

*UNIVERSIDADE PAULISTA
ESQUEMAS PARA SALA DE AULA
TEORIA GERAL DOS CONTRATOS
CONTRATOS EM ESPÉCIE
PROFª MÁRCIA S. SOARES
e-mail: mssoares38@gmail.com*

PLANO DE ENSINO

CURSO: Direito

PERÍODO: 5º e 6º

TURNO: Diurno/Noturno

DISCIPLINA: Contratos em Geral

CARGA HORÁRIA SEMANAL: 04 horas/aula

CARGA HORÁRIA SEMESTRAL: 80 horas/aula

I – EMENTA

Fundamentos históricos e constitucionais. Fontes, princípios e conceitos fundamentais. Teoria geral dos contratos. Classificação dos contratos. Formação dos contratos. Efeitos dos contratos. Arras, vícios redibitórios e evicção. Extinção dos contratos.

II – OBJETIVOS GERAIS

Promover a compreensão e a importância do Direito Civil, assim como apresentar e discutir o significado dos institutos fundamentais do Direito Civil; de forma a estimular a capacidade de análise, domínio de conceitos e terminologia jurídica, argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais envolvidos.

III – OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Preparar para utilização de elementos de doutrina, jurisprudência e legislação componentes da técnica jurídica do Direito Civil, com uma visão crítica e consciência sociopolítica.

Promover o desenvolvimento das competências e habilidades definidas no perfil do egresso, quais sejam:

- Leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos ou normativos, com a devida utilização das normas técnico-jurídicas;
- Interpretação e aplicação do Direito;
- Pesquisa e utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do Direito;
- Adequada atuação técnico-jurídica, em diferentes instâncias, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos;
- Correta utilização da terminologia jurídica ou da Ciência do Direito;
- Utilização de raciocínio jurídico, de argumentação, de persuasão e de reflexão crítica;
- Julgamento e tomada de decisões;

- Domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito.

IV – CONTEÚDO PROGRAMÁTICO

1. Noções Introdutórias de Direito dos Contratos.
 - 1.1. Conceito de Direito dos Contratos.
 - 1.2. Fontes e Princípios de Direito dos Contratos.
 - 1.3. Resenha Histórica de Direito dos Contratos.
2. Teoria Geral dos Contratos.
 - 2.1. Conceito de Contrato.
 - 2.2. Função Social do Contrato.
 - 2.3. Elementos Constitutivos e Pressupostos de Validade do Contrato.
 - 2.4. Princípios Contratuais.
 - 2.5. Interpretação dos Contratos.
3. Classificação dos Contratos.
4. Formação dos Contratos.
 - 4.1. Vontade.
 - 4.2. Silêncio.
 - 4.3. Negociações Preliminares.
 - 4.4. Proposta.
 - 4.5. Aceitação.
5. Do Lugar em que se Reputa Celebrado o contrato.
6. Estipulação em Favor de Terceiro.
7. Promessa de Fato de Terceiro.
8. Vícios Redibitórios.
9. Evicção.
10. Contratos Aleatórios.
11. Contrato Preliminar.
12. Contrato com Pessoa a Declarar.

13. Extinção do Contrato.

13.1. Distrato.

13.2. Cláusula Resolutiva.

13.3. Exceção de Contrato não Cumprido.

13.4. Resolução por Onerosidade Excessiva.

14. Temas e Casos Práticos da Área voltados para a Realidade Regional de Inserção do Curso.

V – ESTRATÉGIA DE TRABALHO

A disciplina será desenvolvida com aulas expositivas e práticas, sendo incentivada a participação dos alunos nos questionamentos e discussões apresentadas, acompanhadas de metodologias que privilegiam a integração entre teoria e prática, entre elas: estudos de casos, análise de jurisprudência, elaboração de trabalhos práticos e produção de textos, realização de seminários (elaborados pelos alunos da disciplina) e ciclo de palestras (com professores convidados, profissionais da área e/ou de áreas afins), quando pertinente.

VI – AVALIAÇÃO

A avaliação será realizada por intermédio de provas regimentais e atividades desenvolvidas em sala de aula, conforme solicitação do professor da disciplina, tendo como referência as metodologias adotadas de integração entre teoria e prática.

VII – BIBLIOGRAFIA

Bibliografia Básica:

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.** São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 3.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.** São Paulo: Atlas, 2008. v. 2.

Bibliografia Complementar:

DINIZ, M. H. **Tratado teórico e prático dos contratos.** São Paulo: Saraiva, 2003. 5 v.

GOMES, Orlando. **Contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.


GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.

MATERIAL DE APOIO

TEORIA GERAL DOS CONTRATOS E CONTRATOS EM ESPÉCIE

 **OBJETIVO DO MATERIAL:** o conteúdo desse material visa reforçar o aprendizado do aluno. Trata-se de uma síntese dos pontos principais do conteúdo programático, com opiniões da professora, de diversos autores e com a utilização, inclusive, da transcrição de vários trechos da doutrina. Dessa forma, este resumo não pretende ser original, muito menos se destina à publicação, sendo dirigido de forma a facilitar o estudo antes das avaliações, com a conseqüente compreensão dos temas pelo aluno. Imprescindível, portanto, a aquisição de livros e obras clássicas para o aprofundamento da matéria. Esse material foi extraído das obras dos doutrinadores Sílvio de Salvo Venosa, Carlos Roberto Gonçalves, Flávio Tartuce, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, Maria Helena Diniz e Sílvio Rodrigues, com algumas adaptações.

UNIDADE I- NOÇÃO GERAL DE CONTRATO

1- Breve histórico do C.C.B. de 1.916 e 2002, contextualizado na história do Brasil.

2- Revisão de negócio jurídico

2.1 – Teoria geral dos fatos jurídicos:

2.1.1 - Conceito de fato jurídico em sentido amplo – “Todo acontecimento, natural ou humano, que determine a ocorrência de efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos de direitos e obrigações, na órbita do direito, denomina-se fato jurídico” (Gagliano e Pamplona Filho, 2003, 295).

2.2.2 - Classificação

A) Fatos jurídicos em sentido estrito ou fatos naturais -

B) Fatos humanos ou fatos voluntários. Podem ser:

b.1) Lícitos (atos jurídicos em sentido amplo) - aqueles praticados em conformidade com a lei. Dividem-se em: atos jurídicos em sentido estrito ou meramente lícitos e negócios jurídicos -

b.2) Ilícitos - aqueles praticados em desconformidade com a lei. Geram, como conseqüência, a obrigação de reparar o dano (art. 186, CC).

2.2..3- Conceito - É o ato lícito através do qual as partes exercem a autonomia privada, auto-regulando, nos limites legais, seus interesses particulares.

2.2.4-Elementos constitutivos ou estruturais:

- a) Essenciais .Podem ser: gerais e particulares
- b) Naturais Ex.: responsabilidade do vendedor pelos vícios redibitórios (art. 441 CC) e pelos riscos da evicção (art. 447 e 448 CC).
- c) Acidentais - estipulações acessórias e facultativas introduzidas pelas partes nos negócios. Ex.: condição, termo e modo ou encargo.

3- Aspectos gerais do contrato

3.1- As fontes das obrigações

Contrato é fonte de obrigação. Fonte é o fato que dá origem a esta, de acordo com as regras do direito. Os fatos humanos que o Código Civil brasileiro considera geradores de obrigação são: a) os contratos; b) as declarações unilaterais da vontade; e c) os atos ilícitos, dolosos e culposos. Como é a lei que dá eficácia a esses fatos, transformando-os em fontes diretas ou *imediatas*, aquela constitui fonte *mediata ou primária* das obrigações. É a lei que disciplina os efeitos dos contratos, que obriga o declarante a pagar recompensa prometida e que impõe ao autor do ato ilícito o dever de ressarcir o prejuízo causado. Há obrigações que, entretanto, resultam diretamente da *lei*, como a de prestar alimentos (CC, art. 1694), a de indenizar os danos causados a seus empregados (CC, art. 932, III), a *propter rem* imposta aos vizinhos etc.

3.2- Evolução histórica

O direito romano distinguia *contrato* de *convenção*. Esta representava o gênero, do qual o contrato e o pacto eram espécies. Hoje, no entanto, tais expressões são empregadas como sinônimas, malgrado a praxe de se designar os contratos acessórios de pactos (pacto comissório pacto antenupcial etc.) A idéia de um contrato com predominância da autonomia da vontade, em que as partes discutem livremente as suas condições em situação de igualdade, deve-se aos conceitos traçados para o contrato nos Códigos francês e alemão. Entretanto, essa espécie de contrato, essencialmente privado e paritário, representa hodiernamente uma pequena parcela do mundo negocial. Os contratos em geral são celebrados com a pessoa jurídica, com a empresa, com os grandes capitalistas e com o Estado. A economia de massa exige contratos *impessoais e padronizados* (contratos-tipo ou de massa), que não mais se coadunam com o princípio da autonomia da vontade. O Estado intervém, constantemente, na relação contratual privada, para assegurar a supremacia da ordem pública, relegando o individualismo a um plano secundário. Essa situação tem sugerido a existência de um dirigismo contratual, em certos setores que interessam a toda a coletividade. Pode-se afirmar que a força obrigatória dos contratos não se afere mais sob a ótica do dever moral de manutenção da palavra empenhada, mas da realização do bem comum.

Podemos resumir:

- 1- **Direito romano** - convenção : contrato e pacto. A questão da obrigação civil surge no direito clássico e o contrato escrito na era de Justiniano.

- 2- **C.C. francês** – o contrato é mero instrumento para se chegar à propriedade. É posto como ponto máximo do individualismo.
- 3- **C.C. alemão** – negócio jurídico (contrato). O contrato é um meio de transferência da propriedade.
- 4- **Crise do contrato** – O contrato passa ser um instrumento fundamental no mundo negocial. A crise situa-se na própria evolução da sociedade (arts. 421 C.C. e 51 C.D.C).

3.3- Funções do contrato: educativa, econômica e social

No Direito civil, o contrato está presente não só no direito das Obrigações como também, no Direito de Empresa, no Direito das Coisas (transcrição, usufruto, servidão, hipoteca, etc.) no Direito de Família (casamento) e no Direito das Sucessões (partilha em vida). Trata-se de figura jurídica que ultrapassa o âmbito do Direito Civil, sendo expressivo o número de contratos de direito público hoje celebrados. O contrato tem uma função, sendo função social, sendo veículo de circulação da riqueza, centro da vida dos negócios e propulsor da expansão capitalista. O Código Civil de 2002 tornou explícito que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade (arts. 421 e 422).

O Código civil de 2002 disciplina vinte espécies de contratos nominados (arts. 481 a 853) e cinco de declarações unilaterais da vontade (arts 481 a 886 e 904 a 909). Contém ainda um título referente às obrigações por atos ilícitos (“Da Responsabilidade Civil”), arts. 927 a 954. Começaremos o estudo pelo contrato, que é comumente conceituado desde Beviláqua, como “o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir direitos”. Constitui o mais expressivo modelo de negócio jurídico bilateral.

4- Princípios contratuais fundamentais

Os mais importantes princípios do direito contratual são:

a) Princípio da *autonomia da vontade* – Significa ampla liberdade de contratar. Têm as partes a faculdade de celebrar contratos, sem qualquer interferência do Estado. Podem celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados. Tal princípio teve o seu apogeu após a Revolução Francesa, com a predominância do individualismo e a pregação de liberdade em todos os campos, inclusive no contratual. Como a vontade manifestada deve ser respeitada, a avença faz lei entre as partes, assegurando a qualquer delas o direito de exigir seu cumprimento.

b) Princípio da *supremacia da ordem pública* – Limita o da autonomia da vontade, dando prevalência ao interesse público. Resultou da constatação, feita no início do século passado e em face da crescente industrialização, de que a ampla liberdade de contratar provocava desequilíbrios e a exploração do economicamente mais fraco. Em alguns setores fazia-se mister a intervenção do Estado, para restabelecer e assegurar a igualdade dos contratantes. Surgiram os movimentos em prol dos direitos sociais e a defesa destes nas encíclicas papais.

Começaram, então, a ser editadas leis destinadas a garantir, em setores de vital importância, a supremacia da ordem pública, da moral e dos bons costumes, podendo ser lembradas, entre nós, as diversas leis do inquilinato, a Lei da Usura, a Lei da Economia Popular, o Código de Defesa do Consumidor e outras. A intervenção do

Estado na vida contratual é, hoje, tão intensa em determinados campos (telecomunicações, consórcios, seguros, sistema financeiro etc.) que se configura um verdadeiro *dirigismo contratual*.

c) Princípio do *consensualismo* – Decorre da moderna concepção de que o contrato resulta do consenso, do acordo de vontades, independentemente da entrega da coisa. A compra e venda, por exemplo, quando pura torna-se perfeita e obrigatória, desde que as partes acordem no objeto e no preço (CC, art. 482). O contrato já estará perfeito e acabado desde o momento em que o vendedor aceitar o preço oferecido pela coisa, independentemente da entrega desta. O pagamento e a entrega do objeto constituem outra fase, a do cumprimento das obrigações assumidas pelos contraentes (CC, art. 481). Os contratos são, sem regra, consensuais. Alguns poucos, no entanto, são reais (do latim *res*: coisa), porque somente se aperfeiçoa depois do consenso e da entrega do bem ao depositário. Enquadram –se nessa classificação, também dentre outros, os contratos de comodato e mútuo.

d) Princípio da *relatividade dos contratos* – Funda-se na idéia de que os efeitos do contrato só se produzem em relação às partes, àqueles que manifestaram a sua vontade, não afetando terceiros. Desse modo, a obrigação, não sendo personalíssima, opera somente entre as partes e seus sucessores, a título universal ou singular. Só a obrigação personalíssima não vincula os sucessores. O aludido princípio comporta, entretanto, algumas *exceções* expressamente consignadas na lei, permitindo estipulações em favores de terceiros, reguladas nos arts. 436 a 438 (comum nos seguros de vida e nas separações judiciais consensuais) e convenções coletivas de trabalho, por exemplo, em que os acordos feitos pelos sindicatos beneficiam toda uma categoria.

e) Princípio da *obrigatoriedade dos contratos* – Representa a força vinculante das convenções. Pelo princípio da autonomia da vontade, ninguém é obrigado a contratar. Os que o fizerem, porém, sendo o contrato válido e eficaz, devem cumpri-lo. Tem por fundamentos: a) *a necessidade de segurança nos negócios* (função social dos contratos), que deixaria de existir se os contratantes pudessem não cumprir a palavra empenhada, gerando a balbúrdia e o caos; b) *a intangibilidade ou imutabilidade do contrato*, decorrente da convicção de que o acordo de vontades faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*), não podendo ser alterado nem pelo juiz. Qualquer modificação ou revogação terá de ser, também, bilateral. O seu inadimplemento confere à parte lesada de fazer uso dos instrumentos judiciários para obrigar a outra a cumpri-lo, ou a indenizar pelas perdas e danos, sob pena de execução patrimonial (CC, art. 389). A única limitação a este princípio, dentro da concepção clássica, é a escusa por caso fortuito ou força maior, consignada no art. 393 e parágrafo único do Código Civil.

f) Princípio da *revisão dos contratos (ou da onerosidade excessiva)* – Opõe-se ao da *obrigatoriedade*, pois permite aos contratantes recorrerem ao Judiciário, para obterem alteração da convenção e condições mais humanas, em determinadas situações. Originou-se na Idade Média, mediante as constatações, atribuída a Neratius, de que fatores externos podem gerar, quando da execução da avença, uma situação muito diversa da que existia no momento da celebração, onerando excessivamente o devedor. A teoria recebeu o nome de *rebus sic standibus*, e consiste basicamente em presumir, nos contratos comutativos, de trato sucessivo e de execução diferida e periódica, a existência implícita (não expressa) de uma *cláusula*, pela qual a obrigatoriedade de seu cumprimento pressupõe a inalterabilidade da situação de fato. Se esta, no entanto,

modificar-se em razão de acontecimentos extraordinários (uma guerra, p. ex.), que tornem excessivamente oneroso para o devedor o seu adimplemento, poderá este requerer ao juiz que o isente da obrigação parcial ou totalmente.

Depois de permanecer longo tempo no esquecimento, a referida teoria foi lembrada no período da I Guerra Mundial de 1914 a 1918, que provocou um desequilíbrio nos contratos de longo prazo. Alguns países regulamentaram a revisão dos contratos em leis próprias. Na França, editou-se a *Lei Faillot*, de 21 de janeiro de 1918. Na Inglaterra, recebeu a denominação de *Frustration of adventure*. Outros acolheram em seus Códigos, fazendo as devidas adaptações às condições atuais. Entre nós, foi adaptada e difundida por Arnaldo Medeiros da Fonseca, com o nome de *teoria da imprevisão*, em sua obra *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. Em razão da forte resistência oposta à teoria revisionista, o referido autor incluiu o requisito *imprevisibilidade*, para possibilitar a sua adoção. Assim, não era mais suficiente a ocorrência de um fato extraordinário, para justificar a alteração contratual. Passou a ser exigido que fosse também *imprevisível*. É por essa razão que os tribunais não aceitam a inflação como causa para a revisão dos contratos. Tal fenômeno é considerado previsível entre nós.

O Código Civil de 1916 não regulamentou expressamente a revisão contratual. Porém, o princípio que permite a sua postulação em razão de modificações da situação de fato foi acolhido em artigos esparsos, como 401, que permitia o ajuizamento de ação revisional de alimentos, se sobrevivesse mudança na fortuna de quem os supria, podendo ser ainda lembrados, como exemplos, os arts. 954 e 1058 do mesmo diploma. Na realidade, a cláusula rebus sic standibus e a teoria da imprevisão eram aplicadas entre nós somente em casos excepcionais e com cautela, desde que demonstrados os seguintes requisitos: a) vigência de contrato comutativo de execução diferida ou trato sucessivo; b) ocorrência de fato extraordinário e imprevisível; c) considerável alteração da situação de fato existente no momento da execução, em confronto com a que existia por ocasião da celebração; d) onerosidade excessiva para um dos contratantes e vantagem exagerada para o outro. Em linha geral, não se aplicam aos contratos aleatórios, porque envolvem um risco, salvo se o imprevisível decorrer de fatores estranhos ao risco próprio do contrato. O Código de 2002 dedicou uma seção, composta de três artigos, à resolução dos contratos por onerosidade excessiva. Dispõe, com efeito, o art. 478 que “nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com a extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”. A resolução poderá ser evitada, “oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”(art. 479). Os requisitos exigidos, portanto, são os mesmos supra-referidos.

Estatui, ainda, o art. 480 do mesmo diploma que “se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”. O aludido dispositivo permite que o pedido não resulte necessariamente na resolução do contrato, mas se converta e um reajuste equitativo da contraprestação. A revisão deve ser escolhida como objetivo preferencial, só admitida pelo juiz a resolução se aquela malograr.

g) Princípio da boa-fé – Exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode

beneficiar-se da própria torpeza. Recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, ser provada por quem a alega. Preceitua o art. 422 do novo Código Civil que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Efeitos jurídicos do descumprimento da função social do contrato

O contrato que não cumpre a sua função social, em um primeiro momento, como negócio jurídico já foi reconhecido por meio da valoração social, gera efeitos jurídicos (atributivos, circulatorios e existenciais), de modo a ter suplantado o estrato da inexistência. Todavia, os efeitos que proporciona acabam sendo nocivos aos operadores contratuais, ou, ao menos, a uma das partes contratantes ou, ainda, à coletividade, esquadrinhando-se no campo da invalidade jurídica (nulidade ou anulabilidade).

Surge, assim, a necessidade de se buscar no seio da doutrina mais especializada, uma solução que se mostre adequada e possibilite que se conclua pela nulidade do negócio contratual que escapa de sua função social. A resposta que se afigura mais adequada é o reconhecimento da nulidade virtual, como uma hipótese aceitável no contexto da teoria da nulidade.

Apesar da imprecisão do conceito de função social do contrato, sabe-se aberto a variações interpretativas frente a um caso concreto.

O Centro de Estudos Judiciários do Conselho Federal de Justiça Federal, realizou a edição de enunciados referentemente a possíveis interpretações do novo Código Civil. No tocante ao art. 421 visualizam-se as seguintes interpretações:

21 - Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito;

22 - Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas;

23 - Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Da leitura dos enunciados acima se pode perceber o reconhecimento pela comunidade jurídica, da importância da função social do contrato refletida como uma cláusula de caráter geral, que gera efeitos de preservação e efetividade do cumprimento de princípios gerais do direito, levando à conservação do contrato e da justiça, eis que propicia a redução do alcance da autonomia da vontade diante de interesses individuais e de terceiros.

Não obstante, a aplicabilidade da função social dos contratos ainda tem se mostrado escassa na jurisprudência. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul percebe-se a utilização da função social dos contratos, embora sua aplicabilidade, num contexto geral, ainda não veio a se efetivar com a abrangência que este princípio deverá alcançar no processo evolutivo do pensamento civil contemporâneo.

**EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE
ABERTURA DE CRÉDITO E CONTRATO DE**

CONFISSÃO DE DÍVIDA. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. INCOMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS GERAIS DA BOA-FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. 1. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada. 2. Novação em se tratando de relação negocial continuada, é perfeitamente possível em se tratando de relação negocial continuada, e perfeitamente possível examinar-se o contrato originário e seus subsequentes, pois se tratam de mera continuidade negocial. 3. Revisão contratual e limitação dos juros. Os juros encontram-se limitados em 12% a.a., não em função da aplicação do art. 192, § 3º da CF, uma vez que o STF já decidiu que esta norma possui eficácia contida, nem da chamada Lei da Usura (Decreto nº 22.626), e sim, pelo art. 51, IV do CDC, bem assim, em razão de toda a legislação pátria que historicamente adotou como parâmetro razoável de juros remuneratórios o percentual de 12% ao ano. 4. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Filio-me a corrente que entende ser o contrato de abertura de crédito e o contrato de confissão de dívida como contratos de adesão, eis que suas cláusulas foram preestabelecidas unilateralmente pela instituição financeira, que é economicamente mais forte, sem que o autor pudesse discutir ou modificar substancialmente o conteúdo destas. 5. Capitalização. Vedada a capitalização dos juros, com base na Súmula 121 do STF. 6. Juros moratórios. O percentual a ser observado é aquele de 6% ao ano, na forma dos artigos 1.062 e 1.262 do CC, quando não houver pactuação. Em havendo disposição expressa acerca dos juros moratórios, esses ficarão em 1% ao mês. 7. Multa. A multa contratual representa o ressarcimento pelo atraso no cumprimento da obrigação e deve ser fixada em 2% sobre o saldo devedor. Preliminar rejeitada. recursos desprovidos.

Neste caso de contrato de abertura de crédito e confissão de dívida, houve a utilização do princípio da função social do contrato ao lado do princípio da boa-fé, como fundamentação do *decisum*. Entendeu-se pela limitação da taxa de juros em doze por cento ao ano, levando-se em conta o previsto pela norma consumeirista.

Como visto, através das cláusulas gerais da boa-fé e da função social do contrato, os julgadores decidiram contrariamente à orientação da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 004-DF, que autorizou as instituições financeiras à cobrança de juros em patamares superiores aos constitucionalmente previstos.

LOCAÇÃO. FIANÇA. IMPENHORABILIDADE. CONTRATO ANTERIOR AS LEIS NS 8.009/90 E 8.245/91 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO FIRMADO ANTERIORMENTE A LEI N. 8.009/90, COM A VIGÊNCIA DESTA. O imóvel residencial do fiador se tornou impenhorável, e não se torna penhorável, porque a Lei nº 8.245/91, posterior também a fiança firmada, e que pelo artigo 82, inseriu o inciso VII no art. 3

da Lei de Impenhorabilidade, exatamente porque se trata de uma exceção, e tem a característica de direito material, prevalecendo, então, a norma da impenhorabilidade que marcou imóvel para residência da família, com base na natureza de direito público e social, não permitindo que haja retroatividade para prejudicar direito adquirido e tão importante para a dignidade da pessoa. Orientação adotada nos EI n° 195028717. Apelo desprovido, por maioria. Voto vencido.

Na decisão supra, se visualiza o princípio da função social do contrato quando os julgadores entenderam pela impenhorabilidade do bem de família do fiador, levando em conta o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os valores existenciais imanentes à habitação como direito fundamental, migram para a relação concreta através do uso de cláusulas gerais, com amplo impacto na leitura da norma infraconstitucional.

Depreende-se da jurisprudência gaúcha, que a função social dos contratos já vem embasando, embora de forma tímida, as decisões.

O que se deve ter em mente é o equilíbrio que se busca entre os princípios da liberdade (autonomia da vontade) e da igualdade (material), ou melhor, o reconhecimento de que tais princípios encontram-se em igualdade hierárquica dentro do ordenamento jurídico vigente.

Nosso regime há de primar pelo equilíbrio evocado pelo conteúdo social positivado no Estado Democrático de Direito moldado na Constituição Brasileira. Liberdade e igualdade concorrem, relativizando-se tópica e axiologicamente, em prol do princípio da dignidade da pessoa humana. Os excessos admissíveis pelos extremos não encontram respaldo em nosso sistema constitucional.

A função social do contrato surge para proporcionar maior equilíbrio nas relações contratuais, tornando-as mais próximas do ideal de justiça, através da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Somente os contratos que cumprem a sua função social são dignos da tutela do Direito.

5. Pressupostos de validade

Os requisitos ou condições de validade dos contratos são de duas espécies: a) de ordem geral, comuns a todos os atos e negócios jurídicos, como a capacidade do agente, o objeto lícito, possível determinados ou determinável, e a forma prescrita ou não defesa em lei (CC, art. 104); b) de *ordem especial*, específico dos contratos: o consentimento recíproco ou acordo de vontades.

A *capacidade* dos contratantes é, pois, o primeiro requisito (condição subjetiva) de *ordem geral* para a validade dos contratos. Estes serão nulos (art 166, I) ou anuláveis (art. 171, I), se a incapacidade, absoluta ou relativa, não for suprida pela representação ou pela assistência.

O *objeto* do contrato há de ser *lícito*, isto é, não atentar contra a lei, a moral ou os bons costumes (condição objetiva). Quando é imoral, os tribunais por vezes aplicam o princípio de direito segundo o qual ninguém pode valer-se da própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Tal princípio é acolhido pelo legislador nos arts. 150, que trata do dolo ou torpeza bilateral, e 883 do Código Civil, que proíbe a repetição do pagamento feito para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.

Além de lícito, o objeto do contrato deve ser também, *possível, determinado ou determinável*. Com efeito, o art. 166, II, do Código Civil, declara nulo o negócio jurídico quando for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto.

A impossibilidade da prestação pode ser *física ou jurídica*. A primeira é a que emana de lei físicas ou naturais. Deve ser absoluta, isto é, atingir a todos, indistintivamente (p. ex., a de colocar a água dos oceanos em um copo d'água). A relativa, que atinge o devedor, mas não as outras pessoas, não constitui obstáculo ao negócio jurídico (CC, art. 106). Impossibilidade jurídica do objeto ocorre quando o ordenamento proíbe negócios a respeito de determinado bem, como a herança de pessoa viva (CC, art. 426), as coisas fora do comércio etc. A ilicitude do objeto é mais ampla, pois abrange os contrários a moral e aos bons costumes. O objeto do contrato, por fim, deve ter algum *valor econômico*. Um grão de areia, por exemplo, não interessa ao mundo jurídico, por não suscetível a apreciação econômica.

O terceiro requisito de validade do negócio jurídico é a forma (*forma dat esse rei*, ou seja, dá ser às coisas). Deve ser a prescrita ou não defesa em lei. Em regra, a forma é livre. As partes podem celebrar o contrato por escrito, público ou particular, ou verbalmente, a não ser nos casos, em que a lei para dar maior segurança e seriedade ao negócio, exija a forma escrita, pública ou particular (CC, art. 107). Em alguns casos a lei reclama também a publicidade, mediante o sistema de Registros Públicos (CC, art. 221).

O requisito de *ordem especial*, próprio dos contratos, é o *consentimento recíproco ou acordo de vontades*. Deve ser livre e espontâneo, sob pena de ter a sua validade afetada pelos vícios ou defeitos do negócio jurídico: erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão, fraude. A manifestação da vontade nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa (CC, art. 111). *Expressa* é a exteriorizada verbalmente, por escrito, gesto e mímica, de forma inequívoca. Algumas vezes a lei exige o consentimento *escrito* como requisito de validade da avença. É o que ocorre na atual lei do Inquilinato(Lei n. 8.245/91), cujo art. 13 prescreve que a sublocação e o empréstimo do prédio locado dependem de consentimento, *por escrito*, do locado. Não havendo na lei tal exigência, vale a manifestação *tácita* que se infere da conduta do agente. Nas doações puras, por exemplo, muitas vezes o donatário não declara que aceita o objeto doado, mas o seu comportamento (uso, posse, guarda) demonstra a aceitação. O *silêncio* pode ser interpretado como manifestação tácita da vontade expressa (CC, art. 111), e, também quando a lei autorizar, como nos arts. 539 (doação pura, 512 (venda a contento), 432 (praxe comercial) etc., ou, ainda, quando tal efeito ficar convencionado a um pré-contrato. Nesses casos o silêncio é considerado *circunstanciado ou qualificado*).

Como o contrato, por definição, é um acordo de vontades e não se admite a existência de *autocontrato* ou *contrato consigo mesmo*. O que há, na realidade, são situações que se assemelham a contrato dessa natureza, como ocorre no cumprimento de *mandato em causa própria*, previsto no art. 685 do Código Civil, em que o mandatário recebe poderes para alienar determinado bem, por determinado preço, a terceiros ou a si próprio. Na última hipótese, aparece apenas uma pessoa ao ato da lavratura da escritura, mas só aparentemente, porque o mandatário está ali também representando o mandante. Este, quando da outorga da procuração, já fez uma declaração de vontade. Preceitua a Súmula n. 60 do Superior Tribunal de Justiça: “É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste”. A razão é que tal situação configura modalidade de contrato consigo mesmo. A propósito, preceitua o art. 117 do novo Código Civil: “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”.

UNIDADE II – FORMAÇÃO CONTRATUAL

2.1- Noções sobre a manifestação da vontade

O contrato tem como substrato elementar a vontade humana, nossa conhecida *voluntas*, que para aperfeiçoar a avença deve externar-se, ou seja, conter uma manifestação bilateral dos contratantes que pode ser expressa, por meio de consentimento escrito ou verbal, ou pode ser tácita quando a lei não exigir que seja expressa.

Segundo Sílvio Rodrigues¹, “a manifestação de vontade é expressa quando se revela através do propósito deliberado, de uma das partes, de externar o seu pensamento em determinado sentido, Pode revelar-se através da palavra, escrita ou oral, como ainda por meio de gestos”.

Já a manifestação de vontade é tácita, quando é inferida da prática de atos positivos e indúvidos do agente, somente compatíveis com o ânimo de aceitar o contrato. Excepcionalmente, tem-se admitido a função vinculadora do silêncio, quando o mesmo contiver manifestação volitiva, capaz de exteriorizar uma vontade contratual. É o que se denomina de silêncio conclusivo, circunstanciado ou qualificado². Vários casos nos são dados pela lei material, quando determina, por exemplo, no artigo 539, que “o doador pode fixar prazo ao donatário para declarar se aceita, ou não, a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça dentro dele a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo”³.

2.2 Negociações preliminares

A formação do contrato dá-se pelo encontro concordante de vontades entre as partes. Isto ocorre quando a oferta emanada pelo proponente é aceita pelo aceitante ou oblato.

No entanto, nem sempre o ajuste se dá instantaneamente, sendo preciso uma laboriosa fase pré-contratual, ou seja, geralmente para a conclusão do contrato, após a proposta e antes da aceitação há uma fase de negociações preliminares, aonde os interessados, de transigência em transigência, vão chegando a um acordo final. Esta fase é chamada por alguns de **fase ou período de pontuação**.

Estas negociações preliminares, em regra, não costumam vincular as partes, de modo que qualquer delas poderá recusar-se a prestar sua anuência definitiva, sem que daí lhe advenha qualquer responsabilidade, salvo nos casos de dolo, ou culpa (negligência ou imprudência) que pode ser apurada para possível indenização por danos incontestavelmente demonstrados, quando houverem, por exemplo, sido efetuadas despesas, alterados planos ou aberto mão de outros negócios da mesma natureza em detrimento do desfeito.

¹ Sílvio RODRIGUES, op. cit., p. 64.

² Sílvio RODRIGUES, op. cit., p. 65 e 66.

³ Washington de Barros MONTEIRO, op. cit., p. 13; ver, ainda, demais exemplos dados à p. 14. Ainda: Maria Helena DINIZ, op. cit., p. 42 e 43.

Admite-se a responsabilização de uma das partes pelo abandono das negociações, ainda, se sua conduta configurar ato ilícito, caso em que se terá uma responsabilidade extracontratual ou aquiliana.

2.3 Proposta ou policitação

a) **Conceito:** A mais tradicional doutrina a conceitua como sendo “uma declaração de vontade, por força da qual uma pessoa propõe a outra a conclusão de um contrato, de tal sorte que a sua perfeição fica unicamente dependente do consentimento desta”⁴. Também é conhecida como oferta.

b) **Características:**

1^a) É uma declaração unilateral de vontade, por parte do proponente (ou policitante), que convida o aceitante (ou oblato) a contratar, apresentando os termos em que pretende fazê-lo.

2^a) É elemento inicial do contrato, devendo ser séria, completa, precisa, clara e inequívoca.

3^a) Deve conter todos os elementos essenciais do negócio jurídico proposto, de forma que à outra parte caiba apenas aceitar ou não.

4^a) É um negócio jurídico receptício, pois possui a força de um querer dependente da declaração do aceitante ou oblato.

5^a) Reveste-se de força vinculante em relação ao que a formula (art. 427 do Cód. Civil). Todavia, a lei abre várias exceções a esta regra, havendo casos em que a proposta deixa de ser obrigatória, quando, por exemplo, resultar dos termos da proposta, ou seja, se contiver cláusula expressa deixando ao proponente o direito de retirá-la; ou as circunstâncias do caso ou a natureza do negócio não permitirem, como acontece com as propostas abertas ao público, que se consideram limitadas ao estoque existente.

Também há as hipóteses do artigo 428 do Código Civil, quais sejam:

“I - Se, feita sem prazo a uma pessoa presente, não foi imediatamente aceita, considerando-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante; II - Se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente (prazo moral); III - Se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado; IV - Se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente”.

A proposta ou oferta ao público pode ser revogada pela mesma via de sua divulgação, desde que contenha previamente esta faculdade (art. 429, parágrafo único do Cód. Civil)

⁴ VON TUHR, apud Miguel Maria de SERPA LOPES, op. cit., vol. III, p. 103.

2.3.1- A oferta no Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) regulamenta, nos arts. 30 a 35, a proposta nos contratos que envolvem relações de consumo. Preceituam eles que deve ser seria, clara e precisa, além de definitiva, como também o exige o Código Civil. Entretanto, no primeiro, a oferta é mais ampla, pois normalmente dirige-se a pessoas indeterminadas. No tocante aos efeitos, também diferem: no regime do Código Civil, a recusa indevida de dar cumprimento à proposta resolve-se em perdas e danos; no Código do Consumidor, dá ensejo à execução específica (arts. 35, I e 84, § 1º), consistindo opção exclusiva do consumidor a resolução em perdas e danos. Além de pode optar por, em seu lugar, “aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente” (II) ou, ainda, por “rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos” (III). O art. 34, por sua vez, estabelece solidariedade entre o fornecedor e seus prepostos ou representantes autônomos.

2.4 Aceitação

a) **Conceito:** Para Sílvia Rodrigues⁵ “aceitação consiste na formulação da vontade concordante do oblato, feita dentro do prazo e envolvendo adesão integral à proposta recebida.”.

b) **Requisitos:**

1º) Não exige obediência a determinada forma, podendo ser expressa ou tácita, salvo nos contratos solenes. O Código Civil estabelece que, se o negócio for daqueles, em que não se exige a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa. No entanto, a doutrina tem ressalvado que neste último caso, para que o silêncio possa produzir os efeitos de uma aceitação, é indispensável que as relações passadas entre os contratantes, ou ajuste entre os mesmos, conduzam a que a inércia de um deles faça presumir aceitação⁶.

2º) Deve ser oportuna, eis que a aceitação fora do prazo importa nova proposta. Outrossim, se a aceitação, por motivos de caso fortuito ou força maior, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos.

3º) Deve corresponder a uma adesão integral à oferta, nos moldes em que foi manifestada, pois a aceitação com restrições, adições, ou modificações, importa nova proposta. Se a oferta for alternativa o aceitante ou oblato deve indicar a sua opção, pois do contrário o ofertante poderá entender que consentiu em qualquer delas.

4º) Deve ser conclusiva, eis que se sujeitar a condição, equivalerá a uma nova proposta, salvo se o policitante já tiver anuído sobre a condição estabelecida.

⁵ Sílvia RODRIGUES, op. cit., p. 70.

⁶ IDEM, p. 72.

Observação: considera-se inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante: inteligência do artigo 433 do Código Civil.

2.5 Conclusão do contrato

A obrigatoriedade do ajuste se perfaz quando não é mais possível a retratação, e o ajuste pode ser cumprido pelas partes sob pena de responsabilidade por perdas e danos. No entanto, o assunto se torna controvertido quando se verifica se a conclusão do contrato se operou entre presentes (*inter praesentes*) ou entre ausentes (*inter absentes*).

Na primeira hipótese, qual seja, a do contrato realizado entre presentes, reputa-se concluído no momento em que o oblato aceitar a proposta, pois a convergência de vontades faz iniciar a produção de efeitos jurídicos.

A dificuldade aparece na hipótese do contrato entre ausentes por correspondência epistolar, ou telegráfica, pois não há consenso doutrinário, e sobre o assunto, existem as seguintes teorias:

1ª) Teoria da informação ou da cognição – Para a qual “o contrato só será considerado formado depois das partes conhecerem a vontade expressa de umas das outras, em sua totalidade – surge o vínculo contratual na ocasião em que o polícitante toma conhecimento da aceitação”⁷.

2ª) Teoria da agnição ou declaração – Parte do princípio de que o contrato se aperfeiçoa no instante em que o aceitante manifesta sua aquiescência à proposta. Subdivide-se nas seguintes subteorias:

- **Subteoria da declaração propriamente dita** – O contrato é concluído no momento que o aceitante redige a carta ou telegrama;

- **Subteoria da expedição** – O contrato se forma desde que a carta ou telegrama é expedido;

- **Subteoria da recepção** – O contrato se efetiva quando a carta ou telegrama chegue às mãos do polícitante.

O Código Civil, seguindo orientação do Código anterior, adotou a teoria da agnição ou declaração, na modalidade da subteoria da expedição. Neste sentido, dispõe seu art. 434 que “os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida. Entretanto, estabelece três exceções: I – Se antes da aceitação ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante (artigo 433); II – Se o proponente se houver comprometido a esperar resposta; III – Se ela não chegar no prazo convencionado”.

2.6 Lugar da celebração do contrato

O artigo 435 do Código Civil é pacífico: “Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto”.

Entretanto, em matéria de direito internacional privado, o art. 9º, § 2º, da LICC, determina que: “a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”.

⁷ Arnaldo RIZZARDO, op. cit., vol. I, p. 84.

2.7 Proibição de pactos sucessórios

Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva (CC, art. 426). Trata-se de regra tradicional e de ordem pública, destinada a afastar os *pacta corvina ou votum captandae mortis*. A sua inobservância torna *nulo* o contrato e razão da impossibilidade jurídica do objeto. O nosso ordenamento só admite duas formas de sucessão *causa mortis*: a legítima e a testamentária. O dispositivo em questão afasta a *sucessão contratual*. Apontam-se no entanto, três exceções: a) é permitido aos nubentes dispor, no pacto antenupcial, a respeito da recíproca e futura sucessão; b) podem os pais, por ato entre vivos, partilhar o seu patrimônio entre os descendentes (art, 2.108); c) admite-se a estipulação, no pacto antenupcial, de doações para depois da morte do doador.

2.8- Interpretação dos contratos

Proclama o art. 114 do Código Civil que “os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente”. *Benéficos* ou *gratuitos* são os que envolvem uma liberalidade: somente um dos contratantes se obriga, enquanto o outro apenas auferir um benefício. A doação pura constitui o melhor exemplo dessa espécie. Devem, ter interpretação estrita porque representam renúncia de direitos. Não só a lei, mas o contrato deve ser interpretado. Muitas vezes a execução exige a interpretação de suas cláusulas, nem sempre muito claras. A vontade das partes exterioriza-se por meio de sinais ou símbolos, dentre os quais as palavras. Nos contratos escritos, a análise do texto (interpretação *objetiva*) conduz, em regra, à descoberta da intenção das partes. Parte-se, portanto, da declaração escrita para se chegar à vontade dos contratantes (interpretação *subjetiva*), alvo principal da operação. Quando, no entanto, determinada cláusula mostra-se obscura, passível de dúvida, e um dos contratantes demonstra que não representa com fidelidade a vontade manifestada por ocasião da celebração da avença, deve-se considerar como verdadeira esta última, pois art. 112 do Código civil declara que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que no sentido literal da linguagem”. Portanto, o Código Civil brasileiro deu prevalência à *teoria da vontade* sobre a *declaração*.

Dois princípios não de ser sempre observados, na interpretação do contrato. O primeiro, é o da **boa-fé**. Deve o intérprete presumir que os contratantes procedem com lealdade e que tanto a proposta como a aceitação foram formuladas dentro do que podiam e deviam eles entender razoavelmente, segundo a regra da boa-fé. Declara o art. 422 do Código Civil que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidades e boa-fé. Esta, portanto, se presume; a má-fé, ao contrario, deve ser provada. Preceitua ainda o art. 113 do mesmo diploma que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. O segundo princípio é o da **conservação do contrato**. Se uma cláusula contratual permitir duas interpretações diferentes, prevalecerá a que possa produzir algum efeito, pois não se deve supor que os contratantes tenham celebrado um contrato carecedor de qualquer utilidade.

Além dos dispositivos já mencionados, o Código Civil contém outros, que também estabelecem regras sobre interpretação de determinados negócios:

- a) quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente (art. 423);
- b) a transação interpreta-se restritivamente (art. 843);

- c) a fiança não admite interpretação extensiva(art. 819);
- d) sendo a cláusula testamentária suscetível de interpretações diferente, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador (art. 1.889).
- e) O Código de Defesa do Consumidor tem um único dispositivo sobre interpretação dos contratos: “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”(art. 47) . O dispositivo em destaque aplica-se a todos os contratos que tenham por objeto relações de consumo e harmoniza-se com o espírito do referido diploma, que visa à proteção do hipossuficiente , isto é, do consumidor , visto que as regras que ditam tais relações são, em geral, elaboradas pelo fornecedor.

Alguns critérios técnicos podem ser observados, no tocante à interpretação dos contratos:

- a) a melhor maneira de se apurar a intenção dos contratantes é verificar o modo pelo qual o vinham executando, de comum acordo;
- b) deve-se interpretar o contrato na dúvida, da maneira menos onerosa para o devedor (princípio da *extrema ratio*);
- c) as cláusulas contratuais não devem ser interpretadas isoladamente, mas em conjunto com as demais;
- d) nos contratos de adesão, a interpretação das cláusulas duvidosas deve ser feita sempre em favor dos aderentes.

UNIDADE III- CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

Segundo Sílvio Rodrigues⁸, a classificação "é um procedimento lógico, por meio do qual, o analista encara um fenômeno determinado, grupando suas várias espécies conforme se aproximem ou se afastem uma das outras". Classificar significa conceituar as suas várias espécies ou formas, com o fim de acentuar as suas semelhanças e diferenças visando facilitar a inteligência do problema em estudo. Sua importância reside nos fins didáticos

Um mesmo fenômeno pode ser classificado de diversas maneiras, conforme o ângulo que se coloca o observador. A doutrina de contratos diverge nos critérios de classificação, porém, são unânimes em apresentar as espécies definidas neste estudo. Este trabalho adota a classificação apresentada pela professora Maria Helena Diniz⁹ por entender que se trata da mais completa e didática.

Os contratos classificam-se em diversas modalidades, subordinando-se a regras próprias ou afins , conforme as categorias em que se agrupam. Dividem-se, quanto aos *efeitos*, em: a) unilaterais, bilaterais e plurilaterais; b) gratuitos e onerosos. Os últimos subdividem-se em comutativos e aleatórios, e estes em aleatórios por natureza e acidentalmente aleatórios; quanto à *formação*, em paritários, de adesão e contratos – tipo; quanto ao *momento de sua execução*, em de execução instantânea, diferida e de trato sucessivo (ou em prestações); quanto ao agente, em a) personalíssimos (*intuitu personae*) e impessoais; b) individuais e coletivos; quanto ao *modo por que existem* , em principais, acessórios (adjetos) e derivados e subcontratos; quanto à *forma*, em : a) solenes (formais) e não solenes (de forma livre); e b) consensuais e reais; quanto ao *objeto*, em preliminares (*pactum de contrahendo*) e definitivos; e quanto à *designação*, em nominados (típicos), inominados (atípicos), mistos e coligados.

⁸ Sílvio RODRIGUES, op. cit., p. 27.

⁹ Maria Helena DINIZ, op. cit., p. 78/100.

I- Quanto à natureza

a) **Contratos unilaterais:** são assim denominados tendo em vista não as partes do contrato, mas seus efeitos, ou as obrigações assumidas. Desta forma, quando apenas uma das partes contratantes assume uma obrigação frente a outra, não havendo contraprestação, temos um contrato unilateral. Orlando Gomes¹⁰ nos ensina que não devemos confundir a bilateralidade da obrigação contratual com a bilateralidade do consentimento, pois a primeira é relativa à eficácia do ato negocial, e a segunda à sua formação (que pode ser, inclusive, plurilateral).

Nestes tipos de contratos apesar de requererem duas ou mais manifestações de vontade (são sempre bilaterais ou plurilaterais quando vemos apenas as partes), colocam um só dos contraentes na posição de devedor o(s) outro(s) como credor(es). São exemplos dados pela doutrina: a doação pura e simples, o depósito, o comodato, o mútuo e o mandato.

b) **Contratos bilaterais:** também neste caso a bilateralidade decorre dos efeitos; só que desta vez ambos os contraentes são simultaneamente credores e devedores um do outro. A característica principal desta espécie de contrato é a "sinalagma", ou seja, esta dependência recíproca de obrigações, gerando direitos para ambas as partes contratantes. Daí a denominação "Contratos Sinalagmáticos" ou "contratos de prestações correlatas".

Orlando Gomes¹¹, aduz que a dependência recíproca pode ser "genérica", se existe desde a formação do contrato, ou "funcional" se surge em sua execução o cumprimento da obrigação por uma parte acarretando o da outra. Exemplos: o contrato de compra e venda, o contrato de sociedade, o de locação predial, de troca, e outros.

A orientação de Sílvio Rodrigues¹² para evitar confusões acerca da terminologia "contratos bilaterais", extraída de alguns doutrinadores estrangeiros, é o uso das expressões "contratos com prestações correspectivas" (adotado pelo Código Civil italiano) ou "contratos com prestações recíprocas".

Pode ocorrer com o depósito e o comodato quando, por exemplo, surgir para o depositante e o comodante, no decorrer da execução, a obrigação de indenizar certas despesas realizadas pelo comodatário e pelo depositário. O contrato bilateral imperfeito subordina-se ao regime dos contratos unilaterais, porque aquelas contraprestações não nascem com a avença, mas de fato eventual, posterior à sua formação, não sendo, assim, consequência necessária de sua celebração.

***Importância prática desta distinção:**

A cláusula resolutiva tácita e a exceção do contrato não cumprido (*exceptio inadimpleti contractus*) somente se prende ao contrato bilateral (artigos 474 a 477 do Código Civil).

Preceitua o art. 476 do Código Civil que "nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro". Significa dizer que qualquer dos contratantes pode utilizar-se da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), para recusar a sua prestação, ao fundamento de que o demandante não cumpriu a que lhe competia. Como, nos contratos bilaterais, as prestações são recíprocas, estando a obrigação de um dos contraentes

¹⁰ Orlando GOMES, op. cit., p. 72.

¹¹ Orlando GOMES, op. cit., p. 71.

¹² Sílvio RODRIGUES, op. cit., p. 29.

atrelada à do outro, aquele que não satisfaz a própria não pode exigir o implemento da do outro. Se o fizer, o último oporá, em defesa, a referida exceção, fundada na equidade, desde que as prestações sejam *simultâneas*. Quando sucessivas, não pode ser oposta pela parte a que caiba o primeiro passo. Se não foi estipulado o momento da execução, entendem-se *simultâneas* as prestações. Se *ambas mostram-se inadimplentes*, impõe-se a resolução do contrato, com restituição das partes à situação anterior. Se um deles cumpriu apenas em parte, ou de forma defeituosa, a sua obrigação, quando se comprometera a cumpri-la integral e corretamente, cabível se torna a oposição, pelo outro, da exceção do contrato parcialmente cumprido (*exceptio non rite adimpleti contractus*). Na realidade, a primeira abrange a segunda.

Como decorrência do princípio da autonomia da vontade, admite-se a validade de cláusula contratual que restrinja o direito das partes utilizarem do aludido art. 476. Trata-se da cláusula *solve et repete*, pela qual obriga-se o contratante a cumprir a sua obrigação, mesmo diante do descumprimento da do outro, resignando-se a posteriormente, voltar-se contra este, para pedir o cumprimento ou as perdas e danos. Importa em renúncia ao direito de opor a exceção do contrato não cumprido. Não é muito comum, sendo encontrada em alguns contratos administrativos, para proteger a Administração. Nas *relações de consumo* deve ser evitada, em razão da cominação da nulidade a toda cláusula que coloque o consumidor em desvantagem exagerada (CDC, art. 51).

Ainda como consequência da reciprocidade das prestações existente nos contratos bilaterais, o art. 477 do Código Civil prevê uma *garantia de execução* da obrigação a prazo, nos seguintes termos: “ Se, depois de concluído o contrato, sobreviver 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 ”. procura-se acautelar os interesses do que deve pagar em primeiro lugar, protegendo-o contra alterações da situação patrimonial do outro contratante.

Por sua vez, o art. 475 do mesmo diploma admite o reconhecimento do inadimplemento como *condição resolutive*, proclamando: “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”. Por isso se diz que todo contrato bilateral contém uma *cláusula resolutive tácita*. Será expressa, se a convenção estabelecer a revogação do contrato pelo inadimplemento (CC, art. 474). Verifica-se, do exposto, que o contratante pontual pode, ante o inadimplemento do outro, tomar, a seu critério, três atitudes, uma passiva e duas ativas: a) permanecer inerte e defender-se, caso acionado, com a *exceptio non adimpleti contractus*; b) ou pleitear a resolução do contrato, com perdas e danos, provando o prejuízo sofrido; c) ou, ainda, exigir o cumprimento contratual, quando possível a execução específica (CPC, arts. 461 e parágrafos, e 639 a 641).

c) Contratos plurilaterais são os contratos que contêm mais de duas partes. Na compra e venda, mesmo que haja vários vendedores e compradores, agrupam-se eles em apenas dois pólos: o ativo e o passivo. Se um imóvel é locado a um grupo de pessoas, a avença continua sendo bilateral, porque todos os inquilinos encontram-se no mesmo grau. Nos contratos plurilaterais (os *plúrimos*), temos várias *partes*, como ocorre no contrato de sociedade, em que cada sócio é uma parte. Assim também nos contratos de consórcio. Uma característica dos contratos plurilaterais é a rotatividade de seus membros.

d) **Contratos onerosos:** são aqueles que trazem vantagens para ambas as partes contratantes, pois em compensação a um sacrifício patrimonial, corresponde um proveito almejado. Há uma equivalência. Exemplo: na compra e venda o comprador dispõe do dinheiro em proveito da aquisição do bem, já o vendedor dispõe do bem em proveito da importância recebida.

d) **Contratos gratuitos:** também denominados contratos benéficos, eles oneram somente uma das partes, proporcionando à outra uma vantagem sem qualquer contraprestação. Exemplos: doação pura e simples, depósito, mútuo sem retribuição, e outros.

Orlando Gomes¹³ ressalta que o sacrifício do contratante nem sempre importa em diminuição patrimonial, como nas doações; é o caso do comodato, ou do mútuo ou no de fiança. E emenda, ainda, que a vantagem auferida nos contratos gratuitos, seja do contratante ou de terceiro, é irrelevante.

Observação: É opinião dos doutrinadores que, em geral, os contratos onerosos são bilaterais e os gratuitos unilaterais, porém, exceções existem como por exemplo o mútuo sujeito à obrigação de restituir a quantia mutuada (contrato unilateral) e ao pagamento de juros (contrato oneroso).

Há ainda contratos tidos por alguns escritores como de natureza mista; são os que podem ser ora onerosos, ora gratuitos, conforme as circunstâncias que se encontram. É o caso do depósito, do mandato e do mútuo.

***Importância prática desta distinção:**

1) O erro sobre a pessoa será mais grave no contrato benéfico do que no oneroso, salvo nas prestações de serviços ou encomendas de obras artísticas.

2) Os contratos benéficos interpretam-se restritivamente (art. 114 do Cód. Civil)

3) Nos contratos onerosos o contraente responderá pelos vícios redibitórios e pela evicção, o que não acontece nos contratos benéficos, exceto nas doações com encargo;

4) Os contratos gratuitos podem ser anulados pela ação pauliana, independentemente de má-fé, ao passo que para se anularem os contratos onerosos, será mister que o devedor esteja em estado de insolvência e que isto seja conhecido da outra parte (artigos 158 e 159 do Cód. Civil)

5) A teoria do risco (perdas por caso fortuito ou força maior) só se aplica aos contratos onerosos pois somente nestes é que há a necessidade de apurar qual dos contraentes sofrerá as consequências da perda. Nos contratos gratuitos responde por simples culpa o contraente a quem o contrato aproveite, e por dolo a quem não favoreça (art. 392 do Código Civil). Já nos contratos onerosos responde cada uma das partes por culpa.

¹³ Orlando GOMES, op. cit., p. 73.

e) **Contratos comutativos:** são aqueles onerosos e bilaterais em que cada contraente, além de receber do outro prestação relativamente equivalente a sua, pode verificar esta equivalência de imediato, ou seja, no momento da formação do vínculo contratual. Esta equivalência de valores deve ser certa, determinada e definitiva e geralmente insuscetíveis de variação durante o implemento do contrato, salvo, é claro, os riscos independentes do contrato.

Para Orlando Gomes¹⁴ esta equivalência de prestações é de caráter subjetivo, visto que cada contraente é juiz de suas conveniências e interesses. Como exemplo, Maria Helena Diniz¹⁵, menciona o contrato de compra e venda onde o vendedor sabe que receberá o preço estipulado na medida de seu interesse, e o comprador, que lhe será transferido o domínio da coisa que pretendeu adquirir.

f) **Contratos aleatórios:** ao contrário dos contratos comutativos, caracterizam-se pelo fato de que a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida e suscetível de estimativa prévia¹⁶, e a equivalência é de valoração subjetiva, pois está atrelado a um evento futuro e incerto: a “álea”, derivado do latim “aleatorium” que designa tudo o que se prende ao acaso ou ao jogo da sorte ou do azar.¹⁷ Assim acontece com o seguro, as loterias e as apostas, onde uma das partes está sujeita a perder ou a ganhar em razão de um acontecimento incerto.

Os contratos *aleatórios*, caracterizam-se pela incerteza para as duas partes, sobre as vantagens e sacrifícios que lhes pode advir. É que a perda ou lucro dependem de um fato futuro e imprevisível. Ou vocábulo *aleatório* é originado do latim *aler*, que significa sorte, risco, acaso. São exemplos dessa subespécie os contratos de jogo, aposta e seguro. Já se disse que o contrato de seguro celebra é comutativo, porque o segurado o celebra para se acobertar contra qualquer risco. No entanto, para seguradora é sempre aleatório, pois o pagamento ou não da indenização depende de um fato eventual.

Os exemplos citados são de contratos *aleatórios* por natureza. Há, porém, contratos tipicamente comutativos, como a compra e venda, que, em razão de certas circunstâncias tornam-se aleatórios. Denominam-se contratos *acidentalmente aleatórios* e são de duas espécies: a) venda de coisas futuras; é b) venda de coisas *existentes* mais expostas a risco. Nos que tem por objeto coisas futuras, o risco pode referir-se: a) própria existência da coisa; é e b) própria quantidade do risco respectivamente a própria existência da coisa trata o artigo 458 do Código Civil, nestes termos: “Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não existir um dos contratantes assumam ter ao outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir”. Tem-se a hipótese *empatio spei* ou *venha da esperança*, isto é dá probabilidade de as coisas ou fatos existirem. Caracteriza-se, por exemplo, quando alguém vende a colheita futura declarando que “a venda ficará perfeita e acabada haja ou não safra, não cabendo ao comprador o direito de reaver o preço pago se, em razão de geada ou outro imprevisto, a safra inexistir”.

O artigo 459 cuida do risco respectivamente a *quantidade* maior ou menor da coisa esperada (*empatio rei* *esperatai* ou venda da coisa esperada): “Se for aleatório, por serem objeto dele coisas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade, terá também direito o alienante a todo o preço, desde que de sua

¹⁴ Orlando GOMES, op. cit., p. 74.

¹⁵ Maria Helena DINIZ, op. cit., p. 84.

¹⁶ Caio Mário da Silva PEREIRA, op. cit., p. 40

¹⁷ De Plácido e SILVA, “Vocabulário Jurídico”, 18^a ed., São Paulo: Forense, 2001, p. 53

parte não tiver concorrido culpa ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior a esperada”. Aduz o parágrafo único: “Mas se da coisa nada vier a existir, alienação não haverá, e o alienante restituirá o preço recebido” Assim, se o risco da aquisição da safra futura limitar-se a sua *quantidade*, pois deve ela existir, o contrato fica nulo se nada puder ser colhido. Porém se vem a existir alguma quantidade, por menor que seja o contrato deve ser cumprido, tendo o vendedor direito a todo preço ajustado.

A venda de coisas já existentes mas sujeitas a perecimento ou depreciação é disciplinada no art. 460, como segue: “Se for aleatório o contrato, por se referir a coisas existentes, mas expostas a risco, assumido pelo adquirente, terá igualmente direito o alienante a todo preço, posto que a coisa já não existisse, em parte, ou todo, no dia do contrato”. Cita-se, como exemplo, a venda de mercadoria que está sendo transportada em alto-mar por pequeno navio, cujo risco de naufrágio o adquirente assumiu. É válida, mesmo que a embarcação já tenha sucumbido na data do contrato. Se, contudo, o alienante sabia do naufrágio, a alienação pode ser anulada, como dolosa, pelo lesado (art. 461).

***Importância prática desta distinção**

1) Nos comutativos as partes já sabem quais serão as contraprestações estipuladas o que não acontece nos aleatórios, que devido à intervenção do risco, torna-se indeterminada a extensão das prestações, que depende de um evento casual, incerto ou desconhecido, podendo até falhar;

2) Os vícios redibitórios e a evicção só se referem aos contratos comutativos: artigo 441 e 447 do Código Civil;

3) As arras não se justificam nos contratos aleatórios;

4) A rescisão contratual por lesão só se aplica aos contratos comutativos.

*g) **Contratos paritários**: são aqueles em que as partes contratantes discutem todos os termos do ato negocial antes de pactuarem. Há a manifestação livre da vontade dos contraentes, que se colocam em igualdade. Este contrato traz a manifestação clara do princípio da autonomia da vontade.

h) **Contratos por adesão** (ou contratos de adesão): ao contrário dos contratos paritários, nesta modalidade de contrato não há liberdade de convenção, uma das partes se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente impressas pelo outro.

R. Limongi França¹⁸ prefere conceitua-lo como "aquele em que a manifestação da vontade de uma das partes se reduz a mera anuência a uma proposta da outra". As partes contratantes são denominadas polícitante (o que oferece o contrato) e oblato (o que aceita o contrato com o seu teor) e têm as seguintes características: a) possuem uniformidade, predeterminação e rigidez na oferta (ou nas cláusulas, como preferir); b) possuem proposta permanente e geral, ofertada a quem se interessar pelos serviços; c) pressupõem aceitação pura e simples do oblato, não aceitando condições; d) advém da superioridade econômica de um dos contraentes, que desfruta de um monopólio de fato ou de direito; e) suas cláusulas são fixadas unilateralmente pelo polícitante.

Não se pode olvidar, pelas disposições acima, que diante da vasta contratação em massa, característica da sociedade moderna de consumo em que vivemos, esta é a

¹⁸ Apud, Maria Helena DINIZ, op. cit., p. 90.

modalidade mais comum de contratação, a exemplo dos transportes e do contrato de fornecimento, a ponto do legislador do atual diploma civil a ela dedicar dispositivos específicos na parte introdutória da teoria geral dos contratos.

Trata-se dos artigos 423 e 424 do novo Código, que trazem para a esfera civil disciplinamentos adotados pelo microsistema do Código de Defesa do Consumidor (respectivamente, artigos 47 e 51, I), com a finalidade de estender a proteção que já dispunham os consumidores, aos contratantes de modo geral, que, agora, podem expressar sua vontade de modo refletido, pois “a liberdade de contratar será exercida em razão dos limites da função social do contrato”, como bem expressa o artigo 421 ao inaugurar o capítulo dos contratos em geral.

i) O contrato-tipo (também denominado contrato de *massa*, em *série* ou por *formulários*) aproxima-se do contrato de adesão porque é apresentado por um dos contraentes, em fórmula impressa ou datilografada, ao outro que se limita a subscrevê-lo. Mas dele difere porque não lhe é essencial a desigualdade econômica dos contratantes, bem como porque admite discussão sobre seu conteúdo. As cláusulas não são impostas por uma parte à outra, mas apenas pré-redigidas. Em geral, são deixados claros, a serem preenchidos pelo concurso de vontades, como ocorre em certos contratos bancários, que já vêm impressos, mas com espaços em branco no tocante a taxa de juros, prazo e condições do financiamento a serem estabelecidos no comum acordo. Ademais, os contratos de adesão são endereçados a um número indeterminado e desconhecido de pessoas, enquanto os contratos-tipo destinam-se a pessoas ou grupos identificáveis. Podem ser acrescentadas, às impressas, cláusulas datilografadas ou manuscritas. Estas só serão consideradas revogadas por aquelas se houver incompatibilidade ou contradição entre elas, caso em que prevalecerão as últimas. Não havendo, coexistirão.

II Quanto à forma

a) **Contratos consensuais**: também denominados não solenes ou de forma livre, pois não impõem qualquer forma especial para a sua celebração. Para a sua formação basta o acordo das partes, não há necessidade de nenhum outro ato, a não ser na anuência das partes. Exemplos: compra e venda de bens móveis, locação, parceria rural, mandato e outros.

b) **Contratos formais**: são os contratos solenes, sua forma não é livre, pois para que seja celebrado a lei determina a forma que deve ter, e se não for rigorosamente observada no negócio feito, este não terá existência, tampouco validade. Exemplos: na compra e venda de imóveis é necessária a escritura pública e a transcrição no registro imobiliário; as doações devem estar sob a forma escrita por instrumento público ou particular; a fiança só será feita por escrito, etc.

Ressalte-se que os contratos não-solenes podem ser promovidos a solenes por vontade das partes, quando estipularem que o mesmo não valerá sem o instrumento público (artigo 109 do Código Civil).

c) **Contratos reais**: para que sejam efetivados é indispensável a entrega da coisa por um contraente ao outro, ou seja, só se estabelece o vínculo contratual com a tradição

do bem, sem a qual há apenas a promessa de contrato e não o contrato perfeito e acabado. São exemplos: o comodato, o mútuo, o penhor e a anticrese, o depósito e outros.

III Em relação à designação

a) **Contratos nominados ou típicos:** são os que possuem denominação legal e própria, servindo de base para fixar os esquemas, modelos ou tipos de regulamentação específica. Estão previstos e são regulados na lei onde têm um padrão definido. O atual Código Civil Brasileiro rege e esquetematiza vinte tipos desta espécie de contratos.

b) **Contratos inominados ou atípicos:** são os que não são previstos ou disciplinados de modo expesso no Código ou em leis extravagantes, mas, criados pela fantasia ou pelas necessidades dos interessados. Gradativamente vão surgindo, em geral, pela fusão de dois ou mais tipos de contratos legalmente previstos, em que se acrescentam elementos particulares, desde que não contrariem a lei e os bons costumes, em virtude do princípio da autonomia da vontade e da doutrina do número *apertus*, onde as relações contratuais se desenvolvem. Como exemplos¹⁹, temos cessão de clientela, a troca de uma coisa por obrigação de fazer, o contrato de locação de caixa forte, o contrato de hospedagem e outros. Seus princípios são encontrados de forma indireta nos artigos 421 e 425 do nosso Diploma Substantivo, e há previsão expressa de sua existência no artigo 425. A doutrina assim os caracteriza: 1) Uso das Regras Gerais, aplicáveis a todos os contratos; 2) Interpretação pela vontade das partes que se afirmou ou foi declarada; 3) Aplicação subsidiária das disposições aplicáveis ao contrato nominado com o qual venha a oferecer maior analogia.

Assim, os contratos *nominados* são os que têm designação própria. *Inominados* são os que não a têm. O Código Civil disciplina vinte contratos nominados como os de compra e venda, de doação, de locação etc., havendo outros em leis especiais. Contratos *típicos* são os regulados pela lei, os que têm seu perfil nela traçado. Não é o mesmo contrato nominado, embora costumam ser estudados em conjunto porque todo contrato nominado é típico e vice-versa. Contratos *atípicos* são os que resultam de um acordo de vontades, não tendo, porém as suas características e requisitos definidos e regulados na lei. Para que sejam válidos basta o consenso, que as partes sejam livre e capazes e o seu objeto lícito, possível, determinado, ou determinável e suscetível de apreciação econômica. Preceitua o art. 425 do novo Código Cível que “é lícito às partes estipular contratos atípicos”, observadas as normas gerais nele fixadas. O contrato típico não requer muitas cláusulas, pois passam a integrá-lo todas as normas regulamentadoras estabelecidas pelo legislador. Já o contrato atípico exige uma minuciosa especificação dos direitos e obrigações de cada parte, por não terem uma disciplina legal.

O contrato *misto* resulta da combinação de um contrato típico com cláusulas criadas pela vontade dos contratantes. Deixa se ser um contrato essencialmente típico, mas não se transforma em outro totalmente atípico. A mencionada combinação gera uma nova espécie contratual, não prevista ou regulada na lei. Constitui, pois, contrato *único* ou unitário. O contrato *coligado* não se confunde com o misto, pois constitui uma pluralidade, em que vários contratos celebrados pelas partes apresentam-se interligados. Quando o elo entre eles consiste somente no fato de constarem do mesmo instrumento, não existe propriamente coligação de contratos. Esta passa a existir quando a reunião é

¹⁹ Maria Helena DINIZ, op. cit., p. 95.

feita com *dependência*, isto é, com um contrato relacionado ao outro, por se referirem a um negócio complexo. Apesar disso, conservam a individualidade própria, distinguindo-se, nesse ponto, do misto. Como exemplo é citado o contrato celebrado pelas distribuidoras de petróleo com os exploradores de postos de gasolina, que engloba, em geral várias avenças interligadas, como fornecimento de combustíveis, arrendamento das bombas, locação de prédios, financiamento etc.

IV Quanto ao objeto

a) **Contratos preliminares:** aqueles que visa a realização de um contrato definitivo, logo, gera para os contratantes uma obrigação de fazer, ou seja, manifestar a sua vontade no momento adequado. Lembra-nos Sílvia Rodrigues²⁰ que “o contrato preliminar não gera os efeitos produzidos pelo ajuste definitivo, ou então, provoca apenas alguns desses efeitos, conforme o desejem as partes.” Exemplo clássico: compromisso particular de compra e venda, onde as partes promete, reciprocamente, que ultimarão, no prazo estipulado, o contrato definitivo. O atual Código Civil, lhe dedicou atenção especial ao lhe propiciar capítulo específico: artigos 462 a 466 que serão estudados pormenorizadamente no capítulo 12 deste livro.

b) **Contratos definitivos:** aqueles que têm por objeto criar vários tipos de obrigações para os contraentes. Exemplo: a compra e venda compromissada no contrato preliminar.

Contrato *preliminar* ou *pactum de contrahendo* é o que tem por objeto a celebração de um contrato definitivo. Tem, portanto, um único objeto. O contrato *definitivo* tem objetos diversos, de acordo com a natureza de cada um. Na compra e venda, por exemplo, as prestações, que constituem o seu objeto, são a entrega da coisa e o pagamento do preço. O contrato preliminar é, também, denominado *pré-contrato*. Quando tem por objeto a compra e venda de um imóvel, é denominado a promessa de compra e venda, ou *compromisso de compra e venda*, se irrevogável e irrevogável. Quando gera obrigações para apenas uma das partes (promessa unilateral), chama-se *opção*. Na opção de venda, por exemplo, o vendedor obriga-se a vender ao comprador determinado bem, sob certas condições. Mas este reserva-se a faculdade de realizar o negócio ou não. Não assume, pois, nenhuma obrigação. Na opção de compra, a opção é negócio jurídico bilateral. Mas, nos efeitos e contrato unilateral.

Prescrevia o art. 1.088 do Código Civil de 1916: “Quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuído nos arts. 1.095 e 1.097”. O aludido dispositivo permitia, pois, o arrependimento por qualquer das partes, enquanto não assinado o instrumento público mas apenas o contrato preliminar (pacto de *contrahendo*), sujeitando-se, porém, ao pagamento das perdas e danos. Permitia, assim, que muitos loteadores, utilizando-se do direito de se arrependerem, deixassem de outorgar a escritura definitiva e optassem por pagar perdas e danos ao compromissário comprador, estipuladas geralmente sob forma de devolução do preço em dobro, com intenção de revender o lote com lucro.

Com o advento do Decreto-Lei n. 58/37, passou a ser irrevogável e a conferir direito real ao comprador o compromisso que estabelecesse expressamente o direito ao arrependimento, desde que levado ao registro imobiliário. No silêncio do compromisso,

²⁰ Sílvia RODRIGUES, op. cit., p. 40.

pois, quanto ao arrependimento, a regra passou a ser a irretratabilidade, ao contrário do que dispunha o citado art. 1.088. A Lei n. 649, de 11 de março de 1949, deu nova redação ao art. 22 daquele decreto-lei (posteriormente modificado pela Lei n. 6.014, de 27-12-1973), estendendo tal proteção aos imóveis não loteados. A *Lei do Parcelamento do Solo Urbano* (Lei n. 6.766, de 19-12-1979), *derrogou* o Decreto-Lei n. 58/37, que hoje se aplica somente aos loteamentos rurais. O art. 25 da referida lei declara irretratáveis e irrevogáveis os compromissos de compra e venda de imóveis loteados. Qualquer cláusula de arrependimento, nesses contratos ter-se-á, pois, por não escrita. Em se tratando de imóvel não loteado, lícito afigura-se convencionar o arrependimento, afastando-se, com isso, a constituição do direito real. Mas a jurisprudência não em admitindo-se o exercício dessa faculdade se o cumprimento do compromisso já foi iniciado.

O Superior Tribunal de Justiça permite a propositura de ação de adjudicação compulsória mesmo não estando registrado o compromisso de compra e venda irretratável e irrevogável. Quanto aos imóveis loteados, dispõe o art. 26 da Lei n. 6.766/79 que o negócio pode ser celebrado por instrumento *particular* ou *público*. No tocante aos não loteados, tem sido admitida, também, a forma particular. A autorização do cônjuge é indispensável, por consistir em alienação de bem imóvel sujeita à adjudicação compulsória.

O Código Civil de 2002 dedicou uma seção ao contrato preliminar (arts. 462 a 466), exigindo que contenha todos os requisitos do contrato definitivo, salvo quanto à forma, e seja levado ao registro competente. Esta última providência tem a finalidade de assegurar o registro do contrato definitivo, pois o art. 639 do Código de Processo Civil, que disciplina a execução das obrigações de fazer, não exige o registro do contrato para o comprador ter direito de obter do juiz uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

c) Contrato com pessoa a declarar

A disciplina do contrato com pessoa a declarar, ou nomear, é uma das inovações do Código Civil de 2002, cujo art. 467 assim dispõe: “No momento da conclusão do contrato, pode uma das partes reservar-se a faculdade de indicar a pessoa que deve adquirir os direitos e assumir as obrigações dele decorrentes”. Trata-se de avença comum nos compromissos de compra e venda de imóveis, nos quais o promissário comprador reserva-se a opção de receber a escritura definitiva ou indicar terceiro para nela figurar como adquirente. A referida cláusula é denominada *pro amico eligendo*. Tem sido utilizada para evitar despesas com nova alienação, nos casos de bens adquiridos com propósito de revenda, com simples intermediação do que figura como adquirente. Feita validamente, a pessoa nomeada adquire os direitos e assume as obrigações do contrato com efeito retroativo (art. 469).

A aceitação da pessoa nomeada não será eficaz se não se revestir da mesma forma que as partes usaram para o contrato (art. 468, parágrafo único). O contrato terá eficácia somente entre os contratantes originários se não houver indicação e pessoa, se o nomeado se recusar a aceitá-lo ou era incapaz ou insolvente e a outra pessoa desconhecia essa circunstância no momento da indicação (arts. 470 e 471).

Importância prática desta classificação:

Possuem efeitos diferenciados, pois o contrato preliminar gera uma obrigação de fazer: manifestação de vontade em momento adequado, e seu inadimplemento gera, em regra, direito apenas a perdas e danos, o que não acontece nos contratos definitivos, que

ficam sujeitos às regras de rescisão contratual, uma vez que violam direitos do outro contraente.

V Quanto ao tempo de sua execução

a) **Contratos de execução imediata:** são os que se resolvem num só instante, através de uma única prestação. Ex: compra e venda de uma coisa à vista, troca, etc.

b) **Contratos de execução continuada:** também denominados de execução diferida ou sucessiva, são os que se prolongam no tempo através da prática ou abstenção de atos reiterados, e, se resolvem num espaço mais ou menos longo de tempo. Exigem soluções periódicas, até que, pelo implemento de uma condição, ou decurso de um prazo, chegue ao seu termo final. Os pagamentos não extinguem a obrigação, que continua, por vontade das partes. Por exemplo, no contrato de locação a prestação do aluguel só libera as partes da dívida correspondente àquele período, mas o vínculo contratual permanece até ocorrer uma causa extintiva; semelhantes termos são os contratos de fornecimento de mercadorias.

c) **Contratos de de execução diferida** são os que devem ser cumpridos também em um só ato mas em momento futuro (entrega, em determinada data, do objeto alienado, p. ex.) *Contratos de trato sucessivo ou de execução continuada* são os que se cumprem por meio de atos reiterados prestação de servidos e compra e venda a prazo, p. ex.). É importante essa classificação porque: a) o princípio da onerosidade excessiva só se aplica aos contratos de execução continuada; b) o da simultaneidade das prestações só se aplica aos de execução instantânea; e c) nestes, a nulidade ou resolução por inadimplemento reconduz as partes ao estado anterior, enquanto nos de execução continuada são respeitados os efeitos produzidos, não sendo possível restituí-las ao *statu quo ante*.

*Importância prática desta classificação:

1) A nulidade do contrato de execução contínua não afeta os efeitos já produzidos;

2) A Teoria da Imprevisão só recai sobre os contratos de execução continuada, sendo inaceitável nos contratos de execução imediata;

3) A rescisão unilateral do contrato de execução continuada só será aceita excepcionalmente, se não estiver convencionado por tempo indeterminado;

4) O não cumprimento de prestação vencida, no contrato de execução continuada, de caráter bilateral, não anulará as prestações já realizadas, se forem autônomas, gerando assim seus efeitos *ex nunc*. O credor será ressarcido do prejuízo, na medida do não cumprimento das obrigações do devedor;

5) A prescrição de ação resolutiva do contrato de execução contínua, por inadimplemento, corre separadamente de cada uma das prestações, e a prescrição do direito de receber cada prestação não depende das anteriores como das posteriores;

6) O cumprimento simultâneo das prestações só poderá ser exigido no contrato de execução imediata;

7) A impossibilidade de execução dos contratos sucessivos, liberando uma das partes também liberará a outra, por haver obrigações recíprocas; assim, se houver perda da coisa alugada, a locação não poderá sobreviver. Já nos contratos de execução imediata, pode ocorrer que a exoneração de um dos contratantes não acarrete a do outro, como na mora do comprador.

VI Quanto à pessoa do contraente

a) **Contratos pessoais ou *intuitu personae***: são os que a pessoa de um contraente é tida pelo outro como elemento determinante de sua consecução, pois influencia decisivamente no consentimento do interessado, para que as obrigações contratuais sejam cumpridas especificamente por ele, em virtude de sua habilidade particular, competência, idoneidade, etc.

b) **Contratos impessoais**: são os que a pessoa do contratante é indiferente juridicamente. Não interessa quem cumpra a obrigação, e sim, que ela seja cumprida.

Conseqüências práticas desta distinção:

1) São intransmissíveis, não podem ser feitos por outra pessoa, por isso com o óbito do devedor se extingue a obrigação, pois os sucessores não poderão cumprir a prestação que era personalíssima;

2) Não podem ser cedidos, se substituído devedor ter-se-á a celebração de novo contrato;

3) São anuláveis, quando houver erro essencial sobre a pessoa do contratante.

VII Considerados reciprocamente

a) **Contratos principais**: são os que podem existir independente de qualquer outro, exercendo sua função e finalidade por si mesmos.

b) **Contratos acessórios**: são os que objetivam assegurar a execução de outro contrato do qual dependem, portanto sua existência jurídica supõe a do principal. Ex: a fiança (acessório), visa garantir a locação (principal), assim aquela não existirá sem esta.

c) **Contratos derivados ou subcontratos** são os que têm por objeto direitos estabelecidos em outro contrato, denominado básico ou principal sublocação e subempreitada, p. ex.). Têm em comum com os acessórios o fato de que ambos são dependentes de outro. Diferem, porém, pela circunstância de o derivado participar da própria natureza do direito versado no contrato-base. Nessa espécie de avença um dos contratantes transfere o terceiro, sem se desvincular, a utilidade correspondente à sua posição contratual. O locatário, por exemplo, transfere ao terceiro, sem se desvincular, a utilidades correspondente à sua posição contratual. O locatário, por exemplo, transfere ao terceiro os direitos que lhe assistem , mediante a sublocação. O contrato de locação não se extingue. E os direitos do locatário, que continua vinculado ao locador.

Princípios fundamentais que os regem:

1) A nulidade, o perecimento e a extinção da obrigação principal acarretará a das acessórias, mas o contrário não é verdadeiro.

2) A prescrição da obrigação principal acarretará a dos direitos acessórios, mas a recíproca também não é verdadeira.

VIII Quanto ao número de partes

a) **Contratos singulares**: ou individuais, são aqueles formados por pessoas cujas vontades são individualmente consideradas. Não expressa a singularidade da parte,

como se de cada lado da relação contratual tivesse apenas um estipulante, mas sim a individualização das vontades dos contraentes. Nada impede, por exemplo, que um grupo de pessoas contrate com outro grupo, desde que, na constituição, a emissão de vontades de cada indivíduo se faça presente na celebração²¹.

b) **Contratos coletivos:** aqueles vinculados a uma coletividade, com abstração feita do consentimento individual de cada um dos membros desta coletividade, dado diretamente ou por procurador. Não se consideram as vontades dos interessados, tomadas individualmente, mas leva-se em conta decisão de um grupo para se estabelecer a relação contratual; assim, a decisão da maioria sobreleva-se a decisão minoritária. É o caso da Convenção Coletiva de Trabalho tratada no artigo 611 da Consolidação das Leis do Trabalho.

UNIDADE IV- EFEITOS DOS CONTRATOS EM RELAÇÃO À TERCEIROS

a) Da Estipulação em favor de terceiro

1- Conceito:

“Há estipulação em favor de terceiro quando em um contrato, estabelecido entre duas pessoas, pactua-se que o benefício dele decorrente, no todo ou em parte, reverterá em proveito de terceiro, que lhe é totalmente estranho”²²

2- Requisitos subjetivos:

a) um “estipulante”, aquele que convencionou em benefício de terceiro; b) um “promitente”, que se obriga a uma prestação perante o estipulante; e c) um “beneficiário”, que é o terceiro alheio à formação do vínculo contratual”.

3- Requisitos objetivos:

a) objeto lícito e possível; b) vantagem patrimonial, gratuita ou não ao beneficiário; c) forma livre.

4- Efeitos:

a) **Relações entre estipulante e promitente:** trata-se de um vínculo contratual típico, na qual a obrigação é do promitente e o estipulante pode exigí-la (art. 436 do Código Civil), só podendo exonerá-lo se no contrato não houver cláusula que dê ao beneficiário o direito de reclamar a execução da promessa. Pode, ainda, expressamente, reservar-se ao direito de substituir o beneficiário por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, independentemente da anuência do promitente (art. 438, parágrafo único do Código Civil).

b) **Relações entre promitente e beneficiário:** só aparecem na fase de execução do contrato, quando o terceiro passa a ser credor, desde que o contrato, por ele aceito, o permita, e enquanto o estipulante não inovar os termos do ajuste (art. 436, parágrafo único do Código Civil). O promitente não pode opor, como compensação ao terceiro, o crédito que ele tiver contra o estipulante.

²¹ Arnaldo RIZZARDO, “Contratos”, vol. I, Rio de Janeiro: Aide, 1988, p. 128.

²² Miguel Maria de SERPA LOPES, op. cit., vol. III, p. 137

c) **Relações entre estipulante e beneficiário:** o estipulante tem o poder de substituir o beneficiário e poderá, também, liberar o devedor promitente, salvo se expressamente consignou o direito do beneficiário de reclamar a execução do contrato (art. 437 do Código Civil). Daí decorre que a aceitação do terceiro consolida o direito, tornando-o irrevogável.

b) *Promessa de fato de terceiro*

1 Conceito:

É um contrato onde uma pessoa se compromete a obter prestação de fato de terceiro, alheio e não participante dele, mas que, após o seu consentimento, assumirá sua posição contratual na fase de execução.

2 Requisitos subjetivos:

a) um “promitente”, aquele que convencionou obter prestação de fato de um terceiro; b) um “credor”, que receberá a prestação do terceiro, conforme prometida pelo promitente, e c) um “terceiro”, alheio à formação do vínculo contratual, mas que deverá executar a prestação final”.

3 Requisitos objetivos:

a) a promessa é de obrigação de fazer; b) o objeto deve ser lícito e possível; c) forma livre.

4 Efeitos:

a) **Relação entre promitente e credor:** trata-se de um vínculo contratual típico, na qual a obrigação é do promitente e o credor, em caso de inadimplemento, terá direito ao ressarcimento por perdas e danos (art. 439 do Código Civil). A responsabilidade pelo descumprimento não existirá se o terceiro for o cônjuge do promitente, dependendo da sua anuência o fato a ser praticado, e desde que, pelo regime de casamento, a indenização, de algum modo, venha a recair sobre seus bens (parágrafo único do art. 439 do Cód. Civil)

Na promessa de fato de terceiro qual a consequência do descumprimento por parte do terceiro que aceitou a obrigação de fazer, não sendo este esposo do promitente e qual a consequência para o promitente?

b) **Relação entre promitente e terceiro:** o promitente, na qualidade de devedor, tem que conseguir uma obrigação de fazer: o consentimento do terceiro em executar o contrato. Se isto se der, ele ficará exonerado, pois haverá o adimplemento contratual.

c) **Relação entre credor e terceiro:** só aparecem na fase de execução do contrato, afinal, com o consentimento do terceiro em cumprir o fato que foi prometido, ele retira o promitente da relação contratual que passa a ser, deste momento em diante, entre ele e o credor.

5 Diferenças entre promessa de fato de terceiro e estipulação em favor de terceiro:²³

²³ Maria Helena DINIZ, op. cit., p. 112.

1) na execução contratual, a terceira pessoa só se obrigará se der sua anuência, caso contrário, nenhuma obrigação terá.

2) o credor será sempre o mesmo, com direito a opor exceção pelo descumprimento contratual ao promitente até o consentimento do terceiro, e após este consentimento, contra este último.

3) os dois devedores são sucessivos e não simultâneos.

4) na estipulação, a prestação é criada em favor de terceiro, sem qualquer ônus para ele, ao passo que no contrato por terceiro se tem por objeto torná-lo obrigado pela prestação.

UNIDADE V- VÍCIOS REDIBITÓRIOS

1 CONCEITO

Vícios redibitórios são defeitos ocultos em coisa recebida em virtude de contrato comutativo, que a tornam imprópria ao uso a que se destina, ou que lhe diminuam o valor. A coisa defeituosa deve ser enjeitada pelo adquirente (CC, art. 441). Este tem, contudo, a opção de ficar com ela e reclamar abatimento no preço (art. 442). Essas regras aplicam-se aos *contratos bilaterais e comutativos*, em geral translativos da propriedade, como os comutativos são espécies de contrato (614 e 615). Como os comutativos são espécies de contratos *onerosos*, não incidem elas sobre os gratuitos, como as doações puras, pois o beneficiário da liberalidade, nada tendo pago, não tem porque reclamar (art. 552). O código ressalva, porém, a sua aplicabilidade às doações onerosas, até o limite do encargo (art. 441, parágrafo único). Embora tal diploma nada mencione sobre as *doações remuneratórias*, tal omissão não exclui, entretanto, a responsabilidade pelos vícios redibitórios nessas hipóteses, por não haver liberalidade pura, mas onerosidade até o valor dos servidos remunerados (CC, ART. 540)

2 FUNDAMENTO JURÍDICO

O fundamento da responsabilidade pelos vícios redibitórios encontra-se no *princípio de garantia*, segundo o qual todo alienante deve assegurar ao adquirente, a título oneroso, o uso da coisa por ele adquirida e para os fins a que é destinada. Se o bem contém defeitos ocultos, não descobertos em um simples e rápido exame exterior, o adquirente, destinatário da garantia, pode enjeitá-lo ou pedir abatimento no preço. A *ignorância dos vícios* pelo alienante não o exime da responsabilidade, salvo se esta foi expressamente excluída, de comum acordo. Se os contraentes podem excluí-la, podem, também, ampliar ou restringir os limites da garantia (p.ex., aumentando ou diminuindo o valor a ser restituído ao adquirente que enjeitar a coisa defeituosa) Se o alienante não conhecia o vício, ou o defeito, isto é, se agiu de boa-fé, tão-somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato. Mas se agiu de má-fé, porque conhecia o defeito, além de restituir a coisa portadora de defeito, por ter ocorrido o seu *pericimento* (morte do animal adquirido, p. ex.), a responsabilidade do alienante subsiste, se o fato decorrer de vício oculto, já existente ao tempo da tradição (art. 444). No exemplo

citado, o adquirente terá de provar que o vírus da doença que vitimou o animal já se encontrava encubado, quando da sua entrega.

Dispõe o art. 445, § 2º, do no Código Civil que “tratando-se de venda de animais, os prazos de garantia por vícios ocultos serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, pelos usos locais, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente se não houver regras disciplinando a matéria”. Preceitua o § 1º do citado dispositivo que “quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens moveis; e de um ano, para os imóveis.”

3 AÇÕES EDILÍCIAS

O art. 422 do Código Civil deixa duas alternativas ao adquirente: a) rejeitar a coisa, rescindindo o contrato e pleiteando a devolução do preço pago, mediante ação *reibiditória*; ou b) conserva-la, malgrado o defeito, reclamando, porém, abatimento no preço, pela ação *quanti minoris* ou *estimatória*. Entretanto, o adquirente não pode exercer a opção, devendo propor, necessariamente, ação reibiditória, Ana hipótese do art. 444, quando ocorre perecimento da coisa em razão do defeito oculto. As referidas ações recebem a denominação de *edilícias*, em alusão aos *edis curules*, que atuavam junto aos grandes mercados, na época do direito romano, em questões referentes à resolução do contrato ou ao abatimento do preço. Os prazos para o ajuizamento das referidas ações são *decadenciais*: trinta dias, se relativas a bem móvel, e um ano, se relativas a imóvel, contados, nos dois casos, da *tradição*. Se o adquirente já estava na posse do bem, o prazo conta-se da alienação, reduzidos à metade (art. 445). Podem os contraentes, no entanto, ampliar convencionalmente o referido prazo. É comum a oferta de veículos, por exemplo, com prazo de garantia de um ou dois anos. Segundo prescreve o art. 446 do Código Civil, “não ocorrerão os prazos do artigo antecedente na constância de clausula de garantia; mas o adquirente deve denunciar o defeito ao alienante nos trinta dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência”.

A jurisprudência vem admitindo duas exceções à regra de que os referidos prazos contam-se da tradição: a primeira, quando se trata de maquinas sujeiras a *experimentação*; a segunda, nas vendas de *animais*. Quando uma maquina é entregue, sujeitas a ajustes técnicos, o prazo decadencial conta-se do seu perfeito funcionamento e efetiva utilização. No caso de animal, conta-se da manifestação dos cento e oitenta dias (art. 445, § 1º). É que o período de incubação do agente nocivo é, às vezes, superior ao prazo legal, contando da tradição. Se um primeiro objeto é substituído por outro, porque tinha defeito, o prazo para redibir o contrato conta-se da data da entrega do segundo.

Não cabem tais tipos de ações, nas hipóteses de *coisas vendidas conjuntamente*. O defeito oculto de uma delas não autoriza a rejeição de todas (CC, art. 503). Só a defeituosa pode ser restituída e o seu valor deduzido do preço, salvo se formarem um todo inseparável (uma coleção de livros, p.ex.).

A entrega de coisa diversa da contratada não configura vicio redibitório, mas inadimplemento contratual, respondendo o devedor por perdas e danos (CC, art. 389). Igualmente não o caracteriza o *erro quanto às qualidades essenciais do objeto, que é de natureza subjetiva*, pois reside na manifestação de vontade. Dá ensejo ao ajuizamento da ação anulatória, no prazo decadencial de quatro anos (art. 178, II). O vício redibitório é erro objetivo sobre a coisa, que contém um defeito oculto. O seu fundamento é a obrigação que a lei impõe a todo alienante de garantir ao adquirente o uso da coisas. Provado o defeito oculto, não facilmente perceptível, cabem as ações

edelícias, sendo decadencial e exíguo, como visto, o prazo para a propositura (trinta dias e um ano). Se alguém adquire um relógio que funciona perfeitamente, mas não é de ouro, como o adquirente imaginava (e somente por essa circunstância o comprou), trata-se de erro quanto à qualidade essencial do objeto. Se, no entanto, o relógio é mesmo de ouro mas não funciona por causa do defeito de uma peça interna, a hipótese é de vício reidibitório.

4 -REQUISITOS

Os requisitos para a verificação dos vícios reidibitórios, no Código Civil, são os seguintes: a) que a coisa tenha sido recebida em virtude de contrato *comutativo*, ou de doação *onerosa, ou remuneratória* (v. n. 25.1, *retro*); b) que os defeitos sejam *ocultos*, não se configurando quando facilmente verificáveis com um rápido exame e diligência normal; c) que existam ao *tempo da alienação* e que perdurem até o momento da reclamação, não respondendo o alienante pelos supervenientes; d) que sejam *desconhecidos* do adquirente, presumindo-se, se os conhecia, que renunciou à garantia; e) que sejam *graves*, a ponto de prejudicar o uso da coisas ou diminuir-lhe o valor (a esterilidade de touro adquirido como reprodutor, o excessivo aquecimento do motor do veículo nos aclives, p. ex), não sendo assim considerandos os de somenos importância.

5. DISCIPLINA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Quando uma pessoa adquire um veículo, com defeitos, de um particular, a reclamação rege-se pelas normas do Código Civil. Se, no entanto, adquire-o de um comerciante estabelecido nesse ramo, pauta-se pelo Código de Defesa do Consumidor. Este diploma considera vícios reidibitórios tanto os defeitos ocultos como também os aparentes ou de fácil constatação. Os prazos são decadenciais. Para vícios *aparentes* em produto *não durável* (mercadoria alimentícia p. ex.), o prazo para reclamação em juízo é de trinta dias; e de noventa dias, em produto *durável*, contados a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços. obsta, no entanto, à decadência, a reclamação comprovada formulada perante o fornecedor, até resposta negativa e inequívoca. Em se tratando de vícios *ocultos*, os prazos são os mesmos, mas a sua contagem somente se inicia no momento em que ficarem evidenciados (CDC, art. 26 e parágrafos).

Os fornecedores, quando efetuada a reclamação direta, têm o prazo máximo de *trinta dias* para sanar o vício. Não o fazendo, o prazo decadencial, que ficara suspenso a partir da referida reclamação, volta a correr pelo período restante, podendo o consumidor exigir, alternativamente: a) a substituição do produto; b) a restituição da quantia paga, atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; ou c) o abatimento proporcional do preço. O prazo mencionado pode ser reduzido, de comum acordo, para o mínimo de sete dias, ou ampliado até o máximo de cento e oitenta dias (CDC, art. 18, §§ 1º e 2º).

UNIDADE VI - EVICÇÃO

1. CONCEITO E FUNDAMENTO JURÍDICO

Evicção é a perda da coisa em virtude de sentença judicial, mas também admite-se por decisão administrativa, que atribui a outrem por causa jurídica preexistente ao contrato. Funda-se no mesmo *princípio de garantia* sem que se assenta a teoria dos vícios reidibitórios. Nesta, o dever do alienante é garantir o uso e gozo da coisa, protegendo o adquirente contra os defeitos ocultos. Mas essa garantia estende-se também aos *defeitos do direito* transmitido. O art. 447 do Código Civil prescreve que, nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção, subsistindo esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública. Será ele obrigado a resguardar o adquirente dos riscos da perda da coisa para o terceiro, por força de decisão judicial em que fique reconhecido que aquele não era o legítimo titular do direito que convencionou transmitir.

Essa perda denomina-se evicção, palavra derivada do latim *evincere*, que significa *ser vencido*. Há, na evicção, três personagens: o *alienante*, que responde pelos riscos da evicção; o *evicto*, que é o adquirente vencido na demanda movida por terceiro; e o *evictor*, que é o terceiro reivindicante e vencedor da ação. A responsabilidade decorre da lei e independe, portanto, de previsão contratual. Mesmo que o contrato seja omissivo a esse respeito, ela existirá *ex vi legis*, em todo contrato *oneroso*, pelo qual se transfere o *domínio*, posse ou uso. Pode decorrer, assim, tanto de ações petitórias como de possessórias, pois o citado art. 447 não prevê nenhuma limitação. Em regra, pois inexistente responsabilidade pela evicção nos *contratos gratuitos* (art 552), salvo se se tratar de doação *modal* (onerosa ou gravada de encargo)

2. EXTENSÃO DA GARANTIA

Sendo uma garantia legal, a sua extensão é estabelecida pelo legislador. Ocorrendo a perda da coisa, em ação movida por terceiro, o adquirente tem o direito de voltar-se contra o alienante, para ser ressarcido do prejuízo. As verbas devidas estão especificadas no art. 450 do Código Civil e abrangem, além da *restituição integral* do preço ou das quantias que pagou: a) a indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir; b) a das despesas dos contratos e dos prejuízos que resultarem diretamente da evicção; e c) as custas e os honorários do advogado por ele constituído. Na realidade, o ressarcimento deve ser amplo e completo, como se infere da expressão *prejuízos que resultarem diretamente da evicção*, incluído-se as despesas com sisa, lavratura registro de escritora, juros e correção monetário.

Subsiste para o alienante a obrigação de ressarcir referidos prejuízos ainda que a coisa alienada esteja *deteriorada*, exceto havendo dolo do adquirente (CC, art. 451). Mas, se este tiver auferido vantagens das deteriorações (vendendo material de desde demolição, p. ex.), serão deduzidas da verba a receber, a não ser que tenha sido condenado a indenizar o terceiro reivindicante (art. 452). No tocante às *benfeitorias* feitas na coisa, o evicto, como qualquer possuidor, tem direito a ser indenizado das necessárias e úteis, pelo reivindicante (arts. 453 e 1.219). Contudo, se lhe foram abonadas (pagas pelo reivindicante) e tiverem sido feitas, na verdade, pelo alienante, o valor delas será levado em conta na restituição devida (art. 454).

Podem as partes, por cláusula expressa, *reforçar* (impondo a devolução do preço em dobro, p. ex.) ou *diminuir* a garantia (permitindo a devolução de apenas uma parte), e até mesmo *excluí-la* (art 448). Não obstante a existência de tal cláusula, se a evicção se der, tem direito o evicto a recobrar o preço que pagou pela coisa evicta, se não soube do risco da evicção, ou, dele informado, não o assumiu (art. 449). A cláusula de irresponsabilidade, por si só, isto é, desacompanhada da ciência da existência de reivindicatória em andamento, exclui apenas a obrigação do alienante de indenizar todas as demais verbas, mencionadas ou não no art. 459, ms não a de restituir o preço recebido. Para que fique exonerado também desta última, faz-se mister, além, da cláusula de irresponsabilidade, que o evicto tenha sido informado do risco da evicção e o assumido, renunciando à garantia.

Em caso de *evicção parcial*, mas com perda da parte considerável da coisa, poderá o evicto optar entre a rescisão do contrato e a restituição da parte do preço correspondente ao desfalque sofrido. Se, por exemplo, o evicto adquiriu cem alqueires de terra perdeu sessenta, pode optar por rescindir o contrato, ou ficar com o remanescente, recebendo a restituição da parte do preço correspondente aos sessenta alqueires que perdeu. Se não for considerável a evicção, caberá somente o direito a indenização do valor da coisa, na época em que se evenceu, e proporcional ao desfalque sofrido no caso de evicção parcial (art. 450, parágrafo único). Desse modo o preço dos sessenta alqueires será calculado pelo valor do tempo da celebração do contrato.

3. REQUISITOS DA EVICÇÃO

São os seguintes:

- a) *Perda total ou parcial da propriedade*, posse ou uso da coisa alienada.
- b) *Onerosidade da aquisição* (v.n. 27, retro).
- c) *Ignorância, pelo adquirente, da litigiosidade da coisa* (art 457). Se a conhecia, presume-se ter assumido o risco de a decisão ser desfavorável ao alienante.
- d) *Anterioridade do direito do evictor*. O alienante só responde pela perda decorrente de causa já existente ao tempo da alienação. Se lhe é posterior, nenhuma responsabilidade lhe cabe. É o caso da *desapropriação* efetuada pelo poder público. A causa da perda surgiu após a transmissão do direito. No entanto, se já havia sido expedido decreto de desapropriação antes da realização do negócio, responde o alienante pela evicção, ainda que a expropriação tenha-se efetivado posteriormente, porque a causa da perda é anterior ao contrato e o adquirente não tinha meios de evitá-la. Se, por outro lado, o imóvel adquirido está na posse de terceiro, que adquire o domínio pela usucapião, não cabe ao alienante ressarcir o adquirente, porque competia a este evitar a consumação da prescrição aquisitiva, a menos que ocorresse em data tão próxima da alienação que se tornasse impossível ao evicto impedi-la.
- e) *Denúnciação da lide* ao alienante. Somente após a ação do terceiro contra o adquirente é que este poderá agir contra aquele. Dispõe o art. 456 do Código Civil, que “para poder exercitar o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores, quando e como lho determinarem as leis do processo”.

Faz-se a notificação por meio da *denúncia da lide* (CC, art.456, parágrafo único; CPCP, art. 70, n. I), para que o alienante, no mesmo processo da lide principal travada entre o reivindicante e o primeiro A sentença julgará as duas e, se julgar procedente a ação, declarará o direito do evicto (CPC, art. 76). Podem ocorrer denúncias sucessivas, se o bem passou por diversos adquirentes. Não atendendo o alienante à denúncia da lide, e sendo manifesta a procedência da evicção, pode o adquirente deixar de oferecer contestação, ou usar de recursos (art. 456, parágrafo único). Em razão dos termos peremptórios do art. 456 citado, tem-se decidido que, se não for feita a denúncia da lide, o adquirente não poderá mais exercer o direito decorrente da evicção. Verificada esta, não direito à indenização, pois o aludido dispositivo impede o ajuizamento de *ação autônoma de evicção* por quem foi parte no processo em que ela ocorreu. Há, porém, outra corrente que sustenta a admissibilidade da ação autônoma, como indenização pela prática de verdadeiro ilícito, fundada no princípio que veda o enriquecimento sem causa (RJTSP, 117:130, 131:121; STF-RTJ, 59:43). Tal ação é, hoje, de ser admitida quando a evicção ocorre em processo sumário, porque proibida a denúncia em processo que tramita por esse rito. Entendimento contrário apenaria indevidamente o adquirente com a perda do direito decorrente da evicção. A jurisprudência tem admitido a ação autônoma da evicção, independentemente de sentença e de denúncia, quando o evicto não foi parte na ação originária, não tendo, assim, oportunidade de denunciar a lide ao alienante, como nas hipóteses de apreensão de veículo furtado, devolvido à vítima, e de apreensão de bens contrabandeados. O adquirente se vê privado do bem, sem ter tido a oportunidade de denunciar a lide ao alienante, porque a perda decorreu de ato administrativo, e não de sentença proferida em regular processo (RT, 696: 123, 732:245). Essa orientação foi reforçada pelo fato de o art. 457 do novo Código Civil não reproduzir a exigência feita pelo art. 1.117 do diploma de 1916 de que a perda tenha decorrido de sentença judicial.

UNIDADE VII-DA EXTINÇÃO DO CONTRATO

1. MODO NORMAL DE EXTINÇÃO

Os contratos, como os negócios jurídicos em geral, têm também um ciclo vital: nascem do acordo de vontades, produzem os efeitos que lhe são próprios e extinguem-se. A extinção dá-se, em regra, pela *execução*, seja instantânea, diferida ou continuada. O cumprimento da prestação libera o devedor e satisfaz o credor. Este é o meio *normal* de extinção do contrato. Comprova-se o pagamento pela *quitação* fornecida pelo credor, observados os requisitos exigidos no art. 320 do Código Civil (v. n. 10.2, retro).

1.1. EXTINÇÃO SEM CUMPRIMENTO

Algumas vezes o contrato extingue-se antes de ter alcançado o seu fim, ou seja, sem que as obrigações tenham sido cumpridas. Várias causas acarreta, essa extinção anormal. Algumas são *anteriores ou contemporâneas* à formação do contrato; outras, *supervenientes*.

1.2 CAUSAS ANTERIORES E CONTEMPORÂNEAS

As causas anteriores ou contemporâneas à formação do contrato são: a) defeitos decorrentes do não-preenchimento de seus requisitos subjetivos (capacidade das partes e livre consentimento), objetivos (objeto lícito, possível, determinado ou determinável) e formais (forma prescrita em lei), que afetam sua validade, acarretando a *nulidade absoluta* ou relativa (*anulabilidade*); b) implemento de cláusula resolutiva expressa ou tácita; e c) exercício do *direito de arrependimento* convencionado.

a) *Nulidade absoluta e relativa* – A primeira decorre de transgressão a preceito de ordem pública e impede que o contrato produza efeitos desde a sua formação (*ex tunc*). A *anulabilidade* advém de imperfeição da vontade: ou porque emanada de um relativamente incapaz não assistido (prejudicando o interesse particular de pessoa que o legislador quis proteger), ou porque contém algum dos vícios do consentimento, como erro, dolo, coação etc. Como pode ser sanada e até mesmo não argüida no prazo prescricional, não extingue o contrato enquanto não se mover ação que a decreta, sendo *ex nunc* os efeitos da sentença.

b) *Cláusula resolutiva* – Pode ser *expressa*, quando convencionada para as hipóteses de inadimplemento, ou *tácita*. Em todo contrato bilateral ou sinalagmático presume-se a existência de uma cláusula resolutiva tácita, autorizando o lesado pelo inadimplemento a pleitear a resolução do contrato, com perdas e danos (CC, art. 475). Segundo dispõe o art. 474 do mesmo diploma, a expressa opera de pleno direito, e a tácita depende de interpelação *judicial*. Em ambos os casos, a resolução deve ser judicial. No primeiro, a sentença tem efeito meramente declaratório e *ex tunc*, pois a resolução dá-se automaticamente, no momento do inadimplemento: no segundo, tem efeito desconstitutivo, dependendo da interpelação judicial.

c) *Direito de arrependimento* – Quando expressamente previsto no contrato, autoriza qualquer das partes a reincidir o ajuste, mediante declaração unilateral da vontade, sujeitando-se à perda do sinal, ou à sua devolução em dobro (v. art. 420). Deve ser exercido no prazo convencionado ou antes da execução do contrato, se nada foi estipulado a esse respeito, pois o inadimplemento deste importará renúncia tácita àquele direito.

1.3 CAUSAS SUPERVENIENTES À FORMAÇÃO DO CONTRATO

Verifica-se a dissolução do contrato em função de causas posteriores à sua criação por: a) *resolução*, como consequência de seu inadimplemento *voluntário*, *involuntário* ou *por onerosidade excessiva*; b) *resilição*, pela vontade de um ou de ambos os contratantes; c) morte de um dos contratantes, se o contrato for *intuitu personae*; e d) *rescisão*, modo específico de extinção de certos contratos.

a) *Resolução* – A resolução por *inexecução voluntária* decorre de comportamento culposo de um dos contraentes com prejuízo ao outro. Produz efeitos *ex tunc*, extinguindo o que foi executado e obrigando a restituições recíprocas, sujeitando ainda o inadimplente ao pagamento de *perdas e danos e da cláusula penal*, convencionada para o caso de total inadimplemento da prestação (compensatória), em garantia de alguma cláusula especial ou para evitar o retardamento (moratória),

conforme os arts. 475 e 409 a 411 do Código Civil. Entretanto, se o contrato for de *trato sucessivo* (de prestação de serviços de transporte, p. ex.), a resolução não produz efeito em relação ao pretérito, não se restituindo as prestações cumpridas. O efeito será, nesse caso, *ex nunc*. A resolução pode decorrer, no entanto, de *inexecução involuntária*, ou seja, de fatos inevitáveis, alheios à vontade das partes, denominados *caso fortuito ou força maior*, que impossibilitam o cumprimento da obrigação. A impossibilidade superveniente há de ser objetiva (não referente à própria pessoa do devedor), total e definitiva. O inadimplente não fica, nesse caso, responsável pelo pagamento de perdas e danos, salvo se expressamente se obrigou a ressarcir os prejuízos resultantes do caso fortuito ou força maior, ou se estiver em mora (CC, arts. 393 e 399). A *onerosidade* excessiva, proveniente de acontecimento extraordinário e imprevisível, pode acarretar, também, a *resolução* do contrato, por se considerar, por se considerar subentendida, nos contratos comutativos e de execução diferida ou continuada, a cláusula *rebus sic stantibus* (v. CC, art. 478, e n.4, f, *retro*). Poderá o juiz reajustar as prestações, tão-somente reduzindo o valor da obrigação, ou exonerar totalmente o devedor.

b) *Resilição* – A resilição não deriva de inadimplemento contratual, mas unicamente da manifestação de vontade, que pode ser *bilateral* ou *unilateral*. A resilição bilateral denomina-se *distrato*, que é o acordo de vontades que tem por fim extinguir um contrato anteriormente celebrado (v. n, 10.2, *retro*). A *unilateral* pode ocorrer somente em determinados contratos, pois regra é a impossibilidade de um contraente romper o vínculo contratual por sua exclusiva vontade. Alguns contratos, no entanto, por sua própria natureza, podem ser dissolvidos unilateralmente. Tal ocorre com os de execução continuada, celebrados por prazo indeterminado (prestação de serviços, fornecimento de mercadorias etc.) Nesses casos, a resilição denomina-se *denúncia*. Podem ser mencionados ainda, como exemplos, os de mandato, comodato e depósito. No primeiro, a resilição denomina-se *revogação* ou *renúncia*, conforme a iniciativa seja, respectivamente, do mandante ou do mandatário. Na enfiteuse, ocorre o *resgate* (CC/ 1916, art. 693), como modo de liberação unilateral do ônus real. A resilição unilateral independe de pronunciamento judicial e produz somente efeitos *ex nunc*, não retroagindo.

Dispõe o art. 473 do novo Código Civil que “a resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permitia, opera mediante denúncia notificada à outra parte”. Se, porém, dada à natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, “a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido o prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos” (parágrafo único).

c) *Morte de um dos contratantes* – Tal fato só acarreta a dissolução dos contratos personalíssimos (*intuitu personae*), que não poderão ser executados pela morte daquele em consideração do qual foi ajustado. Subsistem as prestações cumpridas, pois seu efeito opera-se *ex nunc*.

d) *Rescisão* – Entre nós, o referido termo é usado como sinônimo de resolução e de resilição. Deve ser empregado, no entanto, para as hipóteses de dissolução de determinados contratos, como aqueles em que ocorreu lesão ou que foram celebrados em *estado de perigo*. A primeira é um defeito do negócio jurídico que se configura quando alguém obtém um lucro exagerado, desproporcional, aproveitando-se da inexperiência ou da situação de necessidade do outro contratante (CC, art. 157). O estado de perigo assemelha-se à anulação pelo vício da coação e caracteriza-se quando a avença é celebrada em condições desfavoráveis a um dos contraentes, em

situação de extrema necessidade, conhecida da outra parte (art. 156). Os efeitos da sentença retroagem à data da celebração do contrato, em ambos os casos, Destarte, a parte que recebeu fica obrigada a restituir.

DOS CONTRATOS EM ESPÉCIE

COMPRA E VENDA , TROCA OU PERMUTA E ESTIMATÓRIO

1. Compra e venda

1.1 Conceito:

“É o contrato, por meio do qual uma pessoa (vendedor) se obriga a transferir a outra (comprador) o domínio de uma coisa corpórea, mediante o pagamento de certo preço em dinheiro ou valor fiduciário correspondente²⁴”.

1.2 Caracterização:

É contrato: **bilateral ou sinalagmático**, pois envolve dependência recíprocas de obrigações para as partes; **forma livre e consensual**, pois, em regra, dispensa a forma específica, se aperfeiçoando com o mútuo consenso, independentemente da entrega do objeto – tradição, mas pode ser **solene** quando a lei determinar forma para a sua manifestação, como a escritura pública - transcrição; **oneroso**, pois visa uma vantagem patrimonial e um sacrifício correspondente, que é compensado subjetivamente para ambos os contratantes; **comutativo**, na maioria das vezes, porque a estimativa da prestação a ser recebida por qualquer das partes pode ser feita no ato em que o contrato se aperfeiçoa. Excepcionalmente pode ser **aleatório**, como, por exemplo, a *emptio spei* e o *emptio rei speratae*.²⁵

1.3 Elementos:

I) Coisa (res), que é o objeto da compra e venda, podendo ser qualquer coisa que não esteja fora do comércio. Deve possuir os seguintes caracteres: 1º) **ter existência**, corpórea ou incorpórea, ao tempo da celebração do contrato, é a regra; entretanto, admite-se que a compra e venda diga respeito a coisas futuras (art. 483 do Cód. Civil), como ocorre na *emptio spei* e na *emptio rei speratae*; 2º) **ser individuada**, ou pelo menos suscetível de individuação no momento de sua execução; 3º) **estar disponível no comércio**, e poder ser alienada, pois a inalienabilidade natural, legal ou involuntária impossibilita a transmissão ao comprador; 4º) **deve pertencer ao vendedor**, sob pena de nulidade, eis que ninguém pode transferir a outrem direito do qual não seja titular. Entretanto, neste caso, se o comprador estiver de boa-fé e se o vendedor vier a adquirir posteriormente a coisa vendida, considera-se revalidado o negócio, desde o momento em que ocorreu a tradição (art. 1268, caput e § 1º do Cód. Civil).

II) Preço (pretium), que deve conter: 1º) **pecuniariedade**, ou representar uma soma em dinheiro; 2º) **seriedade**, ou indicativo real e verdadeiro de constituir contraprestação, pois se for irrisório não haverá venda, mas uma doação dissimulada. Entretanto, não há necessidade de uma perfeita equivalência objetiva entre o preço e a coisa; 3º) **certeza**, ou determinação prévia, podendo, excepcionalmente, ser

²⁴ Caio Mário da Silva PEREIRA, “Instituições de Direito Civil”. 10, Rio de Janeiro: Forense, 2006 p. 104,v;3

²⁵ Sílvio RODRIGUES, “Direito Civil”, vol. III, São Paulo: Saraiva, p. 141.

determinável posteriormente, por critérios previamente fixados²⁶. Sobre a **fixação do preço**, há que ser observadas as seguintes regras:

- Pode ser deixada ao arbítrio de terceiros, que os contratantes logo designarem ou prometerem designar, e sua deliberação será irrevogável, exceto por vício de consentimento. Se o terceiro não aceitar a incumbência, ficará sem efeito o contrato, salvo quando acordarem os contraentes designar outra pessoa (art. 485, 1ª e 2ª partes do Cód. Civil).

- Pode-se deixar a fixação do preço à taxa do mercado, ou da bolsa, em certo e determinado dia e lugar. (arts. 486 do Cód. Civil), ou em função de índices suscetíveis de objetiva determinação (art. 487 do Cód. Civil).

- Se não ficou convencionada a fixação do preço ou os critérios para a sua determinação se não houver tabelamento oficial, entende-se que as partes se sujeitam ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor, devendo prevalecer o termo médio (art. 488 do Cód. Civil).

- Pode ser fixado o preço por tarifação da administração pública, quando se tratar de fornecimentos de bens e serviços públicos.

Observações:

- As despesas feitas na realização e execução da compra e venda, que devem ser previamente acordadas, constituem acessórios do preço²⁷.

- Se o pacto for omissivo a este respeito, pressupõe-se que as despesas da escritura ficam a cargo do comprador e as da tradição a cargo do vendedor (art. 490 do Cód. Civil).

- Nulo é o contrato de compra e venda, quando deixar ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço²⁸.

III) Consentimento (*consensus*), que deve recair sobre o objeto, o preço e demais condições do negócio; e pressupõe o poder de disposição do vendedor, ou capacidade de alienar sem as restrições legais (exs. destas restrições: arts. 1647, I; 496; 497 I a IV; 504, caput e § 1º e outros do Cód. Civil), com a deliberação de alcançar o resultado que o contrato oferece: a aquisição da coisa e a transferência do preço.

1.4 Direitos e obrigações do vendedor e do comprador:

O vendedor tem obrigação de: 1º) entregar a coisa com seus acessórios - tradição, que deve dar-se no lugar onde a coisa se encontrava ao tempo da venda, salvo estipulação expressa, em contrário (art. 493 do Cód. Civil) e, não sendo a venda a crédito, não é obrigado a entregá-la antes de receber o preço (art. 491 do Cód. Civil); 2º) suportar os riscos de perda ou deterioração, bem como as despesas da coisa, até o momento da tradição: regra *res perit domino*; 3º) arcar com as despesas inerentes a tradição como contar, medir, pesar, assinalar e embalar, além das custas judiciais quando for necessária a obtenção de alvará judicial; 4º) assegurar, ao comprador, a efetiva garantia da coisa sobre possíveis vícios redibitórios (salvo no caso do art. 503 do Cód. Civil) ou perda pela evicção; 5º) pagar o imposto sobre circulação de mercadorias, quando houver e as despesas com a apresentação das certidões negativas de débitos

²⁶ Washington de Barros MONTEIRO, "Curso de Direito Civil", vol. V, São Paulo, Saraiva, p. 81.

²⁷ Maria Helena DINIZ, "Curso de Direito Civil Brasileiro", vol. III, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 172.

²⁸ Orlando GOMES, "Contratos", 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 230, que, não obstante, admite licitude à cláusula "pela qual o industrial impõe ao comerciante o preço de seus produtos com o fim de evitar o seu aviltamento."

fiscais com a União, Estados, Municípios e Previdência Social, necessárias à transcrição imobiliária.

É direito do vendedor: não obstante o prazo ajustado para o pagamento, se antes da tradição o comprador cair em insolvência, poderá sobrestar a entrega da coisa, até que o comprador lhe dê caução de pagar no tempo ajustado (art. 495 do Cód. Civil), ou efetive desde logo o pagamento (art. 477 do Cód. Civil).

O comprador tem obrigação de: 1º) pagar o preço no tempo, forma e lugar convencionados; 2º) suportar os riscos do preço, bem como os da perda da coisa, sem culpa do vendedor, após o momento da tradição: *res perit domino*²⁹; 3º) assim, os casos fortuitos ou força maior ocorrentes no ato de contar, marcar, ou assinalar coisas, que comumente se recebem, contando, pesando ou assinalando, e que já tiverem sido postas à disposição do comprador, correrão por conta deste (art. 492, § 1º do Cód. Civil), pois já terá ocorrido uma tradição e a transferência do domínio: *res perit domino*; 4º) se a coisa for expedida para lugar diverso, por ordem do comprador, por sua conta também correrão os riscos, uma vez entregue a quem haja de transportá-la, salvo se de suas instruções se afastar o vendedor (art. 494 do Cód. Civil). Novamente considera-se ocorrida a tradição, e a aplicação da regra *res perit domino*; 5º) se o comprador estiver em mora de receber as coisas vendidas, quando postas à sua disposição no tempo, lugar e pelo modo ajustados, ocorrerão por sua conta os riscos das referidas coisas (art. 492, § 2º do Cód. Civil). Trata-se de exceção à regra *res perit domino*, mas de aplicação da regra referente à mora, segundo a qual “a mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa: art. 400, 1ª parte do Cód. Civil”; 6º) pagar o imposto *inter vivos*, quando for o caso e não estiver convencionado de outra forma.

São direitos do comprador: 1º) não responder pelos débitos que gravarem a coisa até o momento da tradição, salvo estipulação em contrário (art. 502); 2º) quando na aquisição de imóvel, ver-se exonerado de cobrança de débito fiscal a que possa estar sujeito o bem adquirido antes da transcrição, desde que apresente certidão negativa de imposto. Neste caso compete ao Fisco exigir do transmitente o pagamento das dívidas anteriores à alienação; 3º) recusar a coisa vendida mediante amostra, protótipos ou modelos quando não for entregue nas condições prometidas (art. 484 do Cód. Civil).

1.5 Falta de legitimação de uma das partes na compra e venda

1ª) Os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente consentam (art. 496, do Cód. Civil). Segundo a Súmula 494 do STF, “a ação para anular venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais, prescreve em vinte anos, contados da data do ato, revogada a Súmula n.º 152”. Assim entende a citada Súmula porque haviam entendimentos sedimentados no sentido de que tal venda se configurava fraude a lei (artigo 166, VI do Código Civil).

No entanto, o novo diploma inaugura o artigo 496, com a expressão “É anulável a venda de ascendente a descendente. . .”, deixando a doutrina dividida entre opiniões de que o novo Código Civil adotou expressamente a tese da anulabilidade da venda, ficando revogada a citada Súmula e o prazo seria o adotado pelo artigo 179; e

²⁹ Sílvio RODRIGUES, op. cit., p. 145 resume o princípio *res perit domino*, no que esta consagrado no artigo 492 do Código Civil: “até o momento da tradição os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador”.

opiniões no sentido de que Projeto de Lei 634-D, que deu origem ao novo diploma não acompanhou a evolução jurisprudencial a respeito e equivocou-se no vocábulo, permanecendo em vigor a Súmula 494 pelos seus fundamentos. A questão deverá ser solucionada pela jurisprudência.

2ª) Artigo 497, do Código Civil: “Sob pena de nulidade, não podem ser comprados, ainda que em hasta pública: I - Pelos tutores, curadores, testamenteiros e administradores, os bens confiados à sua guarda ou administração; II – Pelos servidores públicos, em geral, os bens ou direitos da pessoa jurídica que servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou indireta; III - Pelos juizes, secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários ou auxiliares da justiça, os bens ou direitos sobre que se litigar em tribunal, juízo ou conselho, no lugar onde servirem, ou a que se estender sua autoridade; IV – Pelos leiloeiros e seus prepostos, os bens de cuja venda estejam encarregados”. Estes preceitos também se aplicam à cessão de crédito.

3ª) “Não pode o condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranho, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência: art. 504 do Cód. Civil”. Sendo muitos os condôminos, preferirá o que tiver benfeitorias de maior valor e, na falta de benfeitorias, o de quinhão maior. Se as partes forem iguais, haverão a parte vendida os comproprietários, que a quiserem depositando previamente o preço³⁰: arts. 1118 e 1119 do CPC.

4ª) O atual artigo 499 do Código Civil pôs fim a uma discussão doutrinária sobre a vedação da compra e venda entre marido e mulher³¹, ao prescrever que “é lícita a compra e venda entre cônjuges, com relação a bens excluídos da comunhão”, mas, é claro, o negócio jurídico se mostra inócuo se o regime de casamento for o da comunhão de bens, pois o numerário utilizado na compra sairá do próprio acervo.

1.6 Venda imobiliária *ad corpus* e *ad mensuram*

O artigo 500 do Código Civil distingue, na venda de um imóvel, a que é feita *ad mensuram* da que é feita *ad corpus*, pois diferentes são as consequências quando a área encontrada for menor ou maior que a vendida.

A venda *ad mensuram* é aquela que tem por objeto bem imóvel, mediante a estipulação de preço por medida de extensão (alqueire, hectare, metro quadrado, etc.). Neste caso, não correspondendo a área do imóvel às dimensões dadas no contrato, o comprador terá direito de exigir o complemento da área (ação ordinária *ex empto* ou *ex vendito*), e não sendo isso possível, o de reclamar a rescisão do contrato ou abatimento proporcional do preço.

Já a venda *ad corpus* é aquela que tem por objeto bem imóvel vendido como coisa certa e discriminada, e o comprador adquire o conjunto por preço global.

³⁰ Sílvio de Salvo VENOSA, op. cit., vol. III, p. 49, relembra que esta regra sobre condomínio não se aplica ao condomínio de apartamentos ou assemelhados, que são unidades autônomas.

³¹ Haviam duas correntes doutrinárias uma entendendo sobre a proibição da venda e outra entendendo possível, uma vez que não havia vedação legal, e desde que não ocorresse simulação ou fraude a lei.

Presume-se que a referência às suas dimensões, se houver, foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de um vigésimo da área total enunciada. Tal presunção, todavia, é *juris tantum*, admitindo prova em contrário. Neste caso, havendo diferença na área encontrada, não terá o comprador o direito ao complemento da área ou abatimento do preço.

Se, no entanto, ao invés de diferença de área, houver excesso, este ignorado pelo vendedor, deverá o comprador escolher entre complementar o preço ou devolver o excesso: inteligência do parágrafo 2º do artigo 500 do Código Civil. Esta solução não existia no revogado Código, mas era reclamada pela doutrina, como medida de justiça.

1.7 Cláusulas especiais da compra e venda

I - Da retrovenda ou *pactum de retrovendendo*

a) **Conceito:** “É a cláusula adjeta a contrato de compra e venda, na qual o vendedor se reserva o direito de, dentro de certo prazo, recuperar a coisa vendida mediante a restituição do preço e o reembolso de certas despesas ao comprador.”³²

b) **Requisitos:** 1º) admissível apenas nas vendas de imóveis; 2º) é intransmissível, só sendo sucessível por *causa mortis*, nunca por ato *inter vivos*; 3º) vencido o prazo estabelecido, torna-se irrevogável; 4º) o comprador, enquanto tiver a propriedade sob condição resolutiva, terá direito aos frutos e rendimentos do imóvel e não responde pela deterioração do bem, salvo se agir dolosamente.

c) **Consequências:** 1ª) o exercício do resgate ou retrato, deve ser estipulado até no prazo máximo de três anos e no silêncio das partes presume-se estabelecido este período (art. 505 do Cód. Civil), no qual pode ser exercitado o direito, sob pena de caducidade; 2ª) se o comprador se recusar a receber as quantias desprendidas, pode o vendedor consignar em pagamento para exercer o seu direito de resgate, mas o depósito deve ser integral; 3ª) o vendedor conserva a sua ação contra os terceiros adquirentes da coisa retrovendida, ainda que eles não conheçam a cláusula de retrato (art. 507 do Cód. Civil); 4ª) se duas ou mais pessoas tiverem direito ao retrato sobre a mesma coisa, e uma só o exercer, poderá o comprador intimar as outras, para nele acordarem (art. 508 do Cód. Civil) prevalecendo o pacto em favor de quem haja efetuado o depósito integral; 5ª) se a coisa se perecer por caso fortuito ou força maior, extingue-se o direito de resgate, uma vez que houve perda do bem sem culpa do comprador.³³

II Venda a contento ou venda sujeita a prova

a) **Conceito:** “É aquela que se realiza sob a condição de só se tornar perfeita e obrigatória após declaração do comprador de que a coisa o satisfaz”³⁴.

³² Arnaldo RIZZARDO, “Contratos”, vol. I, Rio de Janeiro, Aide, 2005, p. 390.

³³ Maria Helena DINIZ, op. cit., p. 191/192.

³⁴ Sílvio RODRIGUES, op. cit., p. 187.

A venda a contento é também chamada cláusula *ad gustum*, e destina-se, em regra, às vendas de gêneros que se costumam provar, medir, pesar, ou experimentar, antes de aceitos. Entretanto, a compra e venda de outros objetos também comporta a cláusula *sub examine*. A venda sujeita a prova ocorre quando a coisa negociada deve ser submetida a ensaio ou experimentação³⁵.

b) **Características:** É negócio jurídico sob condição suspensiva que não se aperfeiçoa enquanto o comprador não se declara satisfeito e aceita a coisa, ainda que lhe tenha sido entregue; ele está na relação jurídica como mero comodatário (art. 511 do Cód. Civil), pois a coisa negociada continua a pertencer ao vendedor. Ambas são uma estipulação feita a benefício do comprador, sendo um direito personalíssimo e intransferível seu.

c) **Consequências:** Não havendo prazo estipulado para a declaração do comprador, o vendedor terá direito a intimá-lo judicial ou extrajudicialmente para que o faça em prazo improrrogável, sob pena considerar-se perfeita a venda (art. 512 do Cód. Civil).

III – Da preempção ou preferência

a) **Conceito:** Também conhecida como cláusula de prelação, “é a cláusula através da qual se deve dar preferência ao vendedor, para a aquisição da coisa, no caso do comprador pretender vendê-la, ou dá-la em pagamento”³⁶ O conceito decorre do artigo 513 do Código Civil.

b) **Requisitos:** 1º) que o comprador queira vender; 2º) que o vendedor queira readquirir a coisa, dispondo-se a oferecer o preço encontrado ou ajustado (art. 515 do Cód. Civil); 3º) que o comprador intime o vendedor da venda e das condições e preço encontrados ou a cumprir iguais condições; 4º) que a venda, cuja preferência se refere seja exercida dentro dos prazos legais, que não poderão ultrapassar 180 dias, se tratando de coisa móvel, e de dois anos para bem imóvel (art. 513, parágrafo único do Cód. Civil); 5º) que o vendedor, após intimado exerça o seu direito no prazo estabelecido, e, não havendo prazo estabelecido, será de três dias para móvel e sessenta dias para imóvel, contados da data em que se der a comunicação do comprador ao vendedor. Os prazos são decadenciais.

c) **Características:** 1ª) pode recair sobre a compra de bens móveis ou imóveis, sendo que neste último caso exige-se outorga marital; 2ª) é intransmissível por ato *inter vivos* ou *causa mortis* (art. 520 do Cód. Civil); 3ª) deve ser exercido pelo comprador, mas pode, também, ser exercido pelo vendedor, que intimará o comprador, quando constatar que este vai vender a coisa (art. 514 do Cód. Civil); 4ª) é obrigatório nas hipóteses de desapropriação para fins de necessidade ou utilidade pública em que não se deu este destino (art. 519 do Cód. Civil); 5ª) se o comprador não der ciência ao alienante do preço e das vantagens que lhe oferecem pela coisa, responderá por perdas e danos, e será com ele solidário o adquirente que procedeu de má-fé (art. 518 do Cód. Civil); 6ª) se a preferência recair sobre a compra de coisa em condomínio, só poderá ser exercido em relação à coisa no seu todo, no entanto, se alguma das pessoas, a quem ele

³⁵ Sílvio de Salvo VENOSA, op. cit., p. 81.

³⁶ Arnaldo RIZZARDO, op. cit., vol. I, p. 396.

toque, perder, ou não exercer o seu direito, poderão as demais utilizá-lo em relação a sua cota-parte (art. 517 do Cód. Civil).

IV – Da venda com reserva de domínio

a) **Conceito:** “Ter-se-á a reserva de domínio, quando se estipula, em contrato de compra e venda, em regra de coisa móvel infungível, que o vendedor reserva para si a sua propriedade até o momento em que se realize o pagamento integral do preço”³⁷.

b) **Características:** 1ª) tem natureza jurídica de condição suspensiva, e deverá constar de cláusula expressa; 2ª) adia a transferência da propriedade do bem alienado até o adimplemento integral do devedor (art. 524, 1ª parte do Cód. Civil) e há uma inversão da regra *res peirt domino*, aplicando-se o princípio *res perit emptoris*³⁸; 3ª) tem por objeto coisa com perfeita caracterização (art. 523 do Cód. Civil); 4ª) não impede que a coisa vendida pelo comprador, desde que com a permissão do alienante, pois o ônus também se transferirá; 5ª) se o pacto estiver registrado no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do comprador, será oponível ao terceiro adquirente (art. 522 do Cód. Civil); 6ª) o comprador suporta os riscos da coisa desde o momento da tradição (art. 524, 2ª parte do Cód. Civil) 7ª) O Diploma Substantivo de 1916 não a previa, mas os efeitos desta cláusula podiam ser buscados nos artigos 1070 e 1071 do Código de Processo Civil; porém, o atual Código Civil abordou-as nos artigos 521 a 528.

c) **Consequências:** 1ª) em caso de inadimplemento do comprador, a cláusula não é auto-executável, pois depende do vendedor constitui-lo em mora através de protesto do título ou interpelação judicial (art. 525 do Cód. Civil); 2ª) constituído em mora o comprador, é lícito ao vendedor ingressar com ação de cobrança das prestações vencidas e vincendas, ou, alternativamente, pedir a recuperação da posse da coisa vendida; 3ª) Se a opção do vendedor for a recuperação da posse da coisa vendida, também lhe será facultado o direito de retenção do importe pago até o valor necessário para cobrir as despesas e a depreciação da coisa. O excedente deve ser devolvido ao comprador, na forma da lei processual.

V – Da venda sobre documentos

a) **Conceito:** Cláusula que substitui a tradição da coisa pela entrega de seu título representativo.

b) **Consequências:** 1ª) se a documentação estiver em ordem o comprador não pode recusar o pagamento, alegando defeito de qualidade ou do estado da coisa vendida, exceto se este vício já estiver comprovado; 2ª) o pagamento deverá ser efetuado no local e data constante dos documento, salvo estipulação em contrário; 3ª) sendo o pagamento em banco, deve ser efetuado na entrega dos documentos, sem ter a obrigação de averiguar a coisa vendida, pois por ela não responderá; somente com a recusa do banco em efetuar o pagamento, poderá o vendedor reclamá-lo diretamente do comprador; 4ª) se dentre os documentos entregues ao comprador houver apólice de

³⁷ Maria Helena DINIZ, op. cit., p. 198/199.

³⁸ Arnaldo RIZZARDO, op. cit., vol.I, p. 471

seguro para a cobertura dos riscos de transporte, estes correrão por sua conta, salvo se ao ser concluído do contrato, tivesse o vendedor conhecimento da perda ou deterioração do objeto.

2 Troca ou permuta

2.1 Conceito

“O contrato pelo qual as partes se obrigam a dar coisa por outra, que não seja dinheiro”³⁹.

2.2 Natureza Jurídica

Tem mesma índole da compra e venda, diferindo desta apenas porque a prestação de uma das partes consiste em dinheiro, enquanto na troca as prestações dos permutantes são em espécie.

2.3 Caracterização:

É contrato: **bilateral ou sinalagmático**, pois envolve dependência recíprocas de obrigações para as partes; **oneroso**, pois visa uma vantagens correspondentes de cunho subjetivo para ambos os contratantes; **consensual**, pois, em regra, dispensa a forma específica, se aperfeiçoando com o mútuo consenso e com a tradição, mas pode ser **solene** quando se tratar de permuta imobiliária efetuada pela dupla transcrição; **comutativo**, na maioria das vezes, porque a estimativa da prestação a ser recebida por qualquer das partes pode ser feita no ato em que o contrato se aperfeiçoa; pode haver, excepcionalmente, permuta de valores desiguais.

2.4 Regras:

“Aplicam-se as mesmas regras pertinentes à compra e venda, com as seguintes modificações: I - Salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento de troca; II - É anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento expresso dos outros descendentes e do cônjuge do alienante”: art. 533 e incisos do Código Civil⁴⁰.

3 Contrato Estimatório

3.1 Conceito:

Contrato estimatório é o negócio jurídico em que alguém (consignatário) recebe de outrem (consignante) bens móveis, ficando autorizado a vendê-los, obrigando-se a pagar um preço estimado previamente, se não restituir as coisas consignadas dentro do prazo ajustado.⁴¹

3.2 Caracterização

Esta nova modalidade contratual é: **bilateral**, pois evidencia dependência recíprocas de obrigações para consignatário e consignante; **oneroso**, pois ambas as partes obtêm proveito; **comutativo**, porque não envolve risco e as partes já

³⁹ Clóvis BEVILÁQUA, apud. Sílvio RODRIGUES, op. cit., p. 196.

⁴⁰ Washington de Barros MONTEIRO, op. cit., p. 114.

⁴¹ Maria Helena DINIZ, op. cit., p. 207.

antecedem no conhecimento do proveito que receberão; **real**, pois aperfeiçoa-se com a tradição da coisa e **temporário** porque pressupõe o estabelecimento de um prazo no qual a coisa deve ser restituída ou o preço dela ser pago.

3.3 Conseqüências jurídicas:

O consignatário tem obrigação facultativa, pois findo o contrato, pode devolver o bem ou ficar com ele ou vendê-lo, pagando, nestas últimas hipóteses, o preço avençado ao consignante.

Se foram entregues várias coisas ao consignatário, expirado o prazo, deve pagar as que vendeu e devolver as outras, deduzindo do preço global, a parcela correspondente às devolvidas.

O consignatário deverá arcar com os custos relacionados à custódia e a venda do bem, e, se for o caso, com o transporte decorrente de sua expedição e reexpedição, compensando-se, porem, com a diferença entre o preço estimado e o preço da venda a terceiro.

Não importa, ao consignante, que o consignatário tenha vendido o bem acima ou abaixo do valor estipulado, senão que lhe pague o preço ajustado, salvo estipulação expressa em contrário.⁴²

O consignatário não será exonerado da obrigação de pagar o preço, se a restituição dos bens consignados, em sua integridade, se tornar impossível, ainda que por fato a ela não imputável. Ele, então, possui qualidades de depositário, pois a coisa estava sub sua custódia. Aqui, não se pode aplicar a regra *res peit domino* em face do art. 535.

"A coisa consignada não poderá ser objeto de penhora ou seqüestro pelos credores do consignatário, enquanto não for pago integralmente o seu preço: art. 536 do Cód. Civil".

O consignante continua na condição de proprietário da coisa móvel deixada em consignação, ou seja, não perde o seu domínio até que o consignatário o negocie com terceiros, embora tenha havido a tradição.

Mas, no entanto, "o consignante não poderá dispor da coisa consignada antes de lhe ser restituída ou de lhe ser comunicada a restituição". (art. 537 do Cód. Civil). Não obstante pode prometer a venda da coisa para após o prazo da consignação, mediante a condição de requisição da disponibilidade⁴³ ou fazer uma venda condicional.

⁴² Orlando GOMES, op. cit., p. 237.

⁴³ Sílvio de Salvo VENOSA, op. cit., vol. III, p. 539.

Universidade Paulista
Disciplina: Contratos em geral
Profa.: Ms. Márcia S. Soares
Turmas: 5º e 6º períodos

Atividade 1 – Questionário sobre o texto “ O conceito de contrato na contemporaneidade”

Obs: O questionário deve ser respondido de forma manuscrita pelo próprio aluno. Essa atividade vale 0,5 ponto, devendo ser individual.

- 1) Discorra sobre o princípio da operabilidade.
- 2) O conteúdo do contrato é de ordem patrimonial ou extra-patrimonial? Explique.
- 3) Explique o conceito de contrato apresentado por Paulo Nalin.
- 4) O autor afirma que o contrato está amparado em valores constitucionais. Explique tal afirmação.
- 5) Como o contrato pode gerar efeitos perante terceiros?
- 6) A doutrina propõe a substituição da autonomia da vontade pela autonomia privada. Explique tal assertiva.
- 7) O autor afirma que a contemporaneidade do contrato demonstra um neocontratualismo. Explique tal assertiva.

CONCEITO DE CONTRATO NA CONTEMPORANEIDADE.

Flávio Tartuce.

Doutor em Direito Civil pela USP.

Mestre em Direito Civil Comparado pela PUCSP.

Membro Fundador do INJUR.

Professor da EPD e do Curso FMB.

Advogado e Consultor Jurídico em São Paulo.

O Código Civil Brasileiro de 2002, a exemplo do seu antecessor, não tomou o cuidado de conceituar o contrato. Em um primeiro momento, pode-se pensar que agiu bem o novel legislador, pois não cabe a ele, e sim à doutrina, a tarefa de conceituar as categorias jurídicas.[1] Todavia, cumpre assinalar que a atual codificação brasileira está baseada, entre outros, no princípio da operabilidade, que tem um dos seus sentidos expressos na simplicidade ou facilitação dos institutos civis.[2] Consigne-se que o Código brasileiro conceitua algumas figuras contratuais típicas, mas não chegou a conceituar o contrato, relegando, mais uma vez, a tarefa à doutrina.

Em uma visão clássica, tem-se notado a prevalência do conceito do instituto que pode ser extraído do art. 1.321 do Código Civil Italiano, ou seja, de que o contrato é o acordo

de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica de caráter patrimonial. Muitos autores brasileiros seguem essa conceituação, caso de Orlando Gomes[3] e Álvaro Villaça Azevedo[4].

Da construção nota-se que o contrato, de início, é espécie do gênero negócio jurídico. Sendo assim, há uma composição de interesses das partes - pelo menos duas -, com conteúdo lícito e finalidade específica. Para a compreensão do contrato é fundamental o estudo estrutural do negócio jurídico, mormente os planos da existência, da validade e da eficácia. Serve como norte o art. 104 do Código Civil Brasileiro, que aponta os requisitos de validade do negócio jurídico: a) agente capaz; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; c) forma prescrita ou não defesa em lei.

Cumprido anotar que tal feição clássica do contrato limita o seu conteúdo às questões patrimoniais ou econômicas. Trata-se da idéia de patrimonialidade, tão cara aos italianos.[5] Sendo assim, o contrato não pode ter uma feição existencial ou extrapatrimonial. A título de exemplo, pela visão clássica o contrato não pode ter como conteúdo os direitos da personalidade, mesmo que indiretamente.

Na doutrina mais recente, há interessantes tentativas de ampliação ou remodelagem do conceito de contrato, o que sem dúvida alarga a margem de incidência de conceito, ou seja, a abrangência do mundo contratual. Nesse contexto, no Brasil, surge a construção denominada como pós-moderna de Paulo Nalin, da Universidade Federal do Paraná. Para o jurista, o contrato constitui “a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”.[6] Olhando para o futuro, e por que não para o presente, é de se concordar com essa visualização.

De início, porque o contrato está amparado em valores constitucionais. Não há dúvidas de que questões que envolvem direitos fundamentais, mormente aqueles com repercussões sociais, repercutem na autonomia privada, caso do direito à saúde e à moradia.[7] No Brasil podem ser encontrados vários julgados que colocam em sopesamento a questão da saúde e a manutenção econômica, prevalecendo muitas vezes a primeira. Da recente jurisprudência do Estado de São Paulo, pode ser transcrita a seguinte ementa, tutelando amplamente a vida e a saúde:

“PLANO DE SAÚDE. PACIENTE EM TRATAMENTO DE CÂNCER. COBERTURA PARA REALIZAÇÃO DE SESSÕES DE RADIOTERAPIA CONVENCIONAL. Recusa de cobertura para nova espécie de radioterapia prescrita à autora, com a técnica IMRT, porque não incluída ainda no rol de procedimentos divulgados pela ANS. Inadmissibilidade. Não se tratando de procedimento experimental, deve se considerar abrangido pela proteção do contrato em vigor. Recurso desprovido”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento n. 590.949.4/4, Acórdão n. 3309012, São Bernardo do Campo, Segunda Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Morato de Andrade, julgado em 21/10/2008, DJESP 14/11/2008)

Como segundo ponto de defesa do conceito de Paulo Nalin, é ele instigante e prático porque conclui que o contrato envolve situações existenciais das partes contratantes. A doutrina tem relacionado a proteção individual da dignidade humana e dos interesses difusos e coletivos com o princípio da função social do contrato. Nesse sentido, na I Jornada de Direito Civil, evento promovido em 2002 pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, foi aprovado o enunciado doutrinário n. 23, prevendo que “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”. Nessa linha de dedução, em atualização à obra de Orlando Gomes, Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino fazem a mesma correlação, afirmando que “Entendemos que há pelo menos três casos nos quais a violação ao princípio da função social deve levar à ineficácia superveniente do contrato. Juntamente com a ofensa a interesses coletivos (meio ambiente, concorrência, etc), deve-se arrolar a lesão à dignidade da pessoa humana e a impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato”.[8]

Terceiro e por fim, a construção de Paulo Nalin é interessante, pois traz a dedução de que o contrato pode gerar efeitos perante terceiros. Algumas dessas externalidades constam da própria legislação, como é o caso da estipulação em favor de terceiro – comum no seguro de vida -, e da promessa de fato de terceiro – v. g. a hipótese de um promotor de eventos que é contratado para agenciar uma apresentação de um cantor famoso, que não comparece. Mas, além disso, reconhece-se a eficácia externa da função social dos contratos, a tutela externa do crédito, com efeitos contratuais atingindo terceiros. Também na I Jornada de Direito Civil, foi aprovado o Enunciado doutrinário n. 21, com a seguinte redação: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”. Mais do que isso, imagina-se que condutas alheias podem repercutir no contrato. Anote-se o art. 608 do Código Civil, que responsabiliza – como terceiro cúmplice – o aliciador que seduz contratualmente o prestador de serviços, tirando-o para si.[9]

Essa visão ampliada do contrato é uma marca a autonomia privada, princípio que superou a ideia liberal de autonomia da vontade. Parcela considerável da doutrina atual, nacional e estrangeira, propõe a substituição do antigo princípio da autonomia da vontade pelo princípio da autonomia privada.[10] A existência desta substituição é indeclinável, pois, como afirma Fernando Noronha, “foi precisamente em consequência da revisão a que foram submetidos o liberalismo econômico e, sobretudo, as concepções voluntaristas do negócio jurídico, que se passou a falar em autonomia privada, de preferência a mais antiga autonomia da vontade. E, realmente, se a antiga autonomia da vontade, com o conteúdo que lhe era atribuído, era passível de críticas, já a autonomia privada é noção não só com sólidos fundamentos, como extremamente importante”.[11]

Dentro das concepções de personalização do direito privado e de valorização da pessoa como centro do direito privado, o conceito de autonomia privada é de fato o mais adequado, pois a autonomia não é da vontade, mas da pessoa.[12] Em reforço, não há dúvida de que a vontade – de per si – perdeu o destaque que exercia no passado, relativamente à formação dos contratos e dos negócios jurídicos.

Vários são os fatores que entraram em cena para a concretização prática desta distinta visão. As relações pessoais estão em suposta crise, o que na verdade representa uma importante mudança estrutural nas relações negociais, sendo certo que tal espectro deve ser analisado sob o prisma da concretude do instituto do contrato e do que este representa para o meio social.[13] Predominam em larga escala os contratos de adesão, com o conteúdo imposto por uma das partes negociais, tida como mais forte ou hiperssuficiente, muitas vezes por ter o domínio das informações. Por óbvio que esse fenômeno atinge a negociação digital ou eletrônica.[14]

Sem dúvidas que, no mundo contemporâneo, a autonomia privada faz com que o contrato ingresse em outros meios, como é o caso do Direito de Família e do Direito das Coisas. Como afirma Luciano de Camargo Penteadó, olhando para o futuro, “todo contrato gera obrigação para, ao menos, um das partes contratantes. Entretanto, nem todo o contrato rege-se, apenas, pelo direito das obrigações. Existem contratos de direito de empresa, contratos de direito obrigacional, contratos de direito das coisas, contratos de direito de família. No sistema brasileiro, não existem contratos de direito das sucessões, por conta da vedação do art. 426 do Código Civil, o que significa que, de lege ferenda, não se possa introduzir, no direito positivo, a figura, doutrinariamente admitida e utilizada na praxe de alguns países, como é o caso da Alemanha. Interessante proposição teórica seria, em acréscimo, postular a existência de contratos da parte geral, como parece ser o caso do ato que origina a associação, no atual sistema do Código Civil”. [15] Amplia-se a seara contratual, por exemplo, com a forte tendência de aproximação dos direitos pessoais e dos direitos reais, desmontando aquele antigo comparativo exposto nas aulas inaugurais sobre Direito das Coisas.[16] A título de exemplo dessa aproximação, cai aquela premissa de que os direitos pessoais teriam efeitos inter partes e os direitos reais efeitos erga omnes. Como se expõe doutrinariamente, a função social do contrato – em sua eficácia externa -, traz a conclusão de que o contrato gera efeitos perante terceiros.[17]

Concluindo o tópico, a contemporaneidade demonstra que o futuro é de uma contratualização de todo o direito, um neocontratualismo, tese defendida há tempos por Norberto Bobbio.[18] Entre os portugueses, Rui Alarcão também demonstra a tendência, ao discorrer sobre a necessidade de menos leis, melhores leis.[19] Para o jurista de Coimbra, “se está assistindo a um recuo do ‘direito estadual ou estatal’, e se fala mesmo em ‘direito negociado’, embora se deva advertir que aquele recuo a esta negociação comportam perigos, relativamente aos quais importa estar prevenido e encontrar respostas, não avulsas mais institucionais. Como quer que seja, uma coisa se afigura certa: a necessidade de novos modelos de realização do Direito, incluindo modelos alternativos de realização jurisdicional e onde haverá certamente lugar destacado para paradigmas contratuais e para mecanismos de natureza ou de recorte contratual, que têm, de resto, tradição jurídica-política, precursora de dimensões modernas ou pós-modernas”. [20] E arremata, sustentando que tem ganhado força a contratualização sócio-política, para que exista uma sociedade mais consensual do que autoritária ou conflituosa.[21] Em suma, a construção de contrato serve não só para as partes envolvida, mas também para toda a sociedade.

[1] Como se extrai da clássica de obra de Washington de Barros Monteiro, que entende que o Código Civil Brasileiro de 1916 fez bem ao não conceituar ao contrato (Curso de Direito Civil. Vol. 5. Direito das Obrigações. 2ª Parte. Atualizado por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 34ª Edição, 2004, p. 4).

[2] Sobre os princípios do Código Civil Brasileiro de 2002, entre outras obras do jurista, ver: REALE, Miguel. Estrutura e espírito do novo Código Civil Brasileiro. In: _____. História do novo Código Civil. São Paulo: RT, 2005.

[3] GOMES, Orlando. Contratos. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 17ª Edição, 1996, p. 5.

[4] AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral dos contratos típicos e atípicos. São Paulo: Atlas, 2002, 21.

[5] Conforme comentam Cian e Trabucchi, o requisito da patrimonialidade serve para distinguir o contrato de outras figuras negociais, genericamente tidas como convenções, caso dos negócios de direito de família (CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. Commentario breve al Codice Civile. Padova: CEDAM, 4ª Edizione, 1992, p. 1042).

[6] NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno. 1. ed., 5. tir. Curitiba: Juruá, 2005. p. 255.

[7] Sobre o tema de aplicação dos direitos fundamentais constitucionais nas relações privadas, valem como consulta as obras de Daniel Sarmento (Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004) e de Ingo Wolfgang Sarlet (A influência dos direitos fundamentais no Direito Privado: o caso brasileiro. Separata da obra. Direitos fundamentais e direito privado – uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2006). No Direito Português, vide os trabalhos de Jorge Miranda e Rui Medeiros (Constituição portuguesa anotada. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 152-163), bem como a de J. J. Gomes Canotilho (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 7ª Edição, 3ª Reimpressão, 2003, p. 1285-1300). Todos esses autores expõem a aplicação imediata das normas constitucionais nas relações interprivadas, tidas como uma eficácia horizontal, pois incidente entre iguais.

[8] GOMES, Orlando. Contratos. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Coord. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 26ª Edição, 2007, p. 37.

[9] A expressão terceiro cúmplice foi difundida no Brasil por Antonio Junqueira de Azevedo em notório parecer envolvendo distribuidoras de postos de gasolina e postos revendedores (AZEVEDO, Antonio Junqueira. Os princípios do atual direito contratual e a desregulação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento

contratual. In: _____. Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004).

[10] Sobre a supremacia da autonomia privada sobre a autonomia da vontade, veja-se Francisco Amaral (Direito civil. Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 5ª Edição, 2003); Fernando Noronha (O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual, São Paulo: Saraiva, 1994); Renan Lotufo (Código Civil Comentado. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I e II); Luiz Díez-Picazo, e Antonio Gullón (Sistema de derecho civil.11.ed. Madrid: Tecnos, 2003, v.1); Menezes Cordeiro (Tratado de Direito Civil Português. Tomo I. Parte Geral. Coimbra: Almedina, 3ª Edição, 2005), Enzo Roppo (O contrato, Coimbra: Almedina, 1988), Álvaro Villaça Azevedo (Contratos inominados ou atípicos e negócio fiduciário. 3ª edição, Belém: CEJUP, 1988) e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (Contratos atípicos e contratos coligados: características fundamentais e dessemelhança. Direito civil. Estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 1ª Edição, 2000, p. 135-143).

[11] NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual, cit., p. 113. Noronha sinaliza que apenas na França ainda se prefere a expressão autonomia da vontade.

[12] Ensinam os autores espanhóis Luiz Díez-Picazo e Antonio Gullón que “Conviene en este punto observar que cuando se abla, como es usual entre nosotros, de ‘autonomía de la voluntad’, no deja de incurrirse en algún equívoco. Porque ele sujeto de la autonomía no es la voluntad, sino la persona com realidada unitaria. La autonomía no se ejercita queriendo – función de la voluntad – sino estableciendo dispniendo, governando. La voluntad o el querer es un requisito indudable del acto de autonomía (que há de ser siempre libre e voluntario), pero para ejercitar la autonomía es preciso el despliegue de las demás potencias” (Sistema de derecho civil.11.ed. Madrid: Tecnos, 2003, v.1, p. 379).

[13] Francisco Amaral defende também que a autonomia privada representa um dos princípios fundamentais do direito privado, tratando-se “da projeção, no direito, do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada, sem o que a pessoa humana, embora formalmente revestida de titularidade jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade”. (Direito civil, cit., p. 348).

[14] A autonomia privada pode ser conceituada como sendo um regramento básico, de ordem particular – mas influenciado por normas de ordem pública –, pelo qual, na formação dos contratos, além da vontade das partes, entram em cena outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais. Trata-se do direito indeclinável da parte de auto-regulamentar os seus interesses, decorrente da sua própria dignidade humana, mas que encontra limitações em normas de ordem pública, particularmente nos princípios sociais contratuais. Para esta construção, serviu-nos o conceito de Fernando Noronha, (NORONHA, Fernando. Os direitos dos contratos..., cit., p. 115) e Daniel Sarmiento (SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas, cit., p. 188). As divagações aqui expostas a respeito da referida substituição e esse conceito foram expostas inicialmente em obra escrita em co-autoria com Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In Direito Contratual. Temas Atuais. São Paulo: Método, 2008, p. 45-50).

[15] PENTEADO, Luciano de Camargo. Efeitos contratuais perante terceiros. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 89.

[16] Esse desmonte pode ser percebido em obra escrita com José Fernando Simão: TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil. Vol. 4. São Paulo: GEN/Método, 2008, p. 29-33.

[17] A respeito dos efeitos restritos dos direitos reais, a tendência pode ser percebida pela Súmula n. 308 do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, pela qual a boa-fé objetiva faz com que a hipoteca tenha seus efeitos limitados aos celebrantes, não em relação a terceiros. Prevê a Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça brasileiro: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”. A súmula surgiu dos casos de notória construtora que recebeu os pagamentos mas não fez os devidos repasses aos agentes financeiros. Protegeu-se os consumidores adquirentes e adimplentes, restringindo-se os efeitos da hipoteca entre tal construtora e o banco. Prestigiou-se a boa-fé objetiva como preceito de ordem pública e a função social do contrato, pela proteção dos consumidores adquirentes de acordo com a idéia de justiça contratual.

[18] BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giulliano, VECA, Salvatore. Crise de la democrazia e neocontrattualismo. Roma: Editora Riuniti, 1984.

[19] ALARCÃO, Rui. Menos leis, melhores leis. Revista Brasileira de Direito Comparado n°. 31. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, 2009, p. 2.

[20] ALARCÃO, Rui. Menos leis, melhores leis. Revista Brasileira de Direito Comparado n°. 31. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, 2009, p. 4.

[21] ALARCÃO, Rui. Menos leis, melhores leis. Revista Brasileira de Direito Comparado n°. 31. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, 2009, p. 8.

Universidade Paulista
Disciplina: Contratos em geral
Profa.: Ms. Márcia S. Soares
Turmas: 5º e 6º períodos

Atividade 2: O questionário é sobre o Capítulo IV do livro do Pablo Stolze Gagliano – Função social do contrato e Equivalência material

Obs: O questionário deve ser respondido de forma manuscrita pelo próprio aluno. Essa atividade vale 0,5 ponto, devendo ser individual.

A Função Social do Contrato e sua Equivalência Material

- 1- Os princípios da função social do contrato da equivalência material e da boa-fé objetiva devem ser analisados a luz do principio da concretude.
- 2- A função social dos contratos revela uma concepção filosófico-socialista.
Explique
- 3- Ao buscar-se uma delimitação conceitual da função social do contrato, observe-se o aspecto intrínseco e extrínseco. Explique.
- 4- Pode-se afirmar que com a aplicação do principio da função social dos contratos aniquilou o exercício da autonomia da vontade. Explique.
- 5- Esclareça a relação entre o principio da função social e o instituto da lesão.
- 6- Explique os aspectos subjetivos e objetivos do principio da equivalência.

Capítulo IV

Função Social do Contrato e Equivalência Material

Sumário: 1. Princípios sociais dos contratos: mudança de mentalidade jurídica. 2. Função social do contrato. 2.1. Buscando uma delimitação conceitual. 2.2. A função social do contrato no Código Civil de 1916: análise da omissão legislativa. 2.3. Função social do contrato no Código de 2002: análise do art. 421. 2.4. A função social do contrato e os defeitos do negócio jurídico. 3. Princípio da equivalência material.

1. PRINCÍPIOS SOCIAIS DOS CONTRATOS: MUDANÇA DE MENTALIDADE JURÍDICA

Cuidamos de destacar, em capítulos próprios, os princípios da função social do contrato, da equivalência material e da boa-fé objetiva, dada a importância que eles mesmos assumiram no sistema principiológico do Direito Contratual contemporâneo.

De fato, a grande contribuição da doutrina civil moderna foi trazer para a teoria clássica do direito contratual determinados princípios e conceitos, que, posto não possam ser considerados novos, estavam esquecidos pelo civilista.

Como se pode notar, trata-se de cláusulas gerais ou conceitos abertos (indeterminados) que, à luz do princípio da concretude, devem ser preenchidos pelo juiz, no caso concreto, visando a tornar a relação negocial economicamente útil e socialmente valiosa.

Aliás, de nada adianta concebermos um contrato com acentuado potencial econômico ou financeiro, se, em contrapartida, nos depararmos com um impacto negativo ou desvalioso no campo social.

Imagine-se, por exemplo, o contrato para a construção de uma obra de vulto, ou, até mesmo, a instalação de uma indústria.

Tal negócio não pode ser avaliado apenas sob o prisma formal dos seus pressupostos de validade — agente capaz, objeto lícito, forma prescrita em lei etc.

E os seus reflexos ambientais?

E os seus reflexos trabalhistas?

E os seus reflexos sociais?

E os seus reflexos morais (no âmbito dos direitos da personalidade)?

O contrato, portanto, para poder ser chancelado pelo Poder Judiciário deve respeitar regras formais de validade jurídica, mas, sobretudo, normas superiores de cunho moral e social, que, por serem valoradas pelo ordenamento como inestimáveis, são de inegável exigibilidade jurídica.

Com isso, queremos dizer que o fenômeno da socialização do contrato (função social) e o reconhecimento da boa-fé objetiva são mais do que simples parâmetros interpretativos, traduzindo, sobretudo, normas jurídicas (princípios) de conteúdo indeterminado e natureza cogente, que devem ser observadas pelas partes no contrato que celebrarem.

Destaque-se, entretanto, importante aspecto do tema objeto deste capítulo: entendemos que a boa-fé objetiva e a função social do contrato traduzem-se como cláusulas gerais (de dicção normativa indeterminada), sem prejuízo de podermos também admitir a sua força principiológica, que já encontrava assento na própria Constituição Federal.

E, enquanto cláusulas gerais, lembremo-nos da precisa advertência de JUDITH MARTINSCOSTA, indispensável antes de mergulharmos na profundidade desses apaixonantes temas: “Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar resposta, previamente, a todos os problemas da realidade, uma vez que estas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é o de enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes. Não se trata — é importante marcar desde logo esse ponto — de apelo à discricionariedade: as cláusulas gerais não contêm delegação de discricionariedade, pois remetem para valorações objetivamente válidas na ambiência social. Ao remeter o juiz a estes critérios aplicativos, a técnica das cláusulas gerais enseja a possibilidade de circunscrever, em determinada hipótese legal (estatuição), uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal. Em outros casos, por não preverem, determinadamente, quais são os efeitos ligados à infringência do preceito, abrem a possibilidade de serem também estes determinados por via de jurisprudência”¹. Feitas tais considerações, passemos à minuciosa análise da matéria, destacando que, neste capítulo,

trataremos dos princípios da função social do contrato e da equivalência material dos contratantes, reservando o próximo capítulo para o estudo da boa-fé objetiva.

2. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A socialização da ideia de contrato não é ideia nova. A partir do momento em que o Estado passou a adotar uma postura mais intervencionista, abandonando o ultrapassado papel de mero expectador da ambiência econômica, a função social do contrato ganhou contornos mais específicos.

Registre-se, nesse ponto, a arguta observação da magistral GISELDA HIRONAKA a respeito da intelecção da palavra “social”: “Ainda que o vocábulo social sempre apresente esta tendência de nos levar a crer tratar-se de figura da concepção filosófico-socialista, deve restar esclarecido tal equívoco. Não se trata, sem sombra de dúvida, de se estar caminhando no sentido de transformar a propriedade em patrimônio coletivo da humanidade, mas tão apenas de subordinar a propriedade privada aos interesses sociais, através desta ideia-princípio, a um só tempo antiga e atual, denominada ‘doutrina da função social’”². Já vimos, em capítulo anterior³, que o contrato é figura que acompanha as mudanças de matizes da propriedade, experimentando inegável interferência deste direito.

Ora, ao constataremos o inafastável conteúdo político da propriedade, erigida à condição de direito fundamental na Carta da República⁴, é forçoso convir que as modificações no seu trato ideológico refletir-se-iam na seara contratual. A partir do momento em que se começou a perceber que a propriedade somente mereceria tutela se atendesse a uma determinada finalidade social, abandonou-se o antigo modelo oitocentista de concepção desse direito, que cederia lugar a uma doutrina mais afinada aos anseios da sociedade atual.

Com isso, socializando-se a noção de propriedade, o contrato, naturalmente, experimentaria o mesmo fenômeno, ainda que o reconhecimento legal dessa alteração no seu trato ideológico não se houvesse dado de forma imediata.

2.1. Buscando uma delimitação conceitual

Devemos, de logo, ressaltar que a função social do contrato traduz conceito sobremaneira aberto e indeterminado, impossível de se delimitar aprioristicamente.

HUMBERTO THEODORO JR., citando o competente professor curitibano PAULO NALIN, na busca por delimitar as suas bases de intelecção, lembra-nos, com acerto, que a função social manifestar-se-ia em dois níveis⁵:

a) intrínseco — o contrato visto como relação jurídica entre as partes negociais, impondo-se o respeito à lealdade negocial e à boa-fé objetiva, buscando-se uma equivalência material entre os contratantes;

b) extrínseco — o contrato em face da coletividade, ou seja, visto sob o aspecto de seu impacto eficaz na sociedade em que fora celebrado.

De fato, é perfeitamente adequada a sistematização e o trato ideológico da função social do contrato, segundo a doutrina de NALIN⁶.

Sem pretendermos exaurir esforços na hercúlea tarefa de definir a função social do contrato, ela poderá, por outro lado, ser delimitada no espaço jurídico de atuação em que se projeta.

Em um primeiro plano, a socialização da ideia de contrato, na sua perspectiva intrínseca, propugna por um tratamento idôneo das partes, na consideração, inclusive, de sua desigualdade real de poderes contratuais.

Nesse sentido, repercute necessariamente no trato ético e leal que deve ser observado pelos contratantes, em respeito à cláusula de boa-fé objetiva, a ser estudada no próximo capítulo.

E nessa perspectiva temos que a relação contratual deverá compreender os deveres jurídicos gerais e de cunho patrimonial (de dar, fazer, ou não fazer), bem como deverão ser levados em conta os deveres anexos ou colaterais que derivam desse esforço socializante.

Com isso, obrigações até então esquecidas pelo individualismo cego da concepção clássica de contrato ressurgem gloriosamente, a exemplo dos deveres de informação, confidencialidade, assistência, lealdade etc. E todo esse sistema é, sem sombra de dúvidas, informado pelo princípio maior de proteção da dignidade da pessoa humana.

Em um segundo plano, o contrato é considerado não só como um instrumento de circulação de riquezas, mas, também, de desenvolvimento social.

Isso mesmo: desenvolvimento social.

Sem o contrato, a economia e a sociedade se estagnariam por completo, fazendo com que retornássemos a estágios menos evoluídos da civilização humana.

Ocorre que todo desenvolvimento deve ser sustentado, racionalizado e equilibrado. Por isso, ao concebermos a figura do contrato — quer seja o firmado entre particulares, quer seja o pactuado com a própria Administração Pública — não poderíamos deslocá-lo da conjuntura social que lhe dá ambiência.

Consoante inferimos linhas acima, como cancelar como válido, por exemplo, um negócio que, posto atenda aos seus pressupostos formais de validade, despreze leis ambientais ou pretenda fraudar leis trabalhistas?

Na mesma linha, não se pode admitir contratos que violem a livre concorrência, as leis de mercado ou os postulados de defesa do consumidor, sob o pretexto de se estar incentivando a livre-iniciativa.

Nessa mesma linha de intelecção, é o pensamento de EDUARDO SENS SANTOS:

“... o contrato não pode mais ser entendido como mera relação individual. É preciso atentar para os seus efeitos sociais, econômicos, ambientais e até mesmo culturais. Em outras palavras, tutelar o contrato unicamente para garantir a equidade das relações negociais em nada se aproxima da ideia de função social. O contrato somente terá uma função social — uma função pela sociedade — quando for dever dos contratantes atentar para as exigências do bem comum, para o bem geral. Acima do interesse em que o contrato seja respeitado, acima do interesse em que a declaração seja cumprida fielmente e acima da noção de equilíbrio meramente contratual, há interesse de que o contrato seja socialmente benéfico, ou, pelo menos, que não traga prejuízos à sociedade — em suma, que o contrato seja socialmente justo”⁷.

Com isso, repita-se, não se está pretendendo aniquilar os princípios da autonomia da vontade (ou autonomia privada) ou do *pacta sunt servanda*, mas, apenas, temperá-los, tornando-os mais vocacionados ao bem-estar comum, sem prejuízo do progresso patrimonial pretendido pelos contratantes.

Como já diziam os antigos, em conhecido ditado, “nem tanto ao mar, nem tanto à terra”, ou seja, não pode ser considerado justo o modelo de contrato que só contemple a manifestação de vontade da parte declarante, seguindo diretriz tipicamente liberal, impondo-se, outrossim, a observância dos limites traçados

pela própria ordem social, a fim de que a perseguição dos interesses das partes contratantes não esbarre em valores constitucionais superiores, condensados sinteticamente no princípio da dignidade da pessoa humana.

Para nós, a função social do contrato é, antes de tudo, um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precípua efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum.

E essa socialização traduz, em nosso sentir, um importante marco na história do Direito, uma vez que, com ela, abandonaríamos de vez o modelo clássico-individualista típico do século XIX. “A autonomia da vontade”, pontifica JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, “marca registrada da teoria contratual do século XIX, gera ou é gerada por uma concepção de direito como expressão de faculdades individuais, entre elas a vontade de um soberano, e à noção de poder como capacidade de imposição da própria vontade, vontade que obriga”⁸. Essa correção de rumos, portanto, humaniza a ideia de contrato, rendendo ensejo a que seja banido de vez de nosso sistema o péssimo hábito de se encarar o contrato como uma rede de caça, em que o forte subjuga o fraco, utilizando, sobretudo, a técnica covarde da imposição de cláusulas leoninas⁹. De tudo o que dissemos até aqui, já se pode verificar que o Direito Contratual brasileiro passou, mormente após a edição de nossa Constituição de 1988, por um inegável processo de socialização, ou, por que não dizer, de “democratização jurídica”.

Em verdade, garantias constitucionais, tais como as que impõem o respeito à função social da propriedade, ao direito do consumidor, à proteção do meio ambiente, às leis trabalhistas, à proteção da ordem econômica e da liberdade de concorrência, todas elas, conectadas ao princípio de proteção à dignidade da pessoa humana, remetem-nos à ideia de que tais conquistas, sob nenhuma hipótese ou argumento, poderão, posteriormente, virem a ser minimizadas ou neutralizadas por nenhuma lei posterior.

Nessa mesma linha, a socialização do contrato, devidamente amparada no sistema constitucional e consagrada expressamente pelo art. 421 do Código Civil, não poderia, em nosso entender, sofrer ulterior constrição ou violência por parte de outra lei ordinária, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

A essa conclusão chegamos, uma vez que, ao ferir esse princípio, os direitos e as garantias acima mencionados também restariam vulnerados.

Nesse passo, lembramo-nos do que o magistral J. J. GOMES CANOTILHO denominou princípio da vedação ao retrocesso ou do não retrocesso social: “Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo”.

E mais adiante arremata: “O reconhecimento desta proteção de ‘direitos prestacionais de propriedade’, subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjetivamente alcançadas”¹⁰.

Embora concebido, segundo esse trecho do pensamento do ilustre constitucionalista, para ser aplicado sobretudo em defesa dos direitos sociais, nada impede que transplantemos o princípio do não retrocesso social para o âmbito do direito contratual, uma vez que, segundo a perspectiva constitucional

pela qual estudamos esse último, a violação da função social do contrato traduzir-se-ia, sem dúvida, em inegável retrocesso em nossa nova ordem jurídica.

2.2. A função social do contrato no Código Civil de 1916: análise da omissão legislativa Não por simples razão histórica, o Código Civil de 1916 ignorou a função social do contrato e da propriedade.

Quando da elaboração do seu projeto (1899) — fruto do empenho de CLÓVIS BEVILÁQUA, com inegável influência do esforço dos juristas que o antecederam, com destaque para TEIXEIRA DE FREITAS — vivia-se em uma sociedade de economia rudimentar, pós-escravocrata, e recém-ingressa na República¹¹.

Todos esses fatores, agregados ao poderio reacionário e à força política dos senhores de terra, apontavam no sentido oposto ao da socialização da propriedade e, por consequência, do contrato.

Com isso, acentuou-se uma nítida vocação materialista do Código de 1916, pouco afeito aos valores essenciais da pessoa humana, e imbuído cegamente do firme propósito de tutelar o crédito e a propriedade, mantendo ainda, a todo o custo, a estabilidade da família casamentária, pouco importando a dignidade do devedor ou o reconhecimento do filho bastardo.

Embora não possamos negar a sua grandeza técnica, sem cometermos grave injustiça, o fato é que o codificador de 1916 absorveu, demasiadamente, os valores individualistas, patriarcais e conservadores da sociedade de então.

Aliás, se fizermos uma detida análise do pensamento filosófico do grande BEVILÁQUA, elaborador do projeto do Código de 1916, poderemos detectar nítida vocação positivista, com acentuados matizes de materialismo existencial: “Resta, pois, por exclusão, a necessidade de acreditarmos numa causa externa para as nossas sensações. E esta causa, se ainda fugirmos à providência, ao espírito soberano (governing spirit), de Berkeley, há de ser forçosamente a matéria”¹² (grifamos).

E foi somente a partir do primeiro quarto do século XX, como já vimos, que o Estado Liberal cederia lugar ao Estado Social, refletindo-se esse processo político na ordem jurídica mundial.

No Brasil, entretanto, após vivermos os negros anos da ditadura, esse reflexo só viria a ser sentido mais tarde, com o processo político de redemocratização e a implantação efetiva, no plano constitucional, do Estado de Direito.

Isso mesmo.

Por incrível que possa parecer, a nossa legislação contratual — e civil em geral — somente se aperfeiçoou, alinhando-se aos sistemas mais avançados do mundo ocidental, após a entrada em vigor da atual Constituição Republicana. Com ela, valores de elevação da pessoa humana, além de princípios norteadores de um planejamento econômico sustentado, fariam com que a nossa legislação ordinária, sob muitos aspectos obsoleta, viesse a ser repensada e reconstituída.

Comprovando esse fato, veja o nosso amigo leitor quantas leis — reputadas avançadas — foram editadas após a Magna Carta de 1988: o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), as Leis de Proteção à Ordem Econômica (Leis n. 8.137/90, 8.176/91 e 8.884/94, entre outras), a Lei Punitiva de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613/98), a Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98), a Lei do Bem de Família (Lei n. 8.009/90) etc.

Tudo isso a demonstrar a veracidade do que dissemos: a abertura do nosso horizonte ideológico na perspectiva civil deu-se, efetivamente, após a Constituição de 1988. Entretanto, um ponto deve ser ressaltado. Se, em nossa sociedade, a cultura que diz respeito à Constituição fosse mais valorizada e incentivada, talvez não precisássemos de tantas leis, medidas provisórias, decretos ou regulamentos, os quais, muitas vezes, explicitam simplesmente o óbvio.

E o óbvio é aquilo que já estava na Magna Carta, embora a miopia intelectual dos aplicadores do direito — alimentada muitas vezes por poderosas forças políticas ou econômicas — negasse a reconhecer.

Vivemos, no Brasil, em larga escala — e aqui tomaremos de empréstimo uma expressão amplamente difundida entre os penalistas¹³ — um verdadeiro Direito Civil Simbólico. Para cada questão que se afigure relevante, o Estado apressa-se em aprovar uma lei ou — pior — uma medida provisória, para, simplesmente, “arrefecer” os ânimos sociais acerca de determinada matéria, quando, em verdade, se tivéssemos cuidado de aplicar com efetividade a nossa Carta Constitucional, tal preocupação legiferante restaria desnecessária.

E um exemplo do que dissemos é a própria entrada em vigor do novo Código Civil. Sem minimizarmos o alto quilate intelectual da comissão de juristas encarregada de elaborar o anteprojeto de Código Civil — coordenada pelo culto MIGUEL REALE —, o fato é que, dentro da tendência descentralizadora do Direito Civil mundial, mais razoável seria esperar do legislador que cuidasse de modernizar setorialmente o nosso sistema — como tem sido feito na seara processual —, valendo-se dos denominados microssistemas jurídicos, em vez de editar todo um código — imenso, diga-se de passagem — cuja formação se deu nos negros anos da ditadura.

Os microssistemas ou estatutos jurídicos, por sua vez, mais dinâmicos e funcionais, viabilizariam melhor o debate social das normas, sendo de adaptação mais fácil aos preceitos constitucionais.

Mas, uma vez que o novo Código Civil tornou-se realidade, incumbe-nos, sem perdermos a nossa consciência crítica, extrair da análise de suas normas a interpretação constitucional mais justa possível.

Passado o período da crítica à oportunidade do código, passemos à sua interpretação crítica, seguindo sempre a diretriz superior da nossa Carta Constitucional.

E é nesse contexto que iremos estudar, a seguir, o tratamento dispensado pelo Código de 2002 à função social do contrato.

2.3. Função social do contrato no Código de 2002: análise do art. 421

GUILLERMO BORDA, com acerto, assevera que “La experiencia social ha puesto de manifiesto que no es posible dejar librados ciertos contratos al libre juego de la voluntad de las partes sin perturbar la pacífica convivencia social”¹⁴.

Nesse contexto, já vimos, durante o decorrer de todo esse capítulo, que a socialização da propriedade culminou por se refletir na seara contratual, fazendo com que o legislador deixasse de conceber o contrato apenas como um instrumento de manifestação privada de vontade, para tomá-lo como elemento socialmente agregador.

A respeito do fundamento constitucional desse princípio, cuja ressonância, sem dúvida, reverbera no dogma maior do respeito à dignidade da pessoa humana, PAULO NALIN, citando o culto JUNQUEIRA, complementa: “Mas a construção

do pensamento da função social do contrato envolto aos efeitos que o negócio produz na coletividade já encontra espaço na prática judiciária. Conforme parecer civil de lavra de Junqueira de AZEVEDO, é exatamente esta a noção que se extrai da leitura do multicitado artigo 170, caput, da Constituição da República, sendo preceito destinado a que os contratos se estabeleçam em uma ‘ordem social harmônica’¹⁵.

De fato, os princípios vetores de uma ordem econômica sustentada e equilibrada, em que haja respeito ao direito do consumidor, ao meio ambiente e, como já observamos, à própria função social da propriedade, todos eles, reunidos e interligados, dão sustentação constitucional à função social do contrato. Nesse diapasão, o novo Código Civil, abrindo o capítulo dedicado à teoria geral dos contratos, consagrou esse importante preceito, nos seguintes termos: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

A interpretação desse dispositivo nos leva a conclusões interessantes. Ao mencionar que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, o legislador estabeleceu, de uma só vez, um critério finalístico ou teleológico e outro critério limitativo para a caracterização desse princípio.

Sob o primeiro enfoque, toda a atividade negocial, fruto da autonomia da vontade, encontra a sua razão de ser, o seu escopo existencial, na sua função social. Trata-se, nesse particular, de referência desnecessária, uma vez que não deveria o legislador assumir o papel da doutrina, para tentar apontar “razão ou justificativa” desse ou daquele princípio ou instituto, tarefa desnecessária e perigosa, pois poderá restringir indevidamente as construções pretorianas. Talvez, por esse motivo, o Projeto de Reforma do Código Civil (PL n. 6.960/2002 — atual n. 699/2011), caso aprovado, pretenda alterar o presente artigo para suprimir a expressão “em razão”, mantendo o restante da norma.

Já sob o segundo aspecto, temos que essa liberdade negocial deverá encontrar justo limite no interesse social e nos valores superiores de dignificação da pessoa humana. Qualquer avanço para além dessa fronteira poderá caracterizar abuso, judicialmente atacável. Nesse ponto sim, andou bem o legislador, ao impor limite à liberdade de contratar, em prol do interesse social.

O banimento das cláusulas leoninas não se deve dar apenas no âmbito trabalhista ou do consumidor, mas sim em todo e qualquer contrato, civil ou empresarial, entre partes economicamente iguais ou não¹⁶. Assim deve ser a nova doutrina contratualista, segundo uma perspectiva civil constitucional. Imagine-se, por exemplo, que se tenha pactuado um contrato de engenharia (para a instalação de uma fábrica). Mesmo que o negócio pactuado seja formalmente perfeito (agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei etc.), se a legislação ambiental ou de segurança no trabalho, por exemplo, houver sido violada, tal avença não haverá respeitado a sua função social, não devendo ser cancelada pelo Poder Judiciário. Na mesma linha, se se pretendeu instalar a indústria para fim de lavagem de dinheiro.

Claro está que, em caso de dano, poderá o prejudicado intentar ação indenizatória, sem que descartemos a hipótese de se poder atacar até mesmo a sua validade, pois, se a infringência ao superior princípio houver derivado de fraude à lei, hipótese bastante factível, nada impede que se obtenha judicialmente a nulidade do próprio contrato.

Nesse sentido, estabelece o art. 166 do Código Civil:

“Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I — celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II — for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III — o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV — não revestir a forma prescrita em lei;

V — for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI — tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII — a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”.

Vê-se, portanto, que tal regra possibilita, inclusive, que ganhe novos contornos até mesmo a legitimidade para requerer judicialmente a invalidação, pois o próprio Ministério Público poderá, desde que o interesse público assim o justifique, pretender a nulidade do contrato, nos termos acima apontados, como já lhe era reconhecido quanto às relações de consumo¹⁷, facultando-se-lhe, inclusive, lançar mão da disregard doctrine (doutrina da desconsideração da pessoa jurídica), consagrada pelo art. 50 do Código Civil¹⁸, para efeito de concretização do comando sentencial.

Discorrendo a respeito desse importante princípio, ARNOLDO WALD notou que: “A atribuição de uma função social ao contrato é decisão oportuna ao legislador que, em tese, não altera o respectivo regime jurídico, pois já se repelia o abuso de direito, com base na interpretação do art. 160 do CC/1916 e na norma constitucional de 1988. Efetivamente, a partir do momento em que o direito constitucional brasileiro considerou que a propriedade tinha uma função social (art. 5.º, XXIII), conceituando-a amplamente, ou seja, no sentido de abranger todos os bens, o mesmo princípio haveria de ser aplicado aos contratos. Assim, em termos gerais, pode-se considerar que o novo Código explicitou uma norma constitucional, ratificando o entendimento implícito da legislação anterior e da construção jurisprudencial”¹⁹. Diante dessa lúcida colocação, observamos apenas que, ao consagrar expressamente esse princípio, o legislador trouxe mais segurança à atividade jurisprudencial, considerando-se que muitos juízes recalcitravam em reconhecer norma que não estivesse estampada no corpo da lei codificada.

2.4. A função social do contrato e os defeitos do negócio jurídico

Nessa mesma linha de intelecção, entremostrando ainda mais a nítida preocupação socializante do novo Código, cuidou-se ainda de se disciplinar dois outros defeitos do negócio jurídico, intimamente conectados à ideia de solidarismo social: a lesão e o estado de perigo²⁰, e que também têm reflexo na seara contratual.

De fato, ao prever essas duas espécies de vício, pretendeu-se amparar um dos contratantes da esperteza ou ganância do outro, resguardando-se, assim, o propósito maior de se impedir, a todo custo, o abuso de direito²¹.

Pode-se conceituar a lesão como sendo o prejuízo resultante da desproporção existente entre as prestações de um determinado negócio jurídico, em face do abuso da inexperiência, necessidade econômica ou leviandade de um dos declarantes.

Traduz, muitas vezes, o abuso do poder econômico de uma das partes, em detrimento da outra, hipossuficiente na relação jurídica.

Trata-se de uma figura jurídica com raiz no Direito Romano²², que fez história no Brasil, ontem e hoje.

Na época da imigração italiana, por exemplo, muitos coronéis induziam os lavradores a comprar mantimentos nos armazéns da própria fazenda, a preços e juros absurdos, exorbitantes. Além de atuarem de má-fé, o contrato não guardava equilíbrio econômico entre as prestações, caracterizando velada forma de extorsão.

Os anos se passaram, mas algumas práticas abusivas persistiram com novas tonalidades e matizes.

Hoje, não mais os coronéis de outrora, mas grandes indústrias, empresas e instituições financeiras, muitas delas formando cartéis, lançam no mercado produtos e serviços, alguns de primeira necessidade, os quais são adquiridos por consumidores de todas as idades, sem que possam discutir os termos do negócio que celebram, os juros que são estipulados e as garantias que se lhes exigem.

Vivemos a era da contratação em massa, em que o contrato de adesão é o maior veículo de circulação de riquezas, e, paradoxalmente, o mais eficaz instrumento de opressão econômica que o Direito Contratual já criou.

Todo este processo, agravado pela eclosão das duas grandes guerras mundiais, e, posteriormente, pela própria globalização, levou o Estado a intervir na economia, editando leis que combatessem a usura, a eliminação da concorrência e a própria lesão nos contratos.

O primeiro diploma brasileiro a tratar da lesão, ainda que sob o aspecto criminal, foi a Lei n. 1.521, de 26-12-1951 (Lei de Economia Popular), que, em seu art. 4.º, previa:

“Art. 4.º Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se

considerando:

(...)

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

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros”.

A despeito de se tratar de norma penal, a doutrina firmou entendimento no sentido de que o comportamento ilícito do agente também repercutiria na seara cível, autorizando a invalidação do contrato.

Quase quarenta anos mais tarde, a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), combatendo a lesão nos contratos de consumo, em seu art. 6.º, V, elencou como direito do consumidor: “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais”, e, mais adiante, em seu art. 39, V, capitulou como prática abusiva “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”. Além disso, no art. 51, IV, considerou nulas de pleno direito as cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”, complementando, em seu § 1.º, que se presume exagerada a vantagem que “III — se mostre excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares do caso”.

Note-se que, na sistemática do CDC, a recusa de modificação dos termos do contrato determinará, não a simples anulação, mas a nulidade absoluta e de pleno direito da cláusula contratual considerada abusiva, por se reconhecer violação a superiores princípios de ordem pública.

O Código de 1916, a despeito da importância da matéria, não cuidou de indicar, entre os defeitos do negócio jurídico, a lesão.

O novo Código Civil, contornando a omissão, previu, em seu art. 157, que:

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

§ 1.º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2.º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou

se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”.

Analisando ainda o art. 157, pode-se concluir ter havido uma verdadeira mudança axiológica do novo Código Civil, prevendo este vício de consentimento como uma verdadeira limitação à autonomia individual da vontade, não mais admitindo o chamado “negócio da china”, uma vez que não se aceitará mais passivamente a ocorrência de negócios jurídicos com prestações manifestamente desproporcionais.

Deu-se, pois, nesse particular, atenção à função social dos negócios jurídicos em geral, especialmente do contrato.

Já o estado de perigo, também consagrado pelo novo Código Civil, é um defeito do negócio jurídico que guarda características comuns com o estado de necessidade, causa de exclusão de ilicitude no Direito Penal²³.

Configura-se quando o agente, diante de situação de perigo conhecido pela outra parte, emite declaração de vontade para salvaguardar direito seu, ou de pessoa próxima, assumindo obrigação excessivamente onerosa.

Identifica-se, no caso, uma especial hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, ante a iminência de dano por que passa o agente, a quem não resta outra alternativa senão praticar o ato. Nesse sentido, o art. 156 do novo Código Civil:

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

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias”.

Pode-se, portanto, concluir, com acerto, que a disciplina desses dois novos defeitos, ensejadores da anulabilidade do contrato celebrado, afina-se com a moderna principiologia do direito contratual, que está não apenas voltado à manifestação volitiva em si, mas, sobretudo, à própria repercussão social do negócio jurídico maculado.

3. PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA MATERIAL

Desenvolvido pelo culto professor e amigo PAULO LUIZ NETTO LÔBO, “o princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e

obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio clássico *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas”²⁴.

Entretanto, diferentemente do mencionado autor, preferimos, por razões didáticas e metodológicas, tratar desse princípio como um subproduto normativo do princípio maior, senão axial, da função social do contrato, visto que, sem dúvida, no campo de abrangência deste último encontra-se subsumido.

Em verdade, tal princípio pode ser considerado um desdobramento da manifestação intrínseca da função social do contrato e da boa-fé objetiva, na consideração, pelo julgador, do desequilíbrio recíproco real entre os poderes contratuais ou da desproporcionalidade concreta de direitos e deveres²⁵, o que, outrora, seria inadmissível.

Nessa linha, como ensina o grande mestre alagoano, apresentador deste tomo: “O princípio da equivalência material desenvolve-se em dois aspectos distintos: subjetivo e objetivo. O aspecto subjetivo leva em conta a identificação do poder contratual dominante das partes e a presunção legal de vulnerabilidade. A lei presume juridicamente vulneráveis o trabalhador, o inquilino, o consumidor, o aderente de contrato de adesão. Essa presunção é absoluta, pois não pode ser afastada pela apreciação do caso concreto. O aspecto objetivo considera o real desequilíbrio de direitos e deveres contratuais que pode estar presente na celebração do contrato ou na eventual mudança do equilíbrio em virtude das circunstâncias supervenientes que levem à onerosidade excessiva para uma das partes”²⁶.

De fato, somente se poderá atingir o tão almejado solidarismo social, em fina sintonia com a proteção da dignidade da pessoa humana, se o contrato buscar, de fato, o equilíbrio entre as prestações das partes pactuantes, evitando-se, assim, o abuso do poder econômico e a tirania — já anacrônica — do vetusto *pacta sunt servanda*.

Assim, institutos jurídicos, tais como a lesão e o estado de perigo, já referidos, bem como a admissibilidade da teoria da imprevisão²⁷, a ser trabalhada em capítulo próprio²⁸, visam, afinal, resguardar essa equivalência material²⁹, e, em último plano, a própria função social do contrato.

Enfrentemos, no próximo capítulo, o tema da boa-fé objetiva em matéria contratual.

1 Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 299. Cumpre-nos registrar que esta ilustrada autora, após mencionar a existência de controvérsia doutrinária, traça diferença entre cláusula geral e princípio jurídico (p. 315 e s.), e, também, entre cláusula geral e conceitos indeterminados (p. 324 e s.). Não perfilhamos, data venia, tal entendimento, por não reconhecermos a existência de suficiente substrato diferencial, mormente na perspectiva dogmática, entre esses conceitos. Ademais, não haveria também, em nosso sentir, reflexo de tal diferenciação no plano eficaz. Por tais razões, utilizamos as referidas expressões no mesmo sentido.

2 Giselda Maria F. Novaes Hironaka, *Direito Civil — Estudos*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 105. 3 Cf. Capítulo I (“Introdução à Disciplina Jurídica dos Contratos”).

4 Constituição Federal de 1988: “Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII — é garantido o direito de propriedade;

XXIII — a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV — a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV — no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI — a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”.

5 Humberto Theodoro Jr., *O Contrato e Sua Função Social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 43.

6 Confira-se sua excelente obra: Paulo Roberto Nalin, *Do Contrato: Conceito Pós-moderno — Em Busca de Sua Formulação*

na Perspectiva Civil-Constitucional, Curitiba: Juruá, 2001.

7 Eduardo Sens Santos, *O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: Exame da Função Social do Contrato*, in *Revista Brasileira de Direito Privado*, n. 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2002, p. 29.

8 José Reinaldo de Lima Lopes, *O Direito na História — Lições Introdutórias*, São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 400.

9 Exemplo de lei que traduz essa nova mentalidade socializante é o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 1990).

10 J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2. ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 322-3.

11 Sobre a história da codificação brasileira, confira-se o Capítulo II (“A Codificação do Direito Civil”) do v. I (“Parte Geral”) desta obra.

12 Clóvis Beviláqua, *Filosofia Geral*, São Paulo: EDUSP-Grijalbo, p. 112. Em pesquisa preparatória de exposição oral no Curso de Mestrado da PUCSP, na disciplina *Filosofia do Direito*, dirigida pelo culto Professor Dr. Willis Santiago Guerra Filho, Pablo Stolze Gagliano realizou estudo do pensamento filosófico do grande Clóvis Beviláqua, observando, em sua doutrina positivista, acentuados traços cientificistas, senão darwinianos, com inequívoca aversão à metafísica. Alguns trechos do livro estudado merecem referência, como este em que afirma (injustificadamente, em nosso sentir) que nosso povo, pelas próprias condições étnicas, climáticas, geográficas e econômicas, é vocacionado à moleza e à inaptidão científica: “As condições étnicas fazem com que nós só possamos valer alguma coisa pela pujança de nossa lírica; as condições econômicas mal nos permitem esse respiradouro.

Consequência — nulidade científica (p. 36)”. E adiante, comentando a necessidade de se valorizar a investigação científica, adverte: “e não é pequeno serviço esse, para um povo a que o clima prodigalizou indolência e moleza (p. 42)”. Finalmente, antes que o nosso leitor decepcione-se de vez com o renomado autor, observamos que o mesmo não perdeu de vez a esperança em nossa força, quando profetiza: “Alicerce para uma grande nação nós possuímos, vê-se, o que nos falta, é energia no povo para arredar de seu caminho os homens que tudo sacrificam a seus interesses pessoais, e ao governo perspicácia para compreender as necessidades do país e seus elementos de vida (p. 33)”.

13 Sobre o tema, há farta doutrina nacional e estrangeira. Para um aprofundamento, sugerimos a leitura dos excelentes trabalhos do penalista baiano Paulo de Souza Queiroz (*Direito Penal — Introdução Crítica*, São Paulo: Saraiva, 2001, e *Funções do Direito Penal*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001), além das obras essenciais: Nils Christie, *A Indústria do Controle do Crime*, Rio de Janeiro: Forense, 1998; Raul Eugenio Zaffaroni, *Em Busca das Penas Perdidas*, Rio de Janeiro: Revan, 1991; Janaina Conceição Paschoal, *Constituição, Crimi nalização e Direito Penal Mínimo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; Leonardo Sica, *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; Nilo Batista, *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro: Revan, 1990; Louk Hulsman, *Penas Perdidas — O Sistema Penal em Questão*, 2. ed., Rio de Janeiro: Luam, 1997; Gamil

Föppel El Hireche, *A Função da Pena na Visão de Claus Roxin*, Rio de Janeiro: Forense, 2004; Odone Sanguiné, "Função Simbólica da Pena", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Aequitas-Editorial Notícias, 1995; e Alessandro Baratta, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, Rio de Janeiro: Revan, 1982.

14 Guillermo Borda, *ob. cit.*, p. 16.

15 Paulo Nalin, *ob. cit.*, p. 221.

16 "BANCOS. Juros. Juros de inadimplência. Um bilhão e duzentos milhões de reais pelo financiamento de 90.000 dólares. Não ofende a lei, antes lhe dá adequada interpretação, o acórdão que manda aplicar, para depois de lançado o débito em 'créditos em liquidação', as taxas constantes da tabela do Tribunal para a liquidação judicial, e assim reduzir para R\$ 355.209,00 a dívida do financiamento de US\$ 90,000.00, pelo qual o Banespa estava cobrando, em 1998, a quantia de R\$ 1.282.973.258,00 (um bilhão, duzentos e oitenta e dois milhões, novecentos e setenta e três mil, duzentos e cinquenta e oito reais). Honorários em favor do advogado dos embargantes fixados com equidade. Primeiro recurso do Banco, não conhecido; conhecido e provido em parte o segundo" (STJ, REsp 494.377/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4.^a Turma, j. 10-6-2003, DJ, 8-3-2004, p. 260).

17 "Ação civil pública. Contrato de abertura de crédito (cheque especial). Relação de consumo. Pretensão de decretar-se a nulidade de determinadas cláusulas tidas como abusivas. Interesses ou direitos coletivos. Legitimação do Ministério Público. O contrato bancário de abertura de crédito (cheque especial) submete-se à disciplina do Código de Defesa do Consumidor. Tratando-se de ação que visa à proteção de interesses coletivos e apenas de modo secundário e consequencial, à defesa de interesses individuais homogêneos, ressaí clara a legitimação do Ministério Público para intentar a ação civil pública. Precedentes do STJ.

Recurso especial não conhecido, prejudicada a Medida Cautelar n. 2640-RJ" (STJ, REsp 292.636/RJ; REsp (2000/0132618-0), DJ,

16-9-2002, p. 190, RSTJ, rel. Min. Barros Monteiro, j. 11-6-2002, 4.^a Turma) 18 Como nosso livro também é pensado para os prezados amigos concursandos de todo o País, registramos que, no XIX Concurso Público para o Cargo de Procurador da República, realizado em 2003, foi exigida, na prova subjetiva, justamente esta nova visão do contrato, inclusive com citação doutrinária de alto quilate, sendo apresentada uma questão com o seguinte teor: "O contrato que tem o modelo liberal como seu paradigma, cujo princípio máximo é a autonomia da vontade, reflete, na verdade, um momento histórico que não corresponde mais à realidade atual. Essa concepção tradicional do contrato, que tem na vontade a única fonte criadora de direitos e obrigações, formando lei entre as partes, sobrepondo-se à própria lei, bem como a visão do Estado ausente, apenas garantidor das regras do jogo, estipuladas pela vontade dos contratantes, já há muito vem tendo seus pilares contestados e secundados pela nova realidade social que se impõe. Dessa forma o contrato se transforma para se adequar às exigências da nova realidade..." (Alinne Arquete Leite Novais, in *Problemas de Direito Civil Constitucional*, p. 17, Org. Gustavo Tepedino, ed. Renovar) — dissertação sobre A nova teoria contratual: seus principais paradigmas e diferenças com relação à concepção tradicional de contrato".

19 Arnoldo Wald, *O Novo Código Civil e o Solidarismo Contratual*, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 21, p. 35, jul./set. 2003, ano 6.

20 Nesse mesmo sentido, o culto Wald, *ibidem*, p. 36.

21 Sobre esse tema, conferir os tópicos 2.4 ("Lesão") e 2.5 ("Estado de perigo") do Capítulo XIII do v. I ("Parte Geral") desta obra.

22 Destacava-se a importância da lesão enorme (*laesio enormis*) no Direito Romano. Para a caracterização do vício, bastava que, em um contrato de compra e venda, a desproporção entre as prestações fosse superior à metade do preço justo. A sua fonte histórica, segundo os romanistas, seria o Código de Justiniano.

23 CP: "Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I — em estado de necessidade;

II — em legítima defesa;

III — em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Parágrafo único. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. § 1.º Não pode alegar

estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. § 2.º Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços”.

24 Paulo Luiz Netto Lôbo, *Princípios Sociais dos Contratos no CDC e no Novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002, disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>. Acesso em 7 de dezembro de 2003.

25 “Compra e venda. Laranja. Preço. Modificação substancial do mercado. O contrato de compra e venda celebrado para o fornecimento futuro de frutas cítricas (laranja) não pode lançar as despesas à conta de uma das partes, o produtor, deixando a critério da compradora a fixação do preço. Modificação substancial do mercado que deveria ser suportada pelas duas partes, de acordo com a boa-fé objetiva (art. 131 do C. Comercial). Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp 256.456/SP; REsp (2000/0039981-7), DJ, 7-5-2001, p. 147; JBCC, v. 191, p. 234, RDR, v. 20, p. 400, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 22-3-2001, 4.ª Turma).

26 Paulo Luiz Netto Lôbo e Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Júnior (coords.), *A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil*, Recife: Ed. Nossa Livraria, 2003, p. 18-9.

27 “Apelação cível. Medida cautelar. Ação revisional. Teoria da imprevisão. Desequilíbrio contratual. 1) A lide versa sobre a desvalorização do real frente ao dólar e se refere aos contratos de compra e venda com reserva de domínio. 2) O excesso de onerosidade do contrato por conta da utilização do dólar como indexador caracteriza conduta de lesa-cidadania, promovendo o enriquecimento sem causa do credor e o simultâneo empobrecimento sem causa do devedor. 3) Considerando-se a onerosidade excessiva e o flagrante desequilíbrio contratual, os encargos decorrentes da abrupta elevação da taxa do dólar devem ser divididos entre apelante e apelado. 4) Aplicação da Teoria da Imprevisão e da melhor jurisprudência a respeito. 5) Provimento parcial do recurso da ré” (TJRS, 2005.001.36479 — Ap. Cív., Des. José Carlos Paes, j. 14-2-2006, 14.ª Câmara Cív.).

28 Confira-se o Capítulo XVI (“Teoria da Imprevisão e Resolução por Onerosidade Excessiva”).

29 Para um aprofundamento da matéria, recomendamos a leitura da excelente

Universidade Paulista
Disciplina: Contratos em geral
Profa.: Ms. Márcia S. Soares
Turmas: 5º e 6º períodos

Atividade 3 – Questionário baseado no texto “ A função dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes Súmulas do Superior Tribunal de Justiça” – Autor: Flávio Tartuce

Obs: Essa atividade vale 0,5 ponto, devendo ser manuscrita pelo próprio aluno.

- 1) O que determina o Enunciado n. 23 do Conselho de Justiça Federal acerca dos contratos.
- 2) Cite o exemplo do efeito extra-partes dos contratos.
- 3) O autor afirma que a tese pela qual o contrato visa principalmente a segurança jurídica está superada. Explique tal assertiva.
- 4- Explique o efeito da aplicação da Súmula 308 do S.T.J.
- 5- Explique o efeito da aplicação da Súmula 302 do S.T.J.
- 6- Explique o efeito da aplicação da Súmula 295 e 297 do S.T.J.
- 7- Explique o efeito da aplicação da Súmula 286 do S.T.J.

A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS, A BOA-FÉ OBJETIVA E AS RECENTES SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.⁴⁴
Flávio Tartuce.⁴⁵

Sumário: 1. INTRODUÇÃO. 2. A SÚMULA 308 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A RESTRIÇÃO DOS EFEITOS DA HIPOTECA.. 3. A SÚMULA 302 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A ABUSIVIDADE

⁴⁴ Artigo publicado na *Revista científica da Escola Paulista de Direito* (EPD – São Paulo). Ano I. N. I. Maio/Agosto de 2005. Coordenação científica Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

⁴⁵ Graduado pela Faculdade de Direito da USP em 1998. Especialista em Direito Contratual pela COGAE-PUC/SP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC/SP. Professor dos cursos de pós-graduação em Direito Civil, Direito Civil e Processo Civil e Direito Empresarial da Escola Paulista de Direito (EPD). Autor e colaborador de obras jurídicas. Advogado em São Paulo. Site: www.flaviotartuce.adv.br.

DA CLÁUSULA RESTRITIVA DE INTERNAÇÃO EM CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE. 3. AS SÚMULAS 297 E 285 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ÀS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS E FINANCEIRAS. 4. A SÚMULA 286 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A POSSIBILIDADE DE REVISÃO DE CONTRATOS OBJETO DE NOVAÇÃO. 5. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO.

Em nosso livro *A Função Social dos Contratos*, tivemos a oportunidade de demonstrar toda a evolução pela qual vem passando o contrato, particularmente todas as alterações substanciais pelas quais vem passando esse instituto, que é basilar e fundamental não só para o Direito Civil, como para todo o Direito Privado.⁴⁶

Não vamos, aqui, repetir todos os conceitos que constaram naquela obra. Na realidade, o presente trabalho serve como atualização antecipada do nosso trabalho, trazendo novos tratamentos jurisprudenciais dados tanto em relação à função social dos contratos quanto à boa-fé objetiva. Isso, inclusive, para demonstrar que a jurisprudência de nossos Tribunais superiores vêm acompanhando essa tendência.

De qualquer forma, pertinente lembrar que, pela função social dos contratos, os negócios jurídicos patrimoniais devem ser analisados de acordo com o meio social. Não pode o contrato trazer onerosidades excessivas, desproporções, injustiça social.⁴⁷ Também, não podem os contratos violar interesses metaindividuais ou

⁴⁶ Flávio Tartuce. *A Função Social dos Contratos. Do Código de Defesa do Consumidor ao Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005.

⁴⁷ Não se pode esquecer que o contrato é importante fonte obrigacional. Nesse sentido, Nelson Rosenvald, um dos mais brilhantes juristas da nova geração sintetiza muito bem como deve ser encarada a obrigação atualmente: “*A obrigação deve ser vista como uma relação complexa, formada por um conjunto de direitos, obrigações e situações jurídicas, compreendendo uma série de deveres de prestação, direitos formativos e outras situações jurídicas. A obrigação é tida como um processo – uma série de atos relacionados entre si -, que desde o início se encaminha a uma finalidade: a satisfação do interesse na prestação. Hodiernamente, não mais prevalece o status formal das partes, mas a finalidade à qual se dirige a relação dinâmica. Para além da perspectiva tradicional de subordinação do devedor ao credor existe o bem comum da relação obrigacional, voltado para o adimplemento, da forma mais satisfativa ao credor e menos onerosa ao devedor. O bem comum na relação obrigacional traduz a solidariedade mediante a cooperação dos indivíduos para a satisfação dos interesses patrimoniais recíprocos, sem comprometimento dos direitos da personalidade e da dignidade do credor e devedor*” (*Dignidade Humana e Boa-Fé*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 204).

interesses individuais relacionados com a proteção da dignidade humana, conforme reconhece Enunciado n. 23 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*.⁴⁸

Assim sendo, entendemos que a função social dos contratos traz conseqüências dentro do contrato (*intra partes*) e também para fora do contrato (*extra partes*).

Como efeito *intra partes*, citamos a previsão do art. 413 do novo Código Civil, exemplo típico de relativização da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*), justamente uma das conseqüências da função social dos negócios jurídicos. Por esse dispositivo, o juiz deve reduzir o valor da cláusula penal se a obrigação tiver sido cumprida em parte ou se entender que a multa é excessivamente onerosa. Como o comando legal utiliza-se a expressão “*deve*” a redução é de ofício, sem a necessidade de argüição pela parte interessada. Isso é confirmado pela natureza jurídica do princípio da função social dos contratos, de ordem pública, conforme previsão do art. 2.035, parágrafo único, do próprio Código Civil.⁴⁹

Como exemplo de efeitos *extra partes*, citamos um caso em que o contrato, pelo menos aparentemente, é bom para as partes, mas ruim para a sociedade. Podemos citar um contrato celebrado entre uma empresa e uma agência de publicidade. O contrato é civil e paritário, não trazendo qualquer desequilíbrio ou quebra do *signalagma*. Entretanto, a publicidade veiculada é discriminatória (publicidade abusiva – art. 37, § 2º do CDC), estando nesse ponto presente o vício. Pela presença do abuso de direito, o contrato pode ser tido como nulo, combinando-se os arts. 187 e 166, VI, do novo Código Civil – nulidade por fraude à lei imperativa diante do ato emulativo.⁵⁰

⁴⁸ “Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

⁴⁹ Entendemos que a função social do contrato tem respaldo na Constituição Federal. Primeiro, na tríade *dignidade-solidariedade-igualdade*, que consubstancia o Direito Civil Constitucional, constantes dos arts. 1º, 3º e 5º da Norma Fundamental. Segundo, na função social da propriedade (art. 5º, XXII e XXIII e art. 170, III da CF/88) (Flávio Tartuce. *Função Social dos Contratos*, ob, cit.). Sobre o Direito Civil Constitucional recomendamos a leitura da obra de Gustavo Tepedino (*Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004).

⁵⁰ Vale citar uma passagem de Luigi Ferri, citando Acarelli no sentido de que o juiz deverá anular qualquer acordo de vontades pela simples ocorrência de um dano potencial à sociedade, mesmo que haja algum outro interesse comum (Luigi Ferri. *La Autonomia Privada*. Tradução e notas em espanhol por Luis Sancho Mendizibal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 438)

Ao lado da função social dos contratos, a boa-fé objetiva procura valorizar a conduta de lealdade dos contratantes em todas as fases contratuais (art. 422 do novo Código Civil - *função de integração da boa-fé*).

Na dúvida, os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé (art. 113 do novo Código Civil – *função de interpretação da boa-fé*). Em reforço, lembramos a interpretação a favor do consumidor (art. 47 do CDC) e do aderente (art. 423 do novo Código Civil).

Por fim, a boa-fé objetiva está relacionada com deveres anexos, inerentes a qualquer negócio. A quebra desses deveres caracteriza o abuso de direito (art. 187 do novo Código Civil – *função de controle da boa-fé*).

Sem dúvidas, esses dois princípios trazem uma nova dimensão contratual. Felizmente, antes mesmo do novo Código Civil a nossa melhor jurisprudência já vinha aplicando ao contrato esses novos paradigmas.

Superou-se a tese pela qual o contrato visa principalmente a segurança jurídica. Na realidade, o contrato tem a principal função de atender à pessoa e aos interesses da coletividade, diante da tendência de *personalização do Direito Privado*.⁵¹ Essa a real função dos contratos!

As súmulas a seguir, felizmente, servem para demonstrar essa tendência. Passamos a analisar o seu conteúdo.

2. A SÚMULA 308 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A RESTRIÇÃO DOS EFEITOS DA HIPOTECA.

Prevê a Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça que: “*A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel*”. Trata-se de súmula com relevante enfoque sociológico.

Ora, sabe-se que a hipoteca é um direito real de garantia sobre coisa alheia, que recai principalmente sobre bens imóveis, tratada entre os arts. 1.473 a 1.505 do atual Código Civil. Sem prejuízo dessas regras especiais, a codificação traz ainda regras gerais quanto aos direitos reais de garantia, entre os seus artigos 1.419 a 1.430.

⁵¹ Sobre a *personalização do Direito Privado*, recomendamos as contribuições de Luiz Edson Fachin, particularmente a brilhante obra *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo* (Rio de Janeiro: Renovar, 2001).

Um dos principais efeitos da hipoteca é a constituição de um vínculo real, que acompanha a coisa (art. 1.419). Esse vínculo real tem efeitos *erga omnes*, dando direito de excussão ao credor hipotecário, contra quem esteja o bem (art. 1.422).

Exemplificando, se um imóvel é garantido pela hipoteca, é possível que o credor reivindique o bem contra terceiro adquirente do bem, o que traz o que se denomina *direito de seqüela*. Assim, não importa se o bem foi transferido a terceiro; esse também perderá o bem, mesmo que o tenha adquirido de boa-fé.⁵²

A constituição da hipoteca é muito comum em contratos de construção e incorporação imobiliária, visando um futuro condomínio edilício. Como muitas vezes o construtor não tem condições econômicas para levar a frente a sua obra, celebra um contrato de empréstimo de dinheiro com um terceiro (agente financeiro ou agente financiador), oferecendo o próprio imóvel como garantia, o que inclui todas as suas unidades do futuro condomínio.

Iniciada a obra, o incorporador começa a vender as unidades para terceiros, que no caso são consumidores, pois é evidente a caracterização da relação de consumo, nos moldes dos arts. 2º e 3º da Lei n. 8.078/90.

Diante da boa-fé objetiva e da força obrigatória que ainda rege os contratos, espera-se que o incorporador cumpra com todas as suas obrigações perante o agente financiador, pagando pontualmente as parcelas do financiamento. Assim sendo, não haverá maiores problemas.

Mas, infelizmente, como nem tudo são flores, nem sempre isso ocorre. Em casos tais, quem acabará perdendo o imóvel, adquirido a tão duras penas? O consumidor, diante do direito de seqüela advindo da hipoteca.

A referida súmula visa justamente proteger o último, restringindo os efeitos da hipoteca às partes contratantes. Isso, diante da boa-fé objetiva, já que aquele que adquiriu o bem pagou pontualmente as suas parcelas frentes à incorporadora, ignorando toda a sistemática jurídica que rege a incorporação imobiliária.

Presente a boa-fé do adquirente, não poderá ser responsabilizado o consumidor pela conduta da incorporadora, que acaba não repassando o dinheiro ao agente financiador. Fica claro, pelo teor da súmula, que a boa-fé objetiva também

⁵² Marco Aurélio S. Viana comenta muito bem esse efeito da hipoteca: “O que caracteriza o direito real de garantia é a vinculação de um bem ao cumprimento da obrigação. Sua função é assegurar ao credor a satisfação do crédito, colocando-o a cavaleiro da insolvência do devedor (Cf. Orlando Gomes, *Direitos Reais*, cit., v. 2, p. 468; Clóvis Bevilacqua, *Direito das Coisas*, cit., v. 2, p. 10). O titular do direito goza de seqüela e preferência. Vinculado o bem à garantia de uma prestação, sua transmissão implica na do gravame. Isso equivale a dizer que o titular do direito real de garantia acompanhará o bem, exigindo a satisfação do crédito, pouco importando em mãos de quem ele esteja. O valor do bem está afeto à satisfação do crédito. Assim, quem adquire imóvel hipotecado, por exemplo, poderá vê-lo levado à venda para pagamento da dívida que garantia. É o direito de seqüela” (Comentários ao Novo Código Civil. Volume XVI. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 700).

envolve ordem pública, pois caso contrário não seria possível a restrição do direito real.⁵³

Aliás, concluímos que a boa-fé objetiva é princípio de ordem pública interpretando o art. 167, § 2º, do novo Código Civil, que traz a inoponibilidade do ato simulado frente a terceiros e boa-fé. Esclarecemos. Como se sabe, a simulação gera, em regra, a nulidade absoluta do negócio celebrado. Mas essa nulidade absoluta, que envolve ordem pública, não poderá ser oposta frente a terceiros de boa-fé. Pois bem, se o princípio da boa-fé não envolvesse ordem pública, a boa conduta não faria frente ao ato simulado.

Superado esse ponto, entendemos que a súmula 308 do STJ também mantém relação com o princípio da função social dos contratos, já que visa preservar os efeitos do contrato de compra e venda do imóvel a favor do consumidor, parte economicamente mais fraca. Por essa simples razão, já mereceria os nossos aplausos.

Mas a súmula visa também proteger o direito à moradia, assegurado constitucionalmente, no art. 6º da Carta Política de 1988. Reforçando, tende-se a preservar o negócio jurídico, diante do princípio da conservação negocial, inerente à concepção social do contrato.⁵⁴

Concluindo, percebe-se que a eticidade e a socialidade acabam fazendo milagres no campo prático, relativizando o rigor formal da concepção dos

⁵³ A referência à boa-fé é expressa no recente julgado a seguir transcrito, do próprio STJ, já aplicando a recente súmula 380: “CIVIL E CONSUMIDOR. IMÓVEL. INCORPORAÇÃO. FINANCIAMENTO. SFH. HIPOTECA. TERCEIRO ADQUIRENTE. BOA-FÉ. NÃO PREVALÊNCIA DO GRAVAME. 1 - O entendimento pacificado no âmbito da Segunda Seção deste STJ é no sentido de que, em contratos de financiamento para construção de imóveis pelo SFH, a hipoteca concedida pela incorporadora em favor do Banco credor, ainda que anterior, não prevalece sobre a boa-fé do terceiro que adquire, em momento posterior, a unidade imobiliária. Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça. 2 - Recurso especial conhecido, mas não provido” (STJ, REsp 625045 / GO ; RECURSO ESPECIAL 2003/0229385-3, RELATOR: Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, Julgamento: 17/05/2005, Publicação: DJ 06.06.2005).

⁵⁴ Interessante aqui transcrever o Enunciado n. 22 do Conselho da Justiça Federal, também da I Jornada de Direito Civil, que traz a relação entre função social e conservação contratual: “Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”.

direitos reais, em prol da proteção do vulnerável, do hipossuficiente, daquele que sempre agiu conforme a boa-fé.

3. A SÚMULA 302 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA RESTRITIVA DE INTERNAÇÃO EM CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE.

Não se pode esquecer da grande importância do Código de Defesa do Consumidor para os contratos, uma vez que a grande maioria dos negócios jurídicos patrimoniais são de consumo, enquadrados nos arts. 2º e 3º da Lei n. 8.078/90.

Por muito tempo, afirmou-se que, havendo relação jurídica de consumo não seria possível a aplicação concomitante do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Isso, na vigência do Código anterior, eminentemente individualista e muito distante da proteção do vulnerável constante da Lei Consumerista.

Entretanto, atualmente e ao contrário, tem-se defendido um “*diálogo das fontes*” entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Por meio desse diálogo, deve-se entender que os dois sistemas não se excluem, mas se complementam. A tese foi trazida para o Brasil por Cláudia Lima Marques, utilizando os ensinamentos de Erik Jayme.⁵⁵ Isso se dá diante de uma aproximação principiológica entre os dois

⁵⁵ Cláudia Lima Marques demonstra as razões filosóficas e sociais da tese do “diálogo das fontes”: “Segundo Erik Jayme, as características da cultura pós-moderna no direito seriam o pluralismo, a comunicação, a narração, o que Jayme denomina de ‘le retour des sentiments’, sendo o Leitmotiv da pós-modernidade a valorização dos direitos humanos. Para Jayme, o direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade. O pluralismo manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão dos sistemas genéricos normativos (Zersplietierung), manifesta-se no pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção do meio ambiente, na pluralidade de agentes ativos de uma mesma relação, como os fornecedores que se organizam em cadeia e em relações extremamente despersonalizadas. Pluralismo também na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o ‘double coding’, e onde os valores são muitas vezes antinômicos. Pluralismo nos direitos assegurados, nos direitos à diferença e ao tratamento diferenciado aos privilégios dos ‘espaços de excelência’ (JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye, 1995, II, Kluwer, Haia, p. 36 e ss)” (MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Introdução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 24).

sistemas legislativos, principalmente no que tange aos contratos.⁵⁶

Pretendemos analisar a Súmula 302 do STJ à luz desse diálogo de complementariedade entre os dois sistemas, “*a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas*”.⁵⁷ Prevê a referida súmula que “*é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo o internação hospitalar do segurado*”.

A súmula somente consubstancia o que já vinha entendendo tanto a doutrina quanto a jurisprudência.⁵⁸ A abusividade da cláusula é flagrante, enquadrando-se inicialmente no art. 51, I, da Lei n. 8.078/90, pela qual é nula a cláusula que

⁵⁶ Sobre essa aproximação, aliás, foi aprovado o Enunciado nº 167 na *III Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em dezembro último, com o seguinte teor: “*Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos*”. As razões apontadas pelo magistrado paraibano e jovem civilista Wladimir Alcibiádes Marinho Falcão Cunha, autor da proposta, são pertinentes, merecendo transcrição o seguinte trecho: “*Entretanto pode-se dizer que, até o advento do Código Civil de 2002, somente o Código de Defesa do Consumidor encampava essa nova concepção contratual, ou seja, somente o CDC intervinha diretamente no conteúdo material dos contratos. Entretanto, o Código Civil de 2002 passou também a incorporar esse caráter cogente no trato das relações contratuais, intervindo diretamente no conteúdo material dos contratos, em especial através dos próprios novos princípios contratuais da função social, da boa-fé objetiva e da equivalência material. Assim, a corporificação legislativa de uma atualizada teoria geral dos contratos protagonizada pelo CDC teve sua continuidade com o advento do Código Civil de 2002, o qual, a exemplo daquele, encontra-se carregado de novos princípios jurídicos contratuais e cláusulas gerais, todos hábeis a proteção do consumidor mais fraco nas relações contratuais comuns, sempre em conexão axiológica, valorativa, entre dita norma e a Constituição Federal e seus princípios constitucionais. Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 são, pois, normas representantes de uma nova concepção de contrato e, como tal, possuem pontos de confluência em termos de teoria contratual, em especial no que respeita aos princípios informadores de uma e de outra norma*” (Proposta enviada por e-mail pelo próprio Conselho da Justiça Federal aos participantes da *III Jornada*).

⁵⁷ Marques, Cláudia Lima, *Comentários*, ob. cit., p. 26.

⁵⁸ Por todos os julgados, transcrevemos o seguinte: “*CONTRATO - Plano de saúde - Contrato de adesão - Relatividade das volições contratuais - Cláusula limitativa - Internação em unidade de terapia intensiva (UTI) - Prazo exíguo de 15 dias anuais com prorrogação dependente unicamente do critério da prestadora de serviço - Nulidade - Predominância do direito à vida sobre qualquer outro - Criação de vantagem exagerada para o convênio e restrição do direito para o conveniado - Lei Federal n. 8.078, de 1990 (art. 5º, IV) - Recurso provido*”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n. 144.424-4/0 - São Paulo - 4ª Câmara de Direito Privado de Férias “Janeiro/2004” - Relator: Munhoz Soares - 29.01.04 - V. U.)

exonerem ou atenuem a responsabilidade do prestador do serviço. Além dessa previsão, a referida cláusula já era vedada expressamente pela Portaria n. 3, de 19 de março de 1999, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.⁵⁹

Fazendo um necessário “*diálogo das fontes*”, a cláusula de limitação de internação poderia também ser considerada abusiva pelo que consta do art. 424 do atual Código Civil, já que o contrato em questão assume a forma de adesão, sendo o seu conteúdo imposto unilateralmente pela empresa de plano de saúde.

Isso porque o comando legal em questão prevê a nulidade absoluta, nos contratos de adesão, das cláusulas que implicam em renúncia prévia a *direito resultante da natureza do negócio*. Ora, pela referida cláusula está sendo limitado o uso do serviço pelo aderente, que é o principal objetivo do contrato celebrado entre as partes.

Partindo-se para a análise principiológica da referida súmula, observa-se, de imediato, que a mesma traz aplicação direta do princípio da função social dos contratos, relativizando a força obrigatória (efeito *inter partes*).

Podemos também citar o já mencionado Enunciado n. 23 do Conselho da Justiça Federal, uma vez que a autonomia contratual não pode prevalecer diante de um interesse maior, relacionado com a vida e com a integridade física do segurado, direitos da personalidade relacionados com a dignidade humana. Vale lembrar que os direitos da personalidade são irrenunciáveis (art. 11 do novo Código Civil). Pela cláusula de limitação de internação, o contratante renuncia ao direito de ser tratado como se espera, principalmente num caso de gravidade, em unidade de tratamento intensivo (UTI). Sem prejuízo de tudo isso, entendemos que a cláusula de limitação traz no seu conteúdo um abuso de direito (art. 187 do novo Código Civil), a gerar a sua nulidade por fraude à lei imperativa (art. 166, VI, do nCC).

Em reforço, a parte que impõe a referida cláusula desrespeita o dever anexo de lealdade e, com isso, a boa-fé objetiva que se espera nas relações negociais.⁶⁰

⁵⁹ A portaria, regulamentando o art. 51 do CDC, considera abusivas, dentre outras, as cláusulas que: “2. Imponham, em contratos de planos de saúde firmados anteriormente à Lei 9665/98, limites ou restrições a procedimentos médicos (consultas, exames médicos, laboratoriais e internações hospitalares, UTI e similares) contrariando prescrição médica”.

⁶⁰ Sobre a quebra dos deveres anexos, relacionados com a boa-fé objetiva, vale conferir o teor do Enunciado n. 24, também da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Art. 422: *em*

Percorre-se o mesmo caminho: pela quebra da boa-fé, caracteriza-se o abuso de direito a gerar a nulidade absoluta do referida cláusula.

De qualquer forma, não se pode esquecer que a cláusula é nula, mas deve preservado todo o resto do contrato, aplicação direta do art. 51, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, que consagra o princípio da conservação contratual na ótica consumerista.⁶¹

Feitas essas observações e ressalvas, manifestamos o nosso entusiasmo e a nossa concordância integral em relação à Súmula 302 do STJ, que atende àquela visualização personalizada do Direito Contratual, pela qual o principal objetivo dos negócios jurídicos patrimoniais é atender aos interesses da pessoa. Isso, sintonizada, com o *Direito Civil Constitucional* e os seus três princípios máximos: a proteção da dignidade humana (art. 1º, III, da CF/88), a solidariedade social (art. 3º, I, da CF/88) e a igualdade em sentido amplo (art. 5º, *caput*, da CF/88).

4. AS SÚMULAS 297 E 285 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ÀS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS E FINANCEIRAS.

Ainda em relação ao Código de Defesa do Consumidor, duas importantes súmulas do Superior Tribunal de Justiça prevêem a sua aplicação em dois casos muito comuns da prática contratual: aos contratos bancários e financeiros. Transcreveremos o teor das ementas de forma destacada para uma análise conjunta:

“Súmula 297: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”

“Súmula 285: Nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista”.

virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.

⁶¹ “Art. 51. (...) §2º 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”. Já tivemos a oportunidade de demonstrar a relação entre o princípio da conservação do contrato e a função social, lembrando a proteção do ato jurídico perfeito, que consta do art. 5º, XXXVI da CF/88 e a importante função que o contrato exerce para a sociedade. Assim sendo, a nulidade deve ser o último recurso (Tartuce, Flávio. *A Função Social dos Contratos. Do Código de Defesa do Consumidor ao Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005, p. 104). .

As duas ementa sepultam de vez a *suposta* discussão quanto à existência ou não de relação de consumo nos contratos celebrados com as instituições bancárias e financeiras.

Dizemos *suposta*, e de forma destacada, pois sempre nos pareceu clara a possibilidade de aplicação da Lei n. 8.078/90 ao contratos celebrados entre correntistas/destinatários finais e instituições bancárias e financeiras. Aliás, entender ao contrário sepultaria a efetividade prática do Código de Defesa do Consumidor em nosso País. Por certo que o grande interesse social relacionado com a norma consumerista é vê-la aplicada às relações jurídicas que as pessoas mantêm com as instituições bancárias e financeiras.

A possibilidade ou, mais do que isso, a necessidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor fica clara pelo que consta do art. 3º, § 2º, da Lei n. 8.078/90, pelo qual “*serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista*” (destacamos). Norma mais clara não há!

De qualquer forma, os bancos, por meio da Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif) propuseram uma ação declaratória de inconstitucionalidade desse comando consumerista, que recebe o número 2.591/2003. Nessa ação pretendem que o CDC não seja aplicado às relações bancárias. Com todo o respeito em relação às razões que constam da referida ação, com ela não concordamos em hipótese alguma.

A referida ADIN, para nós, é totalmente destoada da principiologia adotada pela Constituição Federal de 1988 que protege os consumidores de forma expressa (art. 5º, XXXII e art. 170, V). A não aplicação do CDC aos bancos viola a própria

dignidade humana e a solidariedade social, particularmente a tendência de *personalização do Direito Privado*. Essa não incidência entra em conflito também com a função social dos contratos e a boa-fé objetiva, regramentos sociais indeclináveis que corporificam uma nova realidade contratual.

Esperamos, portanto, que a ADIN n. 2.591/2001 não obtenha êxito. Na verdade, entendemos que a mesma está prejudicada pela entrada em vigor no novo Código Civil, que confirma a tendência de proteção dos mais fracos, dos mais frágeis.⁶²

Com o insucesso da ADIN, continuarão a ter aplicação as referidas súmulas, com a aplicação do CDC aos contratos bancários e financeiros, entre os últimos, o caso dos contratos de cartão de crédito. De qualquer forma, o que falta ainda à jurisprudência brasileira é limitar as taxas de juros cobrada por tais instituições, o que não vem ocorrendo, diante da vigência de duas outras súmulas de nossos Tribunais Superiores.

A Súmula 596 do STF prevê que as instituições bancárias não estão sujeitas à Lei de Usura (Decreto-lei 22.626/1933), sendo perfeitamente possível a livre convenção de juros, o que vem sendo aplicado pelo STJ.⁶³ A recente Súmula 283 do STJ prevê o

⁶² Concordamos integralmente com a notas do advogado e professor Paulo R. Roque A Khouri em relação à referida ADIN: “*Ora, da forma como a questão é colocada na ADIn nº 2.591, o consumidor jamais poderia valer-se das normas protetivas do CDC, principalmente, do art. 6º, V, para questionar, v. g., juros bancários ‘pactuados’ em 500% ao ano. Tal entendimento contraria, ao meu sentir, a própria Constituição Federal que elegeu a ‘defesa do consumidor’, no seu art. 5º, XXXII, como um direito e garantia fundamental. De mesma forma, ao lado da própria função social da propriedade, da livre concorrência, a defesa do consumidor é princípio da ordem econômica de acordo com o art. 170 da Constituição. Impedir ao consumidor o direito de questionar a justiça da pactuação da cláusula de juros implica negar vigência a um direito e garantia fundamental, como se fosse dada à instituição financeira uma carta branca para livremente explorar a sua propriedade, sem atentar-se para sua função social*”. (*Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2ª Edição, 2005, p. 64)

⁶³ Por todos os julgados, transcrevemos o seguinte: “CONTRATO BANCÁRIO. APLICABILIDADE DO CDC EM TESE. CASO CONCRETO EM QUE NÃO INCIDE. ABUSIVIDADE INDEMONSTRADA. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 596 DA SÚMULA STF. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA À TAXA MÉDIA DE

mesmo para as empresas administradoras de cartão de crédito. Já manifestamos nossa discordância em relação às referidas súmulas.⁶⁴

Na situação descrita vemos um paradoxo: duas súmulas prevêm a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários e financeiros; mas duas outras trazem a livre convenção dos juros. Em outras palavras: as Súmulas 297 e 285 do STJ tendem a proteger os consumidores; as Súmulas 596 do STF e 283 do STJ tentem a beneficiar as entidades bancárias e financeiras.⁶⁵

Se isso ocorre quanto aos juros convencionais, infelizmente; o mesmo não se pode dizer quanto à multa moratória, felizmente. Isso porque a cláusula penal é limitada em dois por cento (2%) sobre o valor da dívida tanto nos casos de contratos

MERCADO. LEGALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE ACOLHIDO. I - A norma protetiva do consumidor, mais nova e específica, regula situações apenas genericamente subordinadas à regra ampla do Sistema Financeiro Nacional. Não sendo caso de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, ou não sendo demonstrada abusividade, aplica-se a jurisprudência tradicional sobre o tema, refletida no enunciado n. 596 da súmula do Supremo Tribunal Federal. II - Consoante se tem proclamado, a comissão de permanência "é aferida pelo Banco Central do Brasil com base na taxa média de juros praticada no mercado pelas instituições financeiras e bancárias que atuam no Brasil, ou seja, ela reflete a realidade desse mercado de acordo com o seu conjunto, e não isoladamente, pelo que não é o banco mutuante que a impõe" (Superior Tribunal de Justiça, ACÓRDÃO: RESP 374356/RS (200101533375), 485166 RECURSO ESPECIAL, DATA DA DECISÃO: 12/03/2003, ORGÃO JULGADOR: - SEGUNDA SEÇÃO, RELATOR: MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, RELATOR ACÓRDÃO: MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, FONTE: DJ DATA: 19/05/2003 PG: 00120, VEJA: JUROS ALÉM DO LIMITE DA LEI DE USURA) STJ - RESP 214003-SC, RESP 221942-RS, RESP 235380-MG, RESP 196253-RS).

⁶⁴ Tartuce, Flávio. A Função Social dos Contratos, ob. cit., p. 291.

⁶⁵ Não podemos concordar com julgados como o seguinte, em que fica clara a mencionada contradição: "CONTRATO - Cartão de crédito - Reconhecida a ocorrência de abusividade na conduta da administradora ao auferir lucro no repasse do financiamento - Declarada a nulidade da cláusula, por ser potestativa, nos termos da lei civil e do Código de Defesa do Consumidor (artigo 51, IV, X e XII) - Determinado o recálculo do saldo, com aplicação da taxa mensal de juros, mais os encargos pertinentes a serem comprovados, além da multa moratória (2%), afastando-se a verba relativa a honorários advocatícios decorrentes da cobrança administrativa - Inaplicabilidade, porém, do limite de juros de 12% ao ano, por depender o artigo 192, § 3º, da Constituição Federal de regulamentação por lei complementar - Ação parcialmente procedente - Recurso provido em parte - Voto vencido" (Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, PROCESSO: 1142957-7, RECURSO: Apelação, ORIGEM: São Paulo, JULGADOR: 3ª Câmara de Férias de Julho de 2003, JULGAMENTO: 03/08/2004, RELATOR: Maia da Rocha)

bancários quantos nos contratos financeiros - repita-se, o caso do contrato de cartão de crédito.

A Súmula 285 do STJ prevê essa limitação de forma expressa para os contratos celebrados na vigência do CDC. Não faz o mesmo, de forma expressa, a Súmula 297, mas isso é decorrência lógica do seu teor, já que a referida multa consta da própria lei consumerista. Para ilustrar, reportamo-nos à ementa transcrita na última nota de rodapé.

Mais uma vez, manifestamos nosso contentamento em relação às duas últimas súmulas, adaptadas à *nova Teoria Geral dos Contratos* e aos novos paradigmas contratuais. Lembramos que as súmulas apenas consubstanciam o que a doutrina consumerista especializada sempre defendeu em relação aos contratos bancários e financeiros. As ementas vieram em boa hora, para que não parem mais dúvidas em relação ao seu conteúdo.

5. A SÚMULA 286 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A POSSIBILIDADE DE REVISÃO DE CONTRATOS OBJETO DE NOVAÇÃO.

Como se sabe, a novação (arts. 360 a 367 do novo Código Civil) pode ser conceituada como uma forma de pagamento indireto em que ocorre a substituição de uma obrigação anterior por uma obrigação nova, diversa da primeira criada pela partes. Seu principal efeito é a extinção da dívida primitiva, com todos os acessórios e garantias, sempre que não houver estipulação em contrário (art. 364 do novo Código Civil). Aliás, havendo a referida previsão em contrário, autorizada pela própria lei, haverá *novação parcial*. Podem as partes convencionar o que será extinto, desde que isso não contrarie a ordem pública, a função social dos contratos e a boa-fé objetiva.

A novação não produz, como ocorre no pagamento direto, a satisfação imediata do crédito. Por envolver mais de um ato volitivo, constitui para nós negócio jurídico e forma de pagamento indireto.

São elementos essenciais da novação a existência de uma obrigação anterior (obrigação antiga) e de uma nova obrigação, ambas válidas e lícitas, bem como a intenção de novar (*animus novandi*). Prevê o art. 361 do novo Código Civil que o ânimo de novar pode ser expresso ou mesmo tácito, mas sempre inequívoco. Não havendo tal elemento imaterial ou subjetivo, a segunda obrigação simplesmente confirma a primeira.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência sempre apontaram que a novação liquida totalmente a obrigação anterior, que não poderia ser restabelecida.⁶⁶ Esse seria, na verdade, o principal efeito da *novatio*, que a diferenciava de institutos jurídicos como sub-rogação e a dação em pagamento.

Pois bem, o Superior Tribunal de Justiça tem analisado ultimamente a novação com vistas ao princípio da função social dos contratos e das obrigações, revolucionando a própria concepção do instituto. Isso pode ser evidenciado pelo teor da recente Súmula 286 daquele Tribunal, que tem a seguinte redação: “A *renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores*”.

Ora, a socialidade salta aos olhos, uma vez que se quebra com aquela tradicional regra pela qual ocorrida a novação não é mais possível discutir a obrigação anterior. Sendo flagrante o abuso de direito cometido pela parte negocial e estando presente a onerosidade excessiva por cobrança de juros abusivos nas obrigações anteriores, será possível a discussão judicial dos contratos novados. Visando esclarecer, transcrevemos uma das ementas de julgado que gerou a edição do entendimento sumular no ano de 2004, em que se faz menção expressa ao instituto da novação:

“*NEGÓCIOS BANCÁRIOS. REVISÃO. Na ação revisional de negócios bancários, pode-se discutir a respeito de **contratos** anteriores, que tenham sido objeto de novação. Recurso especial não conhecido*” (STJ, RESP 332832 / RS ; RECURSO ESPECIAL, 2001/0086405-2. Relator: Ministro

⁶⁶ Sobre esse efeito da novação, vale conferir: “A novação corresponde a meio liberatório singular, a modo especial de extinguir-se a obrigação. Chega-se a compará-la a um pagamento fictício. Define-se como ‘a conversão de uma dívida em outra para extinguir a primeira’. É a substituição de uma dívida por outra, eliminando-se a precedente. Desaparece a primeira e, em seu lugar, surge nova. É esse o seu conteúdo essencial, aliás, duplo: um extintivo, referente à obrigação antiga; outro gerador, relativo à obrigação nova. Não existe, pois, tão-somente, uma transformação; o fenômeno é mais complexo, abrangendo a criação de nova obrigação, que subsistiu à antiga” (Barros Monteiro, Washington de. Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações. 1ª Parte. São Paulo: Saraiva, 8ª Edição, 1972, p. 324)

Asfor Rocha, Segunda seção de Direito Privado, Data do Julgamento: 28/05/2003. Data da Publicação e Fonte: DJ 23/02/20003).

Não só concordamos com a súmula e o julgado acima transcrito como entendemos que nasce um novo entendimento jurisprudencial quanto à matéria, quebrando velhos paradigmas, em prol dos princípios do *Direito Civil Constitucional*, particularmente o da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF/88).

O objetivo da súmula é única: evitar o enriquecimento sem causa, o locupletamento sem razão, a lesão subjetiva e a desproporção negocial. Recordamos que muitas vezes as negociações contratuais são impostas por um das partes, em posição privilegiada. A Súmula n. 286 do STJ representa uma total quebra de paradigma, assim como as demais ementas nesse breve estudo comentadas.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Tradução e notas em espanhol por Luis Sancho Mendizibal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Introdução. São Paulo: RT, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Direito das obrigações. 1ª Parte. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TARTUCE, Flávio. *A função social dos contratos*. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários ao novo Código Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XVI.

UNIP
UNIVERSIDADE PAULISTA
QUESTIONÁRIOS DE REVISÃO - CONTRATOS EM ESPÉCIE

- 01 – Qual a natureza jurídica do contrato de compra e venda?
- 02 – Quais são os elementos do contrato e compra e venda?
- 03 – As despesas desse contrato ficarão a cargo de quem?
- 04 – Onde ocorrerá a tradição da coisa vendida?
- 05 – Quem arcará com os riscos pela deterioração e perda da coisa?
- 06 – O vendedor é obrigado a entregar a coisa, antes de receber o preço?
- 07 – Mesmo havendo prazo ajustado para o pagamento, se antes da tradição o comprador cair em insolvência, poderá o vendedor sobrestar a entrega da coisa?
- 08 – Quais são as obrigações do vendedor na compra e venda?
- 09 – Quais são as obrigações do comprador na compra e venda?
- 10 – Como é feita a fixação do preço na compra e venda?
- 11 – Quais características deve possuir a coisa que é o objeto da compra e venda?
- 12 – Estabeleça a diferença entre estipulação em favor do terceiro e promessa de fato de terceiro?
- 13 – Quais são os modos de extinção do contrato?
- 14 – Quais são os requisitos do vício redibitório? Quais as ações cabíveis?
- 15 – Fale sobre os requisitos para a ocorrência da evicção?
- 16 – Quais as modalidades do contrato aleatório no Código Civil?
- 17 – Fale sobre as causas anteriores ou contemporâneas à formação do contrato?
- 18 – Fale sobre as causas supervenientes à formação do contrato?
- 19 – O ascendente pode vender bens de seu patrimônio a seus descendentes? Este ato pode ser anulado?

- 20 – Quais são as pessoas que estão impedidas de adquirir determinados bens, ainda que em hasta pública? Qual a penalidade?
- 21 – Na venda ad mensuram, não correspondendo o imóvel às dimensões dadas, como deverá agir o comprador?
- 22 – Dê o conceito e os requisitos do pactum de retrovendendo (retrovenda)?
- 23 – Dê o conceito de venda a contento e da sujeita a prova.
- 24 – Na venda a contento ou sujeita a prova, não havendo prazo estipulado para a declaração do comprador, como deverá agir o vendedor?
- 25 – Qual a diferença entre preferência legal e convencional? Existe diferença, também, nos efeitos por elas produzidos?
- 26 – Discorra sobre a venda ad gustum.
- 27 – No contrato estimatório, a coisa consignada pode ser penhorada pelo credor do consignante? Explique.
- 28 – Caso não seja delimitado um prazo para o acerto da coisa consignada, quando a mesma será exigível e de que forma?
- 29 – Discorra sobre a natureza jurídica da doação?
- 30 – No contrato de permuta é necessário que os objetos envolvidos tenham valor equivalentes? Explique.

2- CONTRATO ESTIMATÓRIO:

- 1) Em que consiste o contrato estimatório?
- 2) Pode a coisa consignada ser objeto de penhora ou seqüestro pelos credores do consignatário? Explique.
- 3) É possível o consignante dispor da coisa antes que ela lhe seja restituída? Explique.