-las.

Ao que parece, são classificados dentre os seguros de pessoas por terem como interesse último a garantia da saúde da pessoa humana, permitindo o atendimento em clínicas e através de médicos da rede privada, contra o em geral deficiente serviço público.

No sistema do novo Código Civil, parecem ser apenas os seguros de vida, incapacidade e acidentes, que garantam a proteção de um peculiar interesse do segurado: a compensação patrimonial para si ou para os seus em razão da diminuição ou desaparecimento de sua capacidade econômica.

Não apresentam caráter indenitário.

Não se referem propriamente a um dano ao segurado como, por exemplo, no caso do seguro de vida. Neste, *“falecendo o segurado e deixando indenização para seus beneficiários, também não há como inferir-se a respeito de dano ao mesmo, na acepção plena do vocábulo, tal como a conhecemos”* (João Marcos Brito Martins, p.28).

O risco não apresenta uma valoração pecuniária exata, pois suas consequências não se restringem ao âmbito patrimonial. Atingem as expectativas e projetos da própria pessoa do segurado e de sua família.

Por essa razão, não havendo equivalência possível entre as consequências do risco e a indenização, esta pode ser estipulada livremente e por mais de uma vez, com mais de um segurador (ao contrário dos seguros de danos):

Art. 789: Nos seguros de pessoas, o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente, que pode contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse, com o mesmo ou diversos seguradores.

Veja-se que o novo Código Civil não se restringiu aos seguros de vida.

Em função desse caráter quase alimentar, o valor da indenização não é considerado como parte da herança e não entra na liquidação das dívidas do segurado/falecido:

Art. 794: No seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito.

Também por isso não se admite a sub-rogação nos direitos do segurado contra o eventual causador do sinistro:

Art. 800: Nos seguros de pessoas, o segurador não pode sub-rogar-se nos direitos e ações do segurado, ou do beneficiário, contra o causador do sinistro.

Seguro de Vida Para o Caso de Morte

No seguro de vida propriamente dito, haverá, necessariamente, um beneficiário.



Este pode ser determinado, ou seja, indicado pelo segurado, e poderá, em regra, ser substituído:

Art. 791: Se o segurado não renunciar à faculdade, ou se o seguro não tiver como causa declarada a garantia de alguma obrigação, é lícita a substituição do beneficiário, por ato entre vivos ou de última vontade.

Parágrafo Único: O segurador, que não for cientificado oportunamente da substituição, desobrigar-se-á pagando o capital segurado ao antigo beneficiário.

Seria o caso de um pagamento a credor putativo (art. 935/309).

Ou não. Nesse caso, o pagamento será feito na forma do artigo 792:

Art. 792: Na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária.

Parágrafo Único: Na falta das pessoas indicadas neste artigo, serão beneficiários os que provarem que a morte do segurado os privou dos meios necessários à subsistência.

O beneficiário pode ser o companheiro se o estipulante era separado judicialmente ou de fato na época da nomeação (artigo 795).

O seguro de vida pode ser estipulado por um terceiro (seguro sobre a vida de outro).

Deve, contudo, ser declarado o interesse pela preservação da vida do segurado (artigo 790).

Esse interesse se presume se o terceiro é cônjuge, ascendente ou descendente do segurado.

É possível a fixação de carência (art. 797).

A indenização ou pagamento do capital segurado não se dá no caso de suicídio:

Era o que dispunha, expressamente, o Código Civil de 1916:

Art. 1.440: A vida e as faculdades humanas também se podem estimar como objeto segurável, e segurar, no valor ajustado, contra os riscos possíveis, como o de morte involuntária, inabilitação para trabalhar, ou outros, semelhantes.

Parágrafo Único: Considera-se morte voluntária a recebida em duelo, bem como o suicídio premeditado por pessoa em seu juízo.

Note-se que o código falava em suicídio premeditado.

Não era qualquer suicídio que podia ser tido como excludente de pagamento.

Tanto que a jurisprudência consolidou essa orientação, primeiro através do STF e, posteriormente com as decisões do STJ, afastando o argumento de que qualquer suicídio voluntário (ainda que não premeditado) afastaria o dever da seguradora:



- **Súmula 105, STF:** Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro.
- **Súmula 61, STJ:** O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado.

É mesmo uma interpretação em consonância com o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor.

É nula a cláusula que exclui o pagamento em caso de suicídio. Seria contrária a direito fundamental, inerente à natureza do contrato (art. 122). No caso de relação de consumo, aplicar-se-ia o disposto no art. 51, IV e § 1º, II.

- É assim considerada pelo Código Civil de 2002:

Art. 798, parágrafo único: Ressalvada a hipótese prevista neste artigo, é nula a cláusula contratual que exclui o pagamento do capital por suicídio do segurado.

O problema é que o novo estatuto civil parece retirar o direito ao capital quando o suicídio ocorre nos primeiros dois anos de vigência do contrato:

— **Art. 798:** O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros 2 (dois) anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente (restituição do prêmio).

— A jurisprudência terá que se pronunciar, embora não se espere que altere seu posicionamento. O suicídio não premeditado continuará sendo associado às causas acidentais de morte.

Seguro de Vida em Grupo

O seguro de vida pode ser individual ou em grupo, hipótese em que será regido pelas regras do artigo 801 (responsabilidade do estipulante perante a seguradora — §1º; e modificação dependente da anuência de $\frac{3}{4}$ dos membros do grupo — §2º)

Seguros Mútuos e a Prêmio Fixo

Os seguros podem ainda ser a prêmio fixo ou variável (seguros mútuos).

Nestes últimos, as várias pessoas que participam do grupo repartem o ônus do sinistro.

Sua desvantagem, é a limitação quanto ao número de segurados que se consegue agregar.

Seguros Legais ou Obrigatórios

Por fim, é importante lembrar os seguros legais ou obrigatórios, dentre os quais se destacam os seguros contra acidentes de trabalho, de natureza previdenciária, e o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais por Veículos Automotores de Via Terrestre — DPVAT.

Estes últimos eram regidos, até o advento da Lei nº 8.441/92, pela Lei nº 6.194/74, tendo sido garantidos pelo artigo 20 do decreto-Lei 73/66:

Art. 20: Sem prejuízo do disposto em leis especiais, são obrigatórios os seguros de:

1) Danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não (redação do art. 2º da Lei 6.194/74).

a) danos pessoais a passageiros de aeronaves comerciais (redação do art. 1º da Lei 6.194/74);

b) responsabilidade civil dos proprietários de veículos automotores de vias fluvial, lacustre, marítima, de aeronaves e dos transportadores em geral;

c) responsabilidade civil do construtor de imóveis em zonas urbanas por danos a pessoas ou coisas;

d) bens dados em garantia de empréstimos ou financiamentos de instituições financeiras pública;

e) garantia do cumprimento das obrigações do incorporador e construtor de imóveis;

f) garantia do pagamento a cargo de mutuário da construção civil, inclusive obrigação imobiliária;

g) edifícios divididos em unidades autônomas;

h) incêndio e transporte de bens pertencentes a pessoas jurídicas, situados no País ou nele transportados;

i) crédito rural;

j) crédito à exportação, quando concedido por instituições financeiras públicas.

No sistema anterior, na literalidade dos dispositivos da Lei 6.194/74, a indenização era paga pela sociedade que recebeu o prêmio do seguro, existindo uma responsabilidade do consórcio que reunia todas as seguradoras participantes apenas no caso de indenização por morte causada por veículo não identificado:

Art. 7º, Lei 6.194/74: A indenização, por pessoa vitimada, no caso de morte causada apenas por veículo não identificado, será paga por um Consórcio constituído, obrigatoriamente, por todas as Seguradoras que operarem no seguro objeto da presente lei.

Com a lei nova, as hipóteses de indenização foram ampliadas e um consórcio (“pool”) de seguradoras é chamado a pagar a indenização mesmo que não haja comprovação do pagamento do prêmio:

Art. 7º, Lei 6.194/74 (redação da Lei 8.441/92): A indenização, por pessoa vitimada por veículo não identificado, com seguradora não identificada, seguro não realizado ou vencido, será paga nos mesmos valores, condições e prazos dos demais casos por um consórcio constituído, obrigatoriamente, por todas as sociedades seguradoras que operem no seguro objeto desta lei.

- **Súmula 257, STJ:** A falta de pagamento do prêmio do seguro obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT) não é motivo para a recusa do pagamento da indenização.

A primeira grande questão que surge perante os tribunais refere-se à possibilidade de pagamento da indenização por sinistro causado por veículo identificado cujo seguro não tenha sido recolhido, anteriormente à vigência da Lei 8.441/92, publicada em 13.07.1992.

As seguradoras sustentam que, anteriormente às alterações da Lei 8.441/92, a indenização para o caso de veículo identificado deveria ser paga pela seguradora que recebeu o respectivo prêmio. Entendem que se o prêmio não foi pago, impedindo a identificação da seguradora responsável, a vítima não teria direito à indenização. E se valem da literalidade do dispositivo do artigo 7º antes da alteração que, como se viu, parece claro ao deixar para a responsabilidade do consórcio “**apenas**” no caso de morte causado por veículo não identificado.

- A Ministra Nancy Andrichi do STJ adota a tese, como se pode ver do voto (vencido) proferido no julgamento do RESP nº 325.300/ES:

*“Atendendo-se ao princípio da irretroatividade das leis, a norma aplicável ao caso **sub judice** há de ser aquela prevista na antiga redação do artigo, considerando-se que, não sendo pago o seguro obrigatório do veículo causador do dano, antes do início da vigência da Lei n. 8.441/92, responsável pela indenização era o proprietário do veículo causador do acidente e não o Consórcio de Seguradoras”.*

Contrariamente a esse entendimento tem se posicionado a maioria nas Terceira e Quarta Turmas do STJ. O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que integra a mesma Turma da Ministra Andrichi fez prevalecer sua tese no julgamento do RESP nº 325.300/ES:

- *“O recorrente tem razão, malferidas as regras indicadas da Lei nº 6.194/74. O sistema vigente à época do acidente, a Lei nº 6.194/74, dispunha claramente nos artigos 5º, 7º e 8º sobre a responsabilidade da seguradora integrante do rol do seguro obrigatório, sem fazer qualquer*

ressalva própria, mas, ao revés, determinando, mesmo, que com a comprovação do pagamento “a seguradora que houver pago a indenização poderá, mediante, ação própria, haver do responsável a importância efetivamente indenizada” (...) Por outro lado, a falta de pagamento do prêmio de seguro obrigatório, ainda que estando o veículo identificado, não autoriza a recusa da seguradora, dentro do sistema do seguro obrigatório, eis que entendimento diferente daria ensanchas a uma verdadeira burla, deixando na mão do causador do acidente a responsabilidade exclusiva pela exoneração do dever de indenizar, apesar da obrigatoriedade do seguro”.

A Quarta Turma vem julgando da mesma forma, como bem reflete o voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira no RESP nº 337083/SP:

- *“Com efeito, o seguro obrigatório constitui uma proteção imposta pela lei, não podendo ficar ao arbítrio de inadimplentes o direito que pertence a terceiros — vítimas. Assim, mesmo quando não efetuado o pagamento do prêmio, de rigor a indenização. É de acrescentar-se que a modificação introduzida pela Lei nº 8.441/92 veio apenas ratificar — explicitando — o que já estava implícito na lei. A partir de uma interpretação sistemática do conjunto de normas que regulam o seguro obrigatório, e não apenas literal de um dispositivo legal, a outra conclusão não se poderia chegar...”*

Ao se exigir da vítima a comprovação do pagamento do prêmio, através da apresentação da documentação do veículo causador do dano, arrisca-se a desconsiderar todo o sistema protetivo do DPVAT. Por isso, a alusão à necessidade de uma interpretação sistemática da legislação.

* A solidariedade impõe-se sempre que não seja possível particularizar essa responsabilidade para uma das seguradoras participantes. O seguro é obrigatório não só porque a estipulação é obrigatória, mas porque a garantia o é. Esta não pode ficar condicionada ao pagamento do prêmio, devendo ser assegurada pela imputação da solidariedade, na qual a exceção de não pagamento é inoponível ao beneficiário.

O valor da indenização às vezes é objeto de discussão quando as seguradoras aplicam tabela elaborada pela SUSEP para a indexação das indenizações. Tratando-se de indenização por morte, é inaplicável qualquer tabela. O valor da indenização é o equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos:

Art. 3º, Lei nº 6.194/74: Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no artigo 2º compreendem as indenizações por morte, invalidez permanente e despesas de assistência médica e suplementares, nos valores que se seguem, por pessoa vitimada:

- a) 40 (quarenta) vezes o valor do maior salário-mínimo vigente no País — no caso de morte...”

Vê-se que o valor era esse mesmo no período anterior à vigência da Lei 8.441/92 (que não modificou esse dispositivo).

E nenhuma resolução, circular ou outro conjunto de normas como elas elaboradas, ou seja, sem a chancela constitucional, poderá servir de parâmetro ou impor limite à aplicação do aludido dispositivo. Tais regulamentos administrativos não podem fazer as vezes de intérpretes da legislação federal para limitar sua abrangência.

Por fim, não há qualquer inconstitucionalidade ou irregularidade na fixação do valor da indenização com base no salário-mínimo, o que alguns alegam em virtude do inciso IV do artigo 7º da Constituição da República:

- **Art. 7º, IV, CR/88:** salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

O valor da indenização em equivalente a salário mínimo não importa em índice de reajuste, sendo mero parâmetro para a indenização. Lembre-se de que a Lei 9.099/95 fixa a alçada da competência '*ratione valoris*' dos Juizados Especiais Cíveis e nenhuma inconstitucionalidade foi jamais aventada.

Nesse sentido, o RESP nº 296675/SP, Rel.Min. Aldir Passarinho Junior

Têm chegado aos tribunais conflitos relativos ao pagamento de complementação do valor da indenização, após ter sido paga com base na mencionada tabela. Mesmo com a apresentação do recibo de quitação plena, o STJ vem reconhecendo o direito à integralização.

Obrigações no Contrato de Seguro:

Antes de enumerar as obrigações do segurado e do segurador, é mister comentar sobre a regra da boa-fé que se insere, com especial destaque, no contrato de seguro. Afinal, os principais elementos do seguro se baseiam nessa regra de conduta que inspira as partes, impondo-lhes um dever de lealdade, retidão e colaboração mútua com os interesses da outra. Tanto o prêmio quanto a indenização são estipulados tendo em vista as informações prestadas pelo segurado e pelo segurador, com os esclarecimentos quanto ao alcance da cobertura (p.ex.: seguro de vida: informações quanto às doenças; incêndio, informações quanto ao tipo da construção etc).

Art. 765: O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.



Ainda que seja feito o seguro por procurador (art. 766)

A consequência da violação desse dever é a perda do direito à indenização/capital.

Art. 766: Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido.

Parágrafo Único: Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio.

Mas o segurador não pode abusar desse direito e considerar que todas as informações não prestadas tenham o condão de por fim à relação.

O dever de boa-fé impõe que o segurador indague do segurado acerca dos fatos que podem interferir no cálculo do prêmio. A mera omissão de informações, na absoluta maioria das vezes decorrente de ignorância do segurado quanto à sua relevância, não pode ser equiparada a uma informação inexata ou a uma atitude de má-fé (ver comentários sobre as limitações de coberturas).

Obrigações do Segurado:

- (i) A principal obrigação do segurado é o pagamento do prêmio, que é a contribuição devida como remuneração pela garantia do interesse:

É uma obrigação de execução certa. A álea envolve a obrigação do segurador:

— **Art. 764:** Salvo disposição especial, o fato de se não ter verificado o risco, em previsão do qual se faz o seguro, não exime de pagar o prêmio.

É, não obstante a aleatoriedade da outra prestação, a ela equipolente, o que confere a seu inadimplemento, em tese, a condição de quebra do sinalagma, justificando, em princípio, a cassação do direito à indenização. Daí a disposição legal:

- **Art. 763:** Não terá direito à indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação.

Ao que parece, o dispositivo do artigo 763 não pode ser interpretado como deflagrador de uma perda definitiva do direito à indenização.

- O entendimento nesse sentido atentaria contra o equilíbrio contratual e permitiria a exclusão de um dever inerente à natureza do contrato mesmo quando a mora do segurado significasse um prejuízo de intensidade insignificante em relação ao benefício (para a seguradora) decorrente da isenção do pagamento da indenização.



- Desconsidera o dever de conduta conforme a boa-fé objetiva ao permitir a adoção de procedimento que despreza os interesses legítimos do segurado (a manutenção do contrato e a proteção contra os riscos). Há uma desproporção latente, em grande parte dos contratos, entre a mora do segurado e o benefício do segurador.
- É contrário ao próprio tratamento reservado pelo código à mora que, salvo quando torne inútil a prestação, não impede a satisfação da prestação devida (art. 956/395, parágrafo único).
- É prejudicial à política de preservação dos contratos que se vislumbra por detrás do princípio da função social dos contratos, adotada pelo sistema do Novo Código Civil (art. 421).

Por todas essas razões, a aplicação do dispositivo no sentido de por um fim definitivo ao contrato e privar o segurado ou o beneficiário do prêmio, deve ser precedida de um exame acurado e sério sobre as conseqüências da mora. A princípio, tratando-se de mora e não inadimplemento absoluto, não pode obstar a execução do contrato. Deve ser observada a intensidade da mora. O inadimplemento pode ser ínfimo em atenção ao grau de cumprimento (“substantial performance”).

— O STJ assim o decidiu desde o RESP 76.362/MT, rel. min. Ruy Rosado de Aguiar.

Tratando-se de seguro de consumo, o dispositivo não tem aplicação. É substituído por aquele do artigo 54, §2º do Código de Defesa do Consumidor, que manda dar ao consumidor a alternativa, à sua escolha, entre a purgação da mora e a resolução do contrato.

O segurado não se desobriga do prêmio nem mesmo com a diminuição do risco, salvo quando for considerável:

- **Art. 770:** Salvo disposição em contrário, a diminuição do risco no curso do contrato não acarreta a redução do prêmio estipulado; mas, se a redução do risco for considerável, o segurado poderá exigir a revisão do prêmio, ou a resolução do contrato.

(ii) É também obrigação do segurado não contribuir para agravar os riscos:

Compatibiliza-se com a regra de boa-fé.

- Ex.: Faz contrato de seguro contra incêndio e passa a estocar material inflamável. Começa a fazer “rally” com o carro de passeio.
- **Art. 171, § 2º, V, CP:** Estelionato: Nas mesmas penas incorre quem: destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as conseqüências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro.



A consequência pode ser a perda do direito à garantia:

- **Art. 768:** O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.

(iii) Deve comunicar o incidente que possa aumentar o risco (art. 1.455/769):

A pena é a mesma do caso anterior, em caso de má-fé na omissão.

Se, por exemplo, não avisa que uma fábrica se instalou ao lado do imóvel segurado contra incêndio.

Notar que essa pena, tanto nesse caso quanto na de não agravamento dos riscos, o Juiz deve proceder com equidade. É uma regra de atuação judicial:

Embora não tenha sido repetida no novo código é integralmente compatível com seu sistema.

Dá direito ao segurador de resolver o contrato.

(iv) Avisar da ocorrência do sinistro (art. 771)

Obrigações do Segurador:

(i) Pagar o prejuízo decorrente do risco assumido:

Art. 776: O segurador é obrigado a pagar em dinheiro o prejuízo resultante do risco assumido, salvo se convencionado a reposição da coisa.

O prazo para reclamar a indenização é aquele previsto no artigo art. 206, §1º, II: 1 (um) ano.

- Alguns passaram a entender que, após o advento do Código de Defesa do Consumidor, o prazo teria se ampliado para 5 (cinco) anos diante do art. 27 daquele estatuto.
- Todavia, o prazo ali estipulado, se refere à ação para reclamar a reparação de danos decorrente de fato do produto ou serviço, nada tendo a ver com a ação para cobrança da indenização do seguro. Assim vem decidindo o STJ (RESP's 276308/RJ e 207789/RJ, em que foram relatores, respectivamente, os eminentes Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Aldir Passarinho).

**BIBLIOGRAFIA BÁSICA E COMPLEMENTAR**

ADOMEIT, Klaus. *Filosofia do Direito e do Estado*. v.2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil — Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, v.2.

BECKER, Anelise. *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Lesão e Contrato no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: AIDE, 1991.

BETTI, Emilio. *Teoria Generale Del Negozio Giuridico*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994.

_____. *Istituzioni di Diritto Romano*. 2ed. Padova: Cedam, 1947.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CASADO, Marco Mello. *Considerações Sobre a Lesão Nos Contratos*, in RJ, n.226, p.33, 1996.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina: 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GARCEZ, Martinho. *Das Nulidades dos Atos Jurídicos*. 5ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 1980.



GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor — Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 5ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

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

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3ed. São Paulo: RT, 1998

MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão Contratual no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, 2000.

MAZEAUD, MAZEAUD et CHABAS. *Leçons de Droit Civil*, t.II, v.1. 9ed. Paris: Montchrestien, 1998.

MORAES, Renato José de. *Cláusula Rebus Sic Stantibus*. São Paulo: Saraiva, 2001.

NOVAIS, Aline Arquette Leite, *A Teoria Contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor — Direito Material*. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, J.M. LEONI LOPES de. *Direito Civil — Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, v.2.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Lesão nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Instituições de Direito Civil*. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1989.



RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5ed. São Paulo: RT, 1999.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O Problema do Contrato — As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

RIPERT, Georges. *La Règle Morale Dans Les Obligations Civiles*, Paris: LGJD, 1994.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1999.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Campinas: Bookseller, 2000.

SAIGET, Jacques. *Le Contrat Immoral*. Paris: Dalloz, 1939.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni Di Diritto Civile*. Padova: CEDAM, 1998.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.



GUSTAVO KLOH

Doutor e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/RJ. Sócio do escritório Navarro, Botelho, Nahon e Kloh Advogados.



FICHA TÉCNICA

Fundação Getúlio Vargas

Carlos Ivan Simonsen Leal
PRESIDENTE

FGV DIREITO RIO

Joaquim Falcão
DIRETOR

Sérgio Guerra
VICE-DIRETOR DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Rodrigo Vianna
VICE-DIRETOR ADMINISTRATIVO

Thiago Bottino do Amaral
COORDENADOR DA GRADUAÇÃO

Andre Pacheco Mendes
COORDENADOR DO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA – CLÍNICAS

Cristina Nacif Alves
COORDENADORA DE ENSINO

Marília Araújo
COORDENADORA EXECUTIVA DA GRADUAÇÃO