

© FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI 2012

Registro Propiedad Intelectual  
N° 214.815

ISBN 978-956-8176-03-7

Editor  
*Marcelo Rojas Vásquez*

Esta obra ha contado con el apoyo del Fondo Nacional  
de Desarrollo Científico y Tecnológico (FONDECYT),  
PROYECTO N° 100284

Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri  
República 105, Santiago de Chile

PRINTED IN CHILE / IMPRESO EN CHILE

EL DERECHO  
DE LOS  
CONTRATOS  
EN LATINOAMÉRICA  
(BASES PARA UNOS PRINCIPIOS  
DE DERECHO DE LOS CONTRATOS)

*Carlos Pizarro Wilson*  
(coordinador)



## LOS AUTORES

### *Informe Argentina*

Miguel Federico de Lorenzo, abogado, profesor de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires, secretario letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y subdirector de la revista *Responsabilidad y Seguros*.

Aida Kemelmaier de Carlucci, doctora en Derecho por la Universidad de Mendoza, Argentina, académica de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, profesora *honoris causa* de las universidades de Paris XIII (Francia), Universidad Nacional de Rosario (Argentina), Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), Universidad de Mendoza (Argentina). Ex jueza de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza.

Mariel F. Molina de Juan, abogada, doctora en Derecho por la Universidad Nacional de Cuyo, miembro del equipo de investigación dirigido por la Dra. Aida Kemelmaier de Carlucci, coordinadora y expositora en diversos congresos y jornadas.

Sebastián Picasso, doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, master de Droit Privé en la Facultad de Derecho de Paris-Saint Maur, Universidad de Paris XII, juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Fulvio Germán Santarelli, abogado, profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, gerente general LegalPublishing Thompson-Reuter, Chile.

Luis R. J. Saenz, abogado, profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, secretario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

### *Informe Brasil*

Pedro Birman, abogado, master en Derecho Privado General por la Universidad Paris II Panthéon-Assas.

Gustavo Espirito Santo, abogado, master en Derecho Privado General por la Universidad Paris II Panthéon-Assas.

Daniela Gabbay, abogada, profesora de la escuela de Derecho de la Fundación Getulio Vargas de São Paulo, master y doctora en Derecho por la Universidad de São Paulo.

Carlos Kondet, profesor de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro y de la Pontificia Universidad Católica de Rio de Janeiro, master y doctor en Derecho por la Universidad del Estado do Rio de Janeiro.

Marcos Fabricio Póvoa, abogado, master en Derecho Privado General por la Universidad Paris II Panthéon-Assas.

#### *Informe Colombia*

Fernando Alarcón Rojas, profesor de la Universidad Externado de Colombia, doctor en Derecho y especialista en Derecho Comercial de la misma institución.

Édgar Cortés Moncayo, profesor de la Universidad Externado de Colombia, magister de la Università Degli Studi Di Roma Tor Vergata y doctor en Derecho de la Scuola Superiore Sant'anna Pisa.

Milagros Koreich Kharib, doctora en Responsabilidad Civil de la Scuola Superiore Sant'anna Pisa, profesora de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia.

Maria Cecilia McCausland Sánchez, profesora de la Universidad Externado de Colombia, ex magistrada auxiliar de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Yira López Castro, profesora en Derecho Civil y Comercial de la Universidad del Rosario.

Fabrizio Mantilla Espinosa, profesor de la Universidad del Rosario y coordinador de investigación sobre arbitraje de la misma institución, profesor invitado en distintas universidades de Latinoamérica y Francia, árbitro y secretario de tribunales arbitrales de Bogotá.

Bety Martínez Cárdenas, profesora investigadora de la Universidad del Rosario, D.E.A. en Derecho Privado General de la Université Panthéon-Assas, Paris II, árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Fernando Montoya Mareus, profesor de la Universidad de la Universidad Externado de Colombia, maestría en Derecho Comercial y en Derecho Privado General de la Université de Droit D'économie et des Sciences Sociales de Paris (Paris II) y D.S.U. en Derecho Comercial.

Felipe Navia Arroyo, director y profesor de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia, D.E.A Droit Privé Général Université Paris II.

Juan Felipe Navia Revollo, abogado y profesor de la Universidad Externado de Colombia.

Martha Lucia Neme Villareal, abogada y profesora de la Universidad Externado de Colombia, doctora en Derecho de la Università Degli Studi Di Roma Tor Vergata.

Francisco Temera Barrios, profesor de Derecho Civil de la Universidad del Rosario, master D.E.A. en Droit Privé Général Université Paris II, Panthéon-Assas.

#### *Informe Chile*

Claudia Bahamondes Oyarzún, abogada y profesora de Derecho Civil de la Universidad Diego Portales.

Íñigo de la Maza Gazmuri, doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, profesor de Derecho Civil de la Universidad Diego Portales.

Carlos Pizarro Wilson, doctor en Derecho por la Universidad de Paris II, Panthéon-Assas, profesor de Derecho Civil de la Universidad Diego Portales.

Alvaro Vidal Olivares, doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

#### *Informe Paraguay*

José Dos Santos Melgarejo, abogado, notario y escribano, magister en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario-Argentina, profesor de Derecho Civil-Contratos en la Universidad Columbia del Paraguay.

Jorge Emilio Ángulo Sarubbi, D.E.A. de la Université de Paris I - Panthéon Sorbonne y Master de la Universidad de Barcelona, miembro del Instituto Paraguayo de Derecho Bancario, Asociación de Abogados de Derecho Informático y Tecnológico.

José María Breuer Planas, docente de las cátedras de Derecho Civil de los Contratos y de las Obligaciones y de Clínica Médica de la Universidad Nacional de Asunción, abogado, médico y doctor en Medicina y Cirugía de la Universidad Nacional de Asunción.

Luis Armando Godoy Duria, docente en la carrera de Derecho y Relaciones Internacionales de la Universidad de Integración de las Américas, en materias de Contratos y Legislación y Práctica Aduanera.

José Antonio Moreno Rodríguez, master en Derecho por la Universidad de Harvard, director ejecutivo del CEDEP y secretario general de la ASADIP, profesor de

grado y de posgrado en Paraguay, árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Paraguay.

Aldo Javier Rodríguez González, abogado de la Universidad Nacional de Asunción y estudios de posgrado en Didáctica Universitaria. Miembro del Instituto Paraguayo de Derecho Bancario y Societario.

#### *Informe Uruguay*

Hugo S. Díaz, aspirante a profesor adscripto de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay), doctor en Derecho, Universidad de la República (Uruguay).

Andrés Mariño López, profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay), doctor en Derecho, *magister* en Derecho y Diploma de Especialización por la Universidad Autónoma de Barcelona, posdoctorado por la Universidad de Alcalá.

Santiago Miranda, aspirante a profesor adscripto de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay), doctor en Derecho, Universidad de la República (Uruguay).

José Luis Nicola, aspirante a profesor adscripto de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay), doctor en Derecho, Universidad de la República (Uruguay).

14

#### *Informe Venezuela*

José Annicchiarico Villagrán, D.S.U Droit des Affaires y Master 2 Droit Privé Général de la Université Paris II, Panthéon-Assas, *maître 2 King's College*, University of London, professeur de Derecho Civil de la Universidad Central de Venezuela.

Claudia Madrid Martínez, *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y doctora en Derecho de la Universidad Central de Venezuela, profesora de Derecho Civil y Derecho Internacional Privado de la misma institución y de la Universidad Católica Andrés Bello.

## PRESENTACIÓN

La obra que presento constituye una base sólida para avanzar en la elaboración de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Algunas líneas merecen el origen de este proyecto. Por todos es conocido el efecto que produjo el Informe del Banco Mundial, que criticó como ineficiente al derecho de la familia continental. En Francia, la resistencia no se hizo esperar, no sólo por una convicción ideológica sino, también, por inexactitudes en el análisis de las instituciones del Derecho Privado inspirado en los países del continente. Sabemos, también, que la presencia, al menos geográfica del Derecho Continental, es relevante, tanto o más que aquella del *Common Law*. Esto contrasta con la percepción que el Derecho anglosajón imperaría en la actualidad y, por cierto, en el mundo de los negocios, pareciera ser cierta dicha afirmación. Se motivó una cruzada en defensa del Derecho Continental, siendo el profesor Michel Grimaldi uno de sus principales promotores en Francia, al alero de la Fondation pour le Droit Continental. Las iniciativas académicas que emprendió se han traducido en la instalación de cátedras particulares en diversos países de varios continentes. Ese mismo empuje se ha reflejado en apoyar proyectos de investigación con impacto en zonas donde el Derecho Continental ha mantenido una influencia. Los países de América del Sur y gran parte de aquellos de América Central, agregando México, han seguido vinculados a la forma de entender el Derecho Privado en la tradición continental. Todos estos países comparten una misma lengua, salvo Brasil y un sistema apegado al método de los códigos. Al observar estas características uno podría de manera válida preguntarse que utilidad tiene para nuestros países contar con un cuerpo uniforme de reglas dedicadas a los contratos. Para eso era imprescindible conocer el estado actual del Derecho de los Contratos en los países de la región. El entusiasmo se apropió de un puñado de profesores que, mientras compartamos una *soirée* en la ciudad francesa de Rennes, gracias a la invitación del profesor Thomas Genicon, para participar en el Congreso Internacional sobre las transformaciones del Derecho de los Contratos entre Francia y Latinoamérica - *Revue de Droit de Contrats*, N°3, 2010, p. 1.035 y ss -, pensamos proponerle al profesor Michel Grimaldi la idea de avanzar en la elaboración de unos

Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. En ese bar al costado del hotel donde nos alojamos, junto a Fabricio Mantilla, profesor de la Universidad del Rosario - Colombia-, Sebastián Picasso, juez y profesor de la Universidad de Buenos Aires - Argentina- y Bruno Caprile, abogado y profesor de la Universidad del Desarrollo de Concepción - Chile-, discutimos los primeros pasos del proyecto. Sabíamos que la tarea no era menor y tampoco desconocíamos las dificultades que un proyecto análogo había significado en Europa: Principios Europeos de Derecho de los Contratos. Varias preguntas surgieron: ¿por qué hacerlo?, ¿cuál sería nuestro objetivo?, ¿cómo hacerlo?, ¿qué metodología?, ¿a quienes convocáramos? Ninguna de estas preguntas tuvo respuesta inmediata, pero el entusiasmo no cesó. Sabíamos que comparáramos no sólo una amistad profunda que aseguraba el compromiso de trabajo, al menos de esos pocos países a que pertenecemos. Al transmitirle nuestra idea al profesor Michel Grimaldi, el apoyo fue inmediato, quedando en enviarle un proyecto detallado de lo que haríamos. Dos aspectos fundamentales estructuraron el mismo. La primera es que debemos identificar nuestra identidad jurídica regional, lo que nos permitirá evitar caer en repeticiones de otros esfuerzos de esa índole ejecutados en Europa. Y, por otra parte, mejorar lo que se haya realizado en otras latitudes. De nada serviría reproducir unos Principios para nuestros países que reflejaran lo ya hecho en los Principios Europeos de Derecho de los Contratos. Sería un trabajo inútil y absurdo. Habría que rescatar nuestra cultura jurídica y en lo que podamos mejorar en lo técnico las soluciones entregadas por otros instrumentos transnacionales. Para el primer objetivo, la búsqueda de nuestra identidad jurídica era necesario volcarse hacia los países de que formamos parte. Por eso surgió la propuesta de elaborar un cuestionario detallado que pudiera arrojar luz sobre el estado actual del Derecho de los Contratos en la región. Es sorprendente la ignorancia que padecemos sobre el Derecho de nuestros vecinos. Dependiendo del lugar en que se han formado los profesores podemos disertar sobre la última sentencia de la Corte de Casación italiana o sobre la discusión entre tal y cual profesor francés escrito en la *Semaine juridique* u opinar sobre las conjeturas de quien podrá llegar a ser catedrático en una universidad prestigiosa de España. La ignorancia sobre la literatura de nuestros países era un obstáculo que había que remediar. El resultado de ese cuestionario es lo que recoge el presente libro. Se compartió una misma metodología para responder, evitando referencias a doctrina extranjera y colocando el énfasis en la doctrina del país respectivo y, por cierto, en las decisiones de sus tribunales. En cada caso se elaboró, además, una base de jurisprudencia con las sentencias más relevantes para cada materia. El primer resultado de ese trabajo fue discutido en un encuentro realizado en octubre de 2010 en la ciudad de Bogotá. Fueron sesiones de trabajo intensas que nos permitieron vernos del estado actual del Derecho de los Contratos en cada país. A estas alturas ya se habían sumado a nuestro grupo profesores de Venezuela y Uruguay, junto a sus respectivas casas de estudio, la Universidad Central de Venezuela y la Universidad de la República de Uruguay. El

encuentro académico tuvo lugar en las universidades del Rosario y del Externado, quienes nos recibieron con la hospitalidad que les caracteriza, donde sentimos el

apoyo incondicional de sus respectivos decanos don Alejandro Venegas y el rector Fernando Hinestrosa. Hemos seguido avanzando en nuestro plan de trabajo para llegar a la redacción de los Principios, con otros encuentros, que han reflejado las diferencias y acercamientos entre nuestros Derechos. El hecho de haber constatado el Derecho de los Contratos en cada país nos ha permitido avanzar de manera más segura y sustantiva. El grupo se ha fortalecido con la incorporación de profesores brasileños, cuyo informe se agrega en su idioma original, gracias al aporte de la universidad Fundação Getúlio Vargas de São Paulo y Universidad del Estado de Río de Janeiro. Por último, hemos tenido la suerte de contar con el informe de Paraguay, gracias al aporte del profesor José Moreno.

Este conjunto de trabajos bajo una misma metodología nos permite vislumbrar con claridad la realidad del Derecho de los Contratos en los respectivos países. Es a partir de esta constatación que hemos seguido avanzando en la elaboración de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. La tarea pendiente es ardua, pero la amistad y calidad que unió a este grupo de profesores, abogados, jueces y académicos augura el éxito del compromiso. Una vez que se hayan redactado los Principios comenzará una nueva aventura destinada a la promoción de los mismos como instrumento de inspiración para reformas legales y para la solución de conflictos contractuales que involucren actores de la región.

CARLOS PIZARRO WILSON  
COORDINADOR

## INFORME BRASIL'

### PERGUNTA 1

Indique a forma que se encontram reconhecidos a) a boa fé; b) a autonomia da vontade; c) a obrigatoriedade/vinculação; d) o efeito relativo dos contratos no *Código Civil*. Faça referência também à opinião dominante da doutrina nacional (trate-se de princípios gerais do Direito?) e às decisões judiciais.

Indique finalmente quais instituições ou institutos/figuras próprios do Direito Contratual se justificam/demonstram nestes princípios.

### A) BOA-FÉ

No Direito brasileiro, a boa-fé é um princípio contratual que se encontra previsto nos artigos 113, 187 e 422 do *Código Civil*, nos seguintes termos:

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

*Estudantes colaboradores* Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ): Marcos Vinicius Lisboa Vinoli, Mariana Santos da Conceição, Bruno dos Santos Silva.

*Estudantes colaboradores* Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV/SP) Milena da Fonseca Azeredo, Rafaela Dorcas, Mariana Feres y Felipe Matti Giannattasio.

O presente trabalho integra o projeto de elaboração dos *Principios Latino-Americanos do Direito das Contratos* (PLADC). Tem por objetivo a apresentação das principais regras do direito brasileiro dos contratos, através da resposta ao Questionário que nos foi submetido pelo grupo organizador dos PLADC.

Para a realização do presente trabalho, foi formado um "Grupo Brasil" que conta com o apoio de duas importantes universidades brasileiras: Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV/SP) e Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Os *coordenadores* do Grupo Brasil dividiram-se inicialmente em sub-grupos para a redação de uma primeira versão das respostas, trabalho que contou com a preciosa participação dos *estudantes colaboradores* acima mencionados. Em seguida, sob uma orientação metodológica comum, abriu-se a oportunidade para análise e comentário dos trabalhos dos sub-grupos. O material daí resultante foi então reunido e harmonizado, dando origem à redação do presente Relatório.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

A doutrina brasileira entende que o princípio da boa-fé atua como cláusula geral de comportamento<sup>1</sup>, podendo desempenhar duas funções distintas<sup>2</sup>, a saber: a função interpretativa (prevista no artigo 113 do *Código Civil*) que impõe a boa-fé como guia da interpretação dos negócios jurídicos em geral; e a função normativa (prevista nos artigos 187 e 422 do *Código Civil*) que impõe às partes de uma relação contratual a obrigação de assumir comportamentos sempre condizentes com os preceitos de probidade e de boa-fé. Alguns autores preferem diferenciar a função normativa da boa-fé em duas, referindo-se, de um lado, à criação de deveres anexos, com base no art. 422 do *Código Civil* e, de outro lado, à limitação do exercício de direitos, com base no art. 187 do *Código Civil*, abaixo mencionado<sup>3</sup>.

A função normativa da boa-fé, tal qual inserida no Direito brasileiro pelo *Código Civil* de 2002, confere ao princípio um aspecto objetivo, ou seja, de imposição de deveres contratuais às partes. Assim, ao estabelecer a boa-fé contratual como norma, o Direito brasileiro vai além da simples concepção subjetiva (ignorância do vício ou obstáculo que se impõe ao contrato) que caracteriza o instituto notadamente em matéria possessória<sup>4</sup>, ou mesmo em outras regras do Direito das Obrigações<sup>5</sup>. Desta forma, em Direito brasileiro, a obediência ao princípio da boa-fé não impõe apenas a análise da intenção do contratante quando da conclusão ou execução do contrato, questão sempre problemática no plano da prova. De uma forma muito mais abrangente, a obediência ao princípio da boa-fé no Direito brasileiro impõe a análise de comportamento das partes contratantes. Estas estão obrigadas a se portar em suas relações contratuais segundo padrões de comportamento socialmente aceitos, o que as submete a deveres como o de cooperação, de lealdade, de cuidado<sup>6</sup>.

Neste sentido, a doutrina nacional entende que o princípio da boa-fé objetiva, consagrado pelo artigo 422 do *Código Civil*,

<sup>1</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, Contratos, p. 20.

<sup>2</sup> Orlando Gomes, *Contratos*, p. 43.

<sup>3</sup> Seguindo a estrutura da questão, abordaremos o abuso do direito abaixo, quando tratarmos dos institutos decorrentes do princípio da boa-fé contratual.

<sup>4</sup> Como se verifica, por exemplo, da leitura do art. 1201 do *Código Civil*: "É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa".

<sup>5</sup> Podese aqui citar o art. 309 do *Código Civil*, que trata do pagamento ao credor putativo: "O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor".

<sup>6</sup> Arnaldo Rizzardo, *Contratos*, p. 45.

"não cria apenas deveres negativos, como faz a boa-fé subjetiva. Ela cria também deveres positivos, já que exige que as partes tudo façam para que o contrato seja cumprido conforme o previsto".<sup>7</sup>

Da mesma forma, os tribunais brasileiros reforçam o caráter objetivo da boa-fé contratual. Assim, segundo o Superior Tribunal de Justiça,

"a boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal"<sup>8</sup>.

Em razão de sua função normativa, a boa-fé contratual serve, no Direito brasileiro, como fundamento de diversos outros institutos, principalmente por meio de especializações funcionais do abuso de direito, tais como o *venire contra factum proprium* (que veda o comportamento de uma parte que seja contrário a um comportamento seu anterior), o adimplemento substancial do contrato (que impede a rescisão contratual em caso de descumprimento mínimo do avençado), o *tu quoque* (que é a vedação à invocação de uma cláusula ou regra que a própria parte já tenha violado)<sup>9</sup>, dentre outros<sup>10</sup>.

Por fim, importa destacar que os deveres de conduta derivados do princípio da boa-fé – como os deveres de cooperação, de cuidado e de informação – incidem também nas fases que precedem a celebração do contrato (fase pré-contratual), assim como naquelas que lhe sucedem a execução (fase pós-contratual), embora o artigo 422 mencione apenas os momentos da celebração e da execução do contrato, não mencionando as tratativas preliminares e os deveres de proteção que subsistem *post factum finitum*<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> PEREIRA (in: 1), pp. 20-21.

<sup>8</sup> Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, recurso especial Nº 783.404-GO, relatora ministra Nancy Andrighi, publicado em 28 de junho de 2007.

<sup>9</sup> PEREIRA (in: 1), p. 21.

<sup>10</sup> O abuso do direito é gênero e as figuras referidas (tradicionalmente denominadas de *figuras parcelares da boa-fé*) constituem suas espécies. Além dos institutos acima mencionados, podem-se citar também a *supressio*, a *exceptio doli* e a inalephabilidade das nulidades formais. Vide sobre o tema Cristiano de Sousa ZANETTI, *Responsabilidade pela ruptura das negociações*, pp. 103-136; Judith MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado: sistema e típica no processo obrigacional*, pp. 455-576; Andersson SIAREMBER, *A proibição do comportamento contraditório: crítica de confictus e venire contra factum proprium*, pp. 169-185; Luciano de Camargo PENTANO, "Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium", p. 252 e ss.; Fernando NERONHA, *O direito dos contratos e seus princípios fundametalis*, pp. 167-189.

<sup>11</sup> Ver, a este respeito, Antonio Junqueira de AZEVEDO, "Instituições, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil (atualmente Código aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos", pp. 150-152.

A autonomia da vontade é um princípio não expresso no Direito Contratual brasileiro, mas que inspira diversas regras do nosso ordenamento. Trata-se assim de princípio amplamente reconhecido por doutrina e jurisprudência, principalmente sob a denominação –reputada mais contemporânea e menos subjetiva– de *autonomia privada*: a força obrigatória dos contratos emana do poder da vontade, mas também do atendimento a certas exigências que lhe são impostas pelo próprio ordenamento.

Como principal decorrência da autonomia privada, o Direito brasileiro confere a todo titular de personalidade jurídica a *liberdade de contratar*, ou seja, a capacidade de, a partir de uma declaração de vontade lícita, produzir efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica<sup>12</sup>. Esta prerrogativa encontra fundamento –e limitação– no artigo 421 do *Código Civil*:

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

Assim, a liberdade contratual garante às partes a prerrogativa de decidir: se desejam contratar; com quem desejam contratar; e quais serão as condições e termos do contrato a ser celebrado<sup>13</sup>. No entanto, a mesma norma que enuncia a liberdade contratual (assegurando assim o princípio da autonomia da vontade), estabelece os seus limites: inovação legislativa trazida pelo *Código Civil* de 2002, o Direito brasileiro estabelece expressamente a “função social do contrato” como princípio limitativo da liberdade contratual e, em consequência, do próprio princípio da autonomia da vontade<sup>14</sup>. Dotada de função normativa pelo texto que a institui, a função social do contrato é, portanto, um princípio passível de aplicação direta pelos tribunais brasileiros. Cláusula geral a permitir o controle da validade contratual, o princípio da função social do contrato possui significado histórico e socialmente contingente. Sua aplicação e conteúdo são, portanto, norteados pelas práticas contratuais normalmente aceitas no seio da sociedade, evidenciadas pela doutrina e chanceladas pela jurisprudência.

Neste sentido, corroborando o princípio estabelecido pelo artigo 421 acima citado, autorizada doutrina estabelece que a função social do contrato materializa a ideia de que o contrato não visa apenas a atingir fins econômicos específicos, mas, sobretudo, que ele é um fator de alteração da realidade social<sup>15</sup>. A aplicação jurisprudencial da função social também é ampla: neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que

“a liberdade de contratar a que se refere o art. 421 do CC/02 somente pode ser exercida legitimamente se não implicar a violação das balizas impostas pelo próprio texto legal”<sup>16</sup>.

Tem-se, portanto, que no Direito brasileiro, os princípios da liberdade contratual e da autonomia da vontade são expressamente limitados pela função social do contrato. Esta dicotomia entre norma autorizativa (liberdade contratual e autonomia da vontade) e norma restritiva (limites impostos pela função social do contrato) encarna uma concepção central do Direito Contratual brasileiro, fundamentando assim grande parte de seus institutos como, por exemplo, a regra do art. 425 do *Código Civil*, a estabelecer, de um lado, a possibilidade de celebração de contratos atípicos, mas a impor, de outro, o respeito às regras limitativas do *Código Civil*, dentre as quais se destaca a função social do contrato<sup>17</sup>. Entretanto, a grande importância do art. 421 (regra legal que opõe à liberdade contratual o princípio da função social do contrato) decorre mesmo do seu papel de cláusula geral de aplicação direta pelos juizes e tribunais brasileiros. É a partir da oposição entre estes dois princípios que nossos tribunais encontram a possibilidade de tutelar diretamente a liberdade contratual levando em consideração determinadas práticas socialmente aceitas.

#### C) OBRIGATORIEDADE/VINCULAÇÃO

A vinculação, das partes contratantes ao conteúdo do contrato por elas celebrado constitui um princípio fundamental do Direito Contratual brasileiro. É tradicionalmente reconhecido como princípio da força obrigatória dos contratos<sup>18</sup>. Trata-se de um princípio que deriva do próprio conceito de contrato e, por consequência, do próprio regramento legal conferido à matéria.

Assim, antes de buscar o seu fundamento em uma regra específica do *Código Civil*, há que se afirmar que a tradição do *pacta sunt servanda* constitui a razão de ser da disciplina legal conferida à matéria contratual, seja no *Código Civil*, ou em outras leis que instituem regras contratuais específicas. Desta forma, o princípio da vinculação das partes ao contrato se manifesta através de inúmeras regras e institutos estabelecidos pelo Direito brasileiro. Tais manifestações se encontram presentes nos diversos momentos do curso de um contrato: seja na fase pré-contratual, através das regras que estabelecem a força vinculante da proposta de contrato<sup>19</sup>; seja em matéria de contrato preliminar, através das regras que vinculam as partes à celebração do

<sup>12</sup> GOMES (n. 2), p. 44.

<sup>13</sup> PEREIRA (n. 1), pp. 222-3; CARVALHO DE MENEZES A., *Contratos no direito brasileiro*, p. 7.

<sup>14</sup> Arnaldo RIZZARINI, *Contratos*, 2ª ed., p. 28.

<sup>15</sup> PEREIRA (n. 1), p. 13.

<sup>16</sup> Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, recurso especial Nº 1.058.165-RS, relatora ministra Nancy Andrighi, publicado em 14 de abril de 2009.

<sup>17</sup> *Código Civil*, art. 425: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

<sup>18</sup> PEREIRA (n. 1), p. 14.

<sup>19</sup> V. art. 427 do *Código Civil*: “a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrato não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.



contrato principal<sup>28</sup>, seja em matéria de execução contratual, através das mais diversas regras que impõem a execução do contrato nos justos termos do que foi pactuado entre as partes<sup>29</sup>, seja através das regras que prevêm os remédios possíveis em caso de inadimplemento contratual<sup>30</sup>.

Embora se trate de um princípio fundamental do Direito Contratual brasileiro, a força obrigatória dos contratos não é um princípio absoluto. Nosso Direito Positivo traz assim certas regras que temperam a aplicação princípio em questão. O exemplo mais marcante da relatividade do princípio da vinculação contratual em nosso Direito decorre dos arts. 478 a 480 do *Código Civil*, que prevêem a possibilidade de resolução ou revisão dos contratos por onerosidade excessiva, nos seguintes termos:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com 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.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações cubrem 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.

<sup>28</sup> V. art. 463 do *Código Civil*: "concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrempendimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetue".

<sup>29</sup> Diversas regras ilustram o princípio em questão em matéria de execução contratual. A título de exemplo, citemos a regra do art. 313 do *Código Civil*, a estabelecer que, em matéria de pagamento: "o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa".

<sup>30</sup> O art. 475 do *Código Civil* estabelece: "a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos". Assim, o Direito Brasileiro confere ao credor a possibilidade de promover a execução específica do contrato com vistas à efetiva realização da obrigação assumida pelo devedor inadimplente. Esta possibilidade encontra-se prevista em diversas regras do *Código Civil*. Poder-se citar, a título de exemplo, o art. 249 do *Código Civil*, a estabelecer que, em caso de inexecução de obrigação de fazer, "se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandado executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível". Tratando-se ainda de inexecução de obrigação de fazer, o art. 464 do *Código Civil* estabelece que, em caso de obrigação de emissão de uma declaração de vontade decorrente de um pré-contrato, "poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isso se opuser a natureza da obrigação". Em caso de deterioração do bem não fungível, objeto de obrigação de dar, o art. 236 do *Código Civil* estabelece que, em caso de culpa do devedor, o credor poderá "exigir o equivalente ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos".

Note-se ainda que, em matéria de execução específica de obrigações contratuais inadimplidas, o *Código de Processo Civil* traz diversas regras tendentes a viabilizar a execução em favor do credor. Neste sentido, sobre execução específica de obrigações de dar coisa certa ou incerta, podemos citar o *Código de Processo Civil*, art. 461-A. No que tange à execução específica das obrigações de fazer e não fazer, vide *Código de Processo Civil*, arts. 461, 466-A e 466-B.

Prevedo também a possibilidade de modificação contratual em razão da onerosidade excessiva, o *Código de Defesa do Consumidor* (CDC) vai além na mitigação do princípio em questão. Estabelece, em seu art. 6º, inciso V, ser um direito básico do consumidor

"a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas".

Note-se que a imprevisibilidade do fato causador da onerosidade excessiva – critério presente no art. 478 do *Código Civil* – não é mencionada pela regra do *Código de Defesa do Consumidor*, o que evidencia uma mitigação ainda maior do princípio da força obrigatória dos contratos, em prol da proteção conferida aos consumidores<sup>31</sup>.

#### D) RELATIVIDADE DOS CONTRATOS

No Direito brasileiro, o princípio da relatividade dos contratos não se encontra consolidado no *Código Civil* através de um único dispositivo legal. Assim como ocorre com o princípio da força obrigatória dos contratos, o princípio da relatividade contratual decorre da própria noção de contrato e, por isto, encontra seu fundamento em Direito Positivo não apenas em uma única regra legal, mas no conjunto das regras que disciplinam o Direito dos Contratos. Tratando-se de um princípio intrínseco à noção de contrato, deriva, em primeiro lugar, do princípio da autonomia da vontade: o contrato é um acordo de vontades e, como tal, se destina à vinculação somente das partes que dele participaram<sup>32</sup>.

Assim, pode-se dizer que o Direito brasileiro acolhe, como regra geral, o brocardo latino "res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest". Neste sentido, a doutrina brasileira anota que o princípio da relatividade contratual impõe que os contratos produzam seus efeitos entre as partes exclusivamente, não beneficiando ou prejudicando terceiros<sup>33</sup>.

O princípio da relatividade dos contratos fundamenta diversas regras do *Código Civil* brasileiro, notadamente no que tange aos efeitos produzidos pelos contratos com relação a terceiros<sup>34</sup>. Satisfeitas as condições impostas pela lei – *v.g.*, notificação

<sup>31</sup> Gustavo TRENINHO *et al.*, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, p. 129.

<sup>32</sup> Teresa NEVES *et al.*, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, p. 217.

<sup>33</sup> GOMES (ib. 2), p. 44.

<sup>34</sup> Dois exemplos podem ser citados. O primeiro refere-se aos efeitos da cessão de crédito sob terceiros e, em especial, sob a pessoa do devedor, nos termos do que estabeleceram os artigos 288 e 290 do *Código Civil*:

Art. 288. É ineficaz, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se não celebrarse mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades do § 1º do art. 654.

Art. 290. A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, sendo quando a esse notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.

de terceiro, exigência de forma, de publicidade ou a realização de certos atos materiais – remse que, em casos como os acima citados, os contratos passam a produzir seus efeitos com relação a terceiros.

Por outro lado, o princípio da relatividade dos efeitos do contrato encontra expressa exceção no Direito brasileiro na figura da estipulação em favor de terceiro, que permite a um terceiro a aquisição de um direito sem ter manifestado vontade na celebração do contrato<sup>77</sup>. Os demais institutos que envolvem terceiros no Direito Contratual brasileiro, como a promessa de fato de terceiro<sup>78</sup> e o contrato com pessoa a declarar<sup>79</sup>, demandam o consentimento do terceiro para a produção de efeitos em sua esfera jurídica, seguindo, portanto, o princípio geral da relatividade dos efeitos do contrato.

### 1. Regimes legais do contrato

#### PERICLITA 2

Indique os principais corpos normativos de caráter legal os quais contêm regulação mais ou menos sistemática do contrato.

O Brasil é um Estado que se organiza sob a forma de uma federação. Segundo a estrutura federativa do Brasil, a competência para elaboração de normas em Direito

Outro exemplo – no qual o princípio da relatividade impõe limites aos efeitos produzidos pelos contratos – refere-se à ineficácia dos mesmos relativamente à aquisição de direitos reais. Assim, em matéria de bens móveis, pode-se citar os seguintes dispositivos legais:

Art. 1226. Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição.

Art. 1267. A propriedade das coisas [móveis] não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição.

Já em matéria imobiliária, pode-se citar os seguintes dispositivos do Código Civil:

Art. 1227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1245 a 1247), salvo os casos expressos neste Código.

Art. 1245. Transfere-se entre vivos a propriedade [imobiliária] mediante o registro do título transitivo no Registro de Imóveis.

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

Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipular a obrigação, também é permitido exigir a, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438.

Art. 439. Aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este o não executar.

Parágrafo único. Tal responsabilidade não existirá se o terceiro for o cônjuge do promitente, dependendo da sua anuência o ato a ser praticado, e desde que, pelo regime do casamento, a indenização, de algum modo, tenha a recair sobre os seus bens.

Art. 467. 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.

dos Contratos pertence à União Federal, que tem competência privativa para legislar sobre Direito Civil e comercial em território brasileiro. É o que estabelece o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

1. direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Assim, no Direito brasileiro, a disciplina legal sobre Direito dos Contratos é objeto de lei federal. Neste âmbito, podemos citar as seguintes leis, que conferem um tratamento sistemático à matéria contratual:

- Código Civil brasileiro (lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

O atual Código Civil brasileiro foi promulgado em 10 de janeiro de 2002 e entrou em vigor um ano após a sua promulgação (cf. art. 2.044). Revogou (cf. art. 2.045) o Código Civil anterior (promulgado em 1 de janeiro de 1916) e a Parte Primeira do Código de Comércio (de 25 de junho de 1850), promovendo assim a unificação do Direito Civil e Comercial, exceção feita ao comércio marítimo, que é objeto da parte ainda em vigor do Código de Comércio de 1850.

Trata-se assim do principal corpo de regras em matéria contratual existente no Direito brasileiro. Como emana do conceito moderno de codificação, o Código Civil brasileiro apresentase como um corpo sistemático de regras que tende a enquadrar as diversas áreas do Direito Civil e Comercial. O Código em vigor, a exemplo do Código de 1916, se estrutura segundo uma divisão em parte geral e parte especial, metodologia que inspira a disposição de seus Livros, mas também a exposição de suas regras no seio de cada livro, título ou capítulo. A estrutura do Código em vigor se apresenta da seguinte forma:

- Parte geral: composta de 3 livros: Das Pessoas, Dos Bens, Dos Fatos Jurídicos.

- Parte especial: composta de 5 livros: Do Direito das Obrigações, Do Direito da Empresa, Do Direito das Coisas, Do Direito de Família, Do Direito das Sucessões.

O regulamento legal da matéria contratual no Código Civil brasileiro não se concentra exclusivamente no livro I da parte especial, que trata do Direito das Obrigações. A existência de regras contratuais em outras partes do Código se justifica em grande parte pela dicotomia entre disposições gerais e especiais na qual se baseia o nosso Código Civil.

O contrato, no Direito brasileiro é, antes de mais nada, um negócio jurídico<sup>80</sup>. Assim, o primeiro conjunto de regras trazidas pelo Código Civil que se aplicam à

<sup>80</sup> PEREIRA (In. D.), p. 7.

materia contratual encontra-se na parte geral, livro III: Dos Fatos Jurídicos, título I: Do Negócio Jurídico. Lá se encontram previstos, por exemplo: os requisitos de validade do negócio jurídico; as disposições sobre termo, condição e encargo que podem incidir sobre um determinado negócio jurídico; os defeitos que o mesmo pode apresentar<sup>91</sup>; as hipóteses de sua invalidade<sup>92</sup>.

Após fixar as regras gerais aplicáveis a todos os negócios jurídicos, o *Código Civil* traz, em sua parte especial, livro I, as disposições sobre Direito das Obrigações. Neste livro, seguindo a dicotomia entre normas gerais e normas especiais, o *Código* trata primeiro das obrigações de uma forma geral, independentemente da sua fonte ser um contrato ou um outro ato jurídico. O *Código* divide então as obrigações em Modalidades<sup>93</sup>. Em seguida trata das formas de Transmissão das Obrigações<sup>94</sup>. Trata posteriormente do Adimplemento e Extinção das Obrigações<sup>95</sup>. E passa finalmente a tratar do Inadimplemento das Obrigações<sup>96</sup>.

Somente após apresentar as regras gerais sobre as obrigações, é que o *Código Civil* traz as regras inerentes à matéria exclusivamente contratual. Neste ponto, o *Código* prossegue com a metodologia que o inspira: trata primeiro Dos Contratos em Geral<sup>97</sup>, para em seguida tratar Das Várias Especies de Contrato<sup>98</sup>.

É evidente que a disciplina legal dos contratos trazida pelo *Código Civil* não se esgota nas partes acima citadas. Diversas regras contratuais são expostas em outros livros, títulos ou capítulos, sejam eles da parte geral ou da parte especial do *Código*.

<sup>91</sup> São eles: o Erro ou ignorância; o Dolo; a Coação; o Estado de Perigo; a Lesão; a Fraude Contra Credores.

<sup>92</sup> Neste ponto, o *Código Civil* brasileiro adota a distinção entre as hipóteses de nulidade e de anulabilidade de um negócio jurídico.

<sup>93</sup> São elas: Obrigações de Dar, coisa certa e coisa incerta; Obrigações de Fazer; Obrigações de Não Fazer; Obrigações Alternativas; Obrigações Divisíveis e Indivisíveis; Obrigações Solidárias.

<sup>94</sup> A saber: Cessão de Crédito e Assunção de Dividas.

<sup>95</sup> Através dos seguintes institutos: Pagamento; Pagamento em Consignação; Pagamento com Sub-Rogação; Imputação do Pagamento; Dação em Pagamento; Novação; Compensação; Confissão; Remissão de Dividas.

<sup>96</sup> Neste ponto, o *Código Civil* começa por apresentar as Disposições Gerais aplicáveis ao inadimplemento das obrigações, para em seguida tratar de institutos específicos, como a Mora, as Perdas e Danos, os Juros Legais, a Cláusula Penal e as Arras ou Sinal.

<sup>97</sup> Tratam-se das regras gerais a serem aplicadas a toda espécie contratual (salvo em caso de existência de regra especial sobre a matéria em um contrato típico) e aos contratos atípicos. Sob um capítulo I, intitulado Disposições Gerais, o *Código* introduz alguns princípios que regem a matéria contratual e trata em seguida da Formação dos Contratos, da Espetulação em Favor de Terceiro, da promessa de Fato de Terceiro, dos Vícios Redibitórios, da Extinção, dos Contratos Aleatórios, do Contrato Preliminar, do Contrato com Passa a Declarar, Seguindo uma ordem cronológica, o capítulo II trata da Extinção do Contrato, através do Discreto, da Cláusula Resolutiva, da Extinção de Contrato Não Cumprido e da Resolução por Onerosidade Excessiva.

<sup>98</sup> Eis os contratos típicos previstos pelo *Código Civil* brasileiro, na ordem em que se apresentam: Compra e Venda, Troca ou Permuta, Contrato Estimatório, Doação, Locação de Coisas (valendo notar que a locação de imóveis urbanos é objeto de lei específica, abaixo mencionada), Empréstimo, Prestação de Serviços, Empreitada, Depósito, Mandato, Comissão, Agência e Distribuição, Corretagem, Transporte, Seguro, Constituição de Renda, Jogo e Aposta, Fiança, Transação, Compromisso.

Neste sentido, podemos citar como exemplo: as regras relativas ao estatuto social das Associações e das Fundações<sup>99</sup>; as regras relativas aos contratos e estatutos sociais das diversas espécies de sociedade empresarial doradas de personalidade jurídica;<sup>100</sup> as regras relativas ao pacto antenupcial celebrado entre os cônjuges;<sup>101</sup> Finalmente, ao tratar do Direito das Coisas (parte especial, livro III), o *Código Civil* traz importante limitação aos efeitos dos contratos, no que tange à aquisição de direitos reais sobre bens móveis<sup>102</sup> e imóveis<sup>103</sup>.

- *Código de Defesa do Consumidor* (Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990).

Ao lado do *Código Civil*, o *Código de Defesa do Consumidor* (CDC) constitui um dos instrumentos legais mais importantes em matéria contratual no Direito brasileiro. Transcendendo as relações de consumo em nosso país, o *Código de Defesa do Consumidor* transcende a matéria exclusivamente contratual, instituindo, por exemplo, diversas regras de Direito Penal<sup>104</sup> e de Direito Processual, visando neste último caso à "Defesa do Consumidor em Juízo"<sup>105</sup>.

<sup>99</sup> Parte geral, livro I: Das Pessoas, título II: Das Pessoas Jurídicas, capítulos II e III, respectivamente.

<sup>100</sup> O *Código Civil* em vigor, em sua parte especial, livro II, consilia grande parte das regras jurídicas sobre a atividade empresarial. Com ela traz regras sobre as espécies de sociedade empresarial dotadas de personalidade jurídica, dentre as quais podemos citar as seguintes espécies: Sociedade Simples, Sociedade em Nome Coletivo, Sociedade em Comandita Simples, Sociedade Limitada, Sociedade Anônima (que o *Código* se preocupa apenas em caracterizar, deixando sua regulamentação legal a cargo de legislação especial, da qual falaremos abaixo), Sociedade em Comandita por Ações.

<sup>101</sup> Parte especial, livro IV: Do Direito de Família; título II: Do Direito Patrimonial, sub-título I: Do Regime de Bens Entre os Cônjuges; capítulo II: Do Pacto Antenupcial.

<sup>102</sup> Tratam-se de bens móveis, a regra geral encontrar-se prevista pelo art. 1226 do *Código Civil*, nos seguintes termos:

Art. 1226. Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição.

A limitação do efeito dos contratos na transmissão dos direitos reais sobre bens móveis tornase ainda mais evidente quando o *Código Civil* trata da aquisição da propriedade:

Art. 1267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição.  
<sup>103</sup> Em matéria imobiliária, a regra geral sobre a transmissão de direitos reais entre vivos, encontra-se prevista pelo art. 1227 do *Código Civil*, nos seguintes termos:

Art. 1227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1245 a 1247), salvo os casos expressos neste Código.

No que tange à transmissão da propriedade de bens imóveis entre vivos, o *Código Civil* é expresso em limitar os efeitos dos negócios jurídicos, nos seguintes termos:

Art. 1245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

<sup>104</sup> *Código de Defesa do Consumidor*, título II.

<sup>105</sup> *Op. cit.*, título III.

No que tange às regras contratuais, o CDC traz as definições de consumidor<sup>46</sup> e de fornecedor de produtos e serviços<sup>47</sup>, parras nas relações contratuais de consumo. Estabelece ainda os direitos básicos do consumidor, as regras destinadas à oferta dos produtos, estabelece as práticas abusivas em matéria de consumo, listando as cláusulas que reputa abusivas, assim como tutela os contratos de adesão.

Dada a importância do *Código de Defesa do Consumidor* no ordenamento jurídico brasileiro, diversas de suas regras serão mencionadas nas respostas abaixo.

- Lei de Locações (Lei Nº 8.245, de 18 de outubro de 1991).

Trata-se de outro corpo legislativo importante, contendo regras contratuais amplamente empregadas na prática jurídica brasileira. Tem por objeto a locação de imóveis urbanos<sup>48</sup>, sejam eles residenciais ou comerciais, cabendo ao *Código Civil* a tutela das demais espécies de contrato de locação<sup>49</sup>. Além de regras contratuais –através das quais estabelece os tipos de locação urbana possíveis–, determina regras processuais específicas para litígios envolvendo locação de imóveis urbanos.

- Lei das Sociedades por Ações (Lei Nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976).

Embora o *Código Civil* traga regras sobre diversos tipos societários, como acima mencionado, as regras relativas às sociedades por ações são objeto de legislação específica<sup>50</sup>. Assim, no que tange à matéria contratual, a Lei de Sociedade por Ações traz, por exemplo, regras relativas ao estatuto social da companhia, aos acordos de

<sup>46</sup> *Código de Defesa do Consumidor*, art. 2º: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

<sup>47</sup> *Código de Defesa do Consumidor*, art. 3º: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

<sup>48</sup> Lei Nº 8.245/91, art. 1º: A locação de imóvel urbano regulase pelo disposto nesta lei.

Parágrafo único. Continuam regulados pelo *Código Civil* e pelas leis especiais:

a) as locações: 1. de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas; 2. de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos; 3. de espaços destinados à publicidade; 4. em apart- hotéis, hotéis- residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar;

b) o arrendamento mercantil, em qualquer de suas modalidades;

<sup>49</sup> Como acima mencionado, a Locação de Cônsis e figura contratual tipificada pelo *Código Civil* brasileiro (arts. 565 a 578).

<sup>50</sup> É o que estabelece o art. 1.089 do *Código Civil*, nos seguintes termos: “A sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código”.

acionistas, às operações de incorporação, fusão ou cisão, alienação de controle e à constituição de grupos de sociedade.

- Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (decreto-lei Nº 4.675, de 4 de setembro de 1942).

Antes designada (sob o regime do *Código Civil* de 1916) de Lei de Introdução ao *Código Civil* brasileiro, a legislação em referência traz regras sobre lei aplicável, requisitos formais e local de formação de contratos internacionais<sup>51</sup>.

- *Código Comercial* (Lei Nº 556, de 25 de junho de 1850).

Como acima mencionado, o *Código Civil* de 2002 revogou a primeira parte do *Código Comercial*<sup>52</sup>. Resta assim em vigor a segunda parte deste *Código*, que trata Do Comercio Marítimo, trazendo diversas regras contratuais sobre a matéria.

- Lei de Licitações (Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

Trata dos contratos firmados entre agentes econômicos privados e entes do Poder Público.

- Consolidação das Leis Trabalhistas (decreto Nº 5.452, de 1 de maio de 1943).

Traz as regras específicas para o contrato de trabalho, estatutando as normas que regulam as relações individuais e coletivas de trabalho.

Além dos instrumentos legais acima mencionados, outras leis federais tratam de figuras contratuais específicas, como é o caso da lei Nº 4886, de 9 de dezembro de 1965, que trata de contratos de representação comercial; e da lei Nº 6729, de 28 de novembro de 1979, que trata de contratos de concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores.

Cumpra por fim ressaltar que, além dos instrumentos legislativos, algumas normas de origem regulamentar, emanadas de autarquias ou órgãos do Poder Executivo, podem trazer disposições importantes em matéria contratual. É o que ocorre, por exemplo, com a Resolução 2.309, do Conselho Monetário Nacional, que trata especificamente dos contratos de arrendamento mercantil.

<sup>51</sup> Art. 9º: Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituirem.

§ 1º: Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º: A obrigação resultante do contrato reputar-se constituida no lugar em que residir o proponente.

<sup>52</sup> Art. 2.045: Revogam-se a lei Nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916 - *Código Civil* e a parte primeira do *Código Comercial*, lei Nº 556, de 25 de junho de 1850.

## 2. Formação do contrato e responsabilidade pré-contratual

### PERGUNTA 3

Em qual (quais) corp(ões) normativo(s) se encontra(m) regulado o processo de formação de consentimento?

O processo de formação do consentimento encontra-se regulado pelo *Código Civil*, em seus artigos 427 a 435, sob o título Da Formação dos Contratos<sup>53</sup>. Além disso, o *Código de Defesa do Consumidor* trata dos requisitos da oferta no que diz respeito às relações de consumo, em seus artigos 30 e 35.

As características do processo de formação do consentimento serão desenvolvidas na resposta à Questão 5, abaixo.

### PERGUNTA 4

Existe uma regulamentação especial tratando de (a) condições gerais e/ou contratos por adesão e (b) contratos eletrônicos?

#### A) CONTRATOS DE ADEÇÃO

No Direito brasileiro, o contrato de adesão é uma figura que encontra disciplina legal tanto no *Código Civil*, quanto no *Código de Defesa do Consumidor*.

O *Código Civil* –sem caracterizar os requisitos para a qualificação de um contrato de adesão– traz duas regras sobre o instituto, ambas inseridas nas disposições relativas aos Contratos em Geral<sup>54</sup>. A primeira regra trazida pelo *Código Civil* (art. 423) trata da interpretação dos contratos de adesão, enquanto a segunda (art. 424) trata da nulidade das cláusulas que estipulem renúncia do aderente a um direito resultante da natureza do negócio. Sobre estes temas, assim dispõe o *Código Civil* brasileiro:

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, deverá-se adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

<sup>53</sup> Apesar de o *Código Civil* brasileiro reservar, em sua parte geral, tratamento legal à figura do Negócio Jurídico, o *Código* não regula neste título o processo de formação do consentimento, mas apenas os requisitos para a validade da declaração de vontade. A disciplina legal da matéria é exposta na parte especial, Livro I: Do Direito das Obrigações, título V: Dos Contratos em Geral, capítulo I: Disposições Gerais, quando o *Código Civil* trata em sua seção II da Formação dos Contratos.

<sup>54</sup> Parte especial, Livro I: Do Direito das Obrigações, título V: Dos Contratos em Geral, capítulo I: Disposições Gerais.

A previsão legal (ainda que sumária) do contrato de adesão no *Código Civil* evidencia que, no Direito brasileiro, esta espécie contratual não é característica apenas das relações de consumo. Pode-se, portanto afirmar que, em Direito brasileiro, a marca distintiva dos contratos de adesão é o seu modo de formação e não a qualificação das partes que o celebram (consumidor e comerciante). A nota elementar do contrato de adesão é, portanto, a impossibilidade (se não absoluta, substancialmente restrita) de se negociar e modificar as cláusulas gerais preestabelecidas por uma das partes<sup>55</sup>.

Em que pese o fato de os contratos de adesão extrapolarem a esfera das relações consumeristas, há que se admitir que estas últimas constituem o campo de excelência desta prática contratual. Assim, o *Código de Defesa do Consumidor* apresenta regulamentação própria da matéria, começando por estabelecer o conceito de contrato de adesão nas relações de consumo:

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

Em seguida, ainda em seu art. 54, o *Código de Defesa do Consumidor* estabelece regras sobre a inserção de cláusulas no contrato de adesão e os efeitos sobre sua qualificação<sup>56</sup>; a admissão de cláusula resolutoria, desde que alternativa<sup>57</sup>; a redação do contrato de adesão<sup>58</sup>; a forma de apresentação das cláusulas que implicam limitações aos direitos do consumidor<sup>59</sup>.

#### B) CONTRATOS ELETRÔNICOS

No Direito brasileiro, nem o *Código Civil*, nem o *Código de Defesa do Consumidor*, trazem regras específicas para os contratos eletrônicos.

O *Código de Defesa do Consumidor* foi promulgado em 1990, época em que as relações de consumo por meios eletrônicos ainda não constituía o fenômeno de massa que conhecemos hoje.

<sup>55</sup> Vide, a propósito, Cristiano de Sousa ZANETTI, *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*, pp. 227-230; Orlando Gomes, *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*, pp. 3, 10 e 41; Custódio da Piedade Ubaldo MIRANDA, *Contrato de adesão*, p. 20.

<sup>56</sup> CDC, art. 54, § 1º. A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

<sup>57</sup> CDC, art. 54, § 2º. Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutoria, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

<sup>58</sup> CDC, art. 54, § 3º. Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

<sup>59</sup> CDC, art. 54, § 4º. As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Todavia, quanto ao *Código Civil*, poder-se-ia esperar que incorporasse regras específicas sobre o tema, uma vez que sua promulgação ocorreu em 2002. Em que pese, no entanto, se tratar de uma lei relativamente recente, o Projeto que deu ensejo ao *Código* é de 1975<sup>60</sup>, tendo tramitado durante 27 anos no Congresso Nacional. Este longo tempo de tramitação do projeto justifica, de certa forma, a ausência de regras sobre os contratos eletrônicos em nosso *Código Civil*. Contra as críticas dirigidas ao *Código* por esta ausência, levantou-se o argumento de que a particularidade do modo de formação dos contratos por via eletrônica não justificaria um regramento específico<sup>61</sup>; as regras do *Código Civil* e do *Código de Defesa do Consumidor*, em particular no que diz respeito aos contratos de adesão e à formação dos contratos entre ausentes, seriam suficientes para conferir uma regulamentação jurídica à matéria. Há debates no sentido de se promover uma reforma no CDC para regulamentação dos contratos eletrônicos.

#### PERGUNTA 5

Explique brevemente o regime geral de formação do consentimento, incluindo: a) requisitos da oferta; b) requisitos da aceitação; c) lugar em que se forma o consentimento e d) momento em que se forma o consentimento.

A regra geral vigente no Direito brasileiro é de que a validade dos negócios jurídicos não depende de forma, a menos que a lei assim estabeleça<sup>62</sup>. Assim, salvo em caso de exigência de forma imposta pela lei, o nosso Direito não faz distinção entre o processo de formação do consentimento e o processo de formação do contrato propriamente dito. Desta forma, como regra geral, basta o encontro de vontades das partes para que o consentimento seja formado e, com ele, nasça o contrato<sup>63</sup>.

Como mencionado na resposta à questão 3 acima, o *Código Civil* traz, em seus artigos 427 a 435 as regras atinentes à Formação dos Contratos, onde trata essencialmente da proposta de contrato e de sua aceitação. Já o *Código de Defesa do Consumidor*, em seus artigos 30 a 35, trata especificamente da oferta nas relações de consumo. Em nosso Direito, estes são, portanto os dispositivos legais que apresentaram os requisitos da oferta e da aceitação, estabelecendo ainda o local de formação do contrato, assim como o momento em que se forma o consentimento, como se passa a expor:

#### A) REQUISITOS DA OFERTA

O *Código Civil* brasileiro estabelece como princípio a obrigatoriedade da oferta de contrato, seja esta uma *proposta a pessoa individualizada*, seja a *oferta ao público*, desde que cumpridos certos requisitos legais. No tocante à obrigatoriedade da *proposta de contrato feita a pessoa determinada*, o *Código Civil* estabelece o seguinte:

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

Tem-se, portanto, que no Direito brasileiro a obrigatoriedade da proposta de contrato feita a pessoa determinada pode ser afastada em razão dos termos em que foi feita, da natureza do negócio e das circunstâncias do caso. Entre as hipóteses em que a proposta deixa de ser obrigatória, encontram-se aquelas listadas pelo art. 428 do *Código Civil*:

Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta:

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

Desta forma, a obrigatoriedade da proposta sem prazo específico para aceitação, no Direito brasileiro segue o modelo “pegar ou largar”: se feita entre presentes, a aceitação deve ser imediata; se feita entre ausentes, no tempo necessário para chegar.

O Direito brasileiro não admite a revogação da proposta, mas permite sua retratação, isto é, a manifestação de vontade do proponente no sentido de retirada da proposta, que deve chegar antes ou junto com a proposta ao seu destinatário (cf. art. 433 abaixo mencionado).

Complementando os requisitos legais, a doutrina entende que a proposta de contrato deve: ser séria e precisa, uma vez que constitui o ato inicial do vínculo contratual; e que ela deve conter as linhas estruturais do negócio em vista, para que o contrato possa ser considerado aperfeiçoado após a aceitação<sup>64</sup>. Ainda que a proposta não precise ser fechada em todos os seus pontos – como, por exemplo, a quantidade de mercadoria a ser adquirida –, um simples convite a fazer oferta não

<sup>60</sup> Projeto de lei nº 634/75.

<sup>61</sup> Miguel REALE, *História do novo Código Civil*, p. 197.

<sup>62</sup> Neste sentido, o art. 107 do *Código Civil* estabelece: “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

<sup>63</sup> PEREIRA (n. 1), p. 36.

<sup>64</sup> PEREIRA (n. 1), p. 38.

é aceito pela doutrina como proposta, pois tal convite apenas incita interessados a formularem oferta<sup>65</sup>.

No tocante à oferta ao público, o Código Civil estabelece o seguinte:

Art. 429. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.

Parágrafo único. Pode revogarse a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada.

Tratando-se de relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor impõe os seguintes requisitos para que a oferta de um produto ou serviço se torne obrigatória:

Código de Defesa do Consumidor, art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Assim, feita a oferta de um produto ou serviço, a mesma se torna obrigatória e o CDC confere ao consumidor as seguintes prerrogativas em caso de recusa de cumprimento:

Código de Defesa do Consumidor, art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

- I. exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;
- II. aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;
- III. rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

#### B) REQUISITOS DA ACEITAÇÃO

A aceitação é o ato pelo qual aquele a quem a proposta é formulada manifesta sua aquiescência, aperfeiçoando-se então o negócio jurídico e formando-se o contrato<sup>66</sup>. Trata-se, portanto, de uma declaração receptícia de vontade<sup>67</sup>. Como ressalta autorizada

<sup>65</sup> Gomes (n. 2), p. 73.

<sup>66</sup> PEREIRA (n. 1), p. 45.

<sup>67</sup> Orlando Gomes, *Contratos*, 18<sup>a</sup> ed., p. 64.

doutrina, "não há, salvo nos contratos formais, requisito especial para a aceitação"<sup>68</sup>. Assim, no que tange à forma, a regra geral é a de que a aceitação não possui requisitos.

Assim, não havendo em regra requisitos formais para a aceitação, a doutrina entende que, além da aceitação expressa, é possível que a aceitação seja tácita. Nesta hipótese, o destinatário da proposta, ao invés de manifestar uma declaração receptícia de vontade, realiza atos de execução da proposta, que chegam ao conhecimento do proponente no prazo conferido pela proposta<sup>69</sup>. Ademais, o Código Civil prevê hipótese na qual o silêncio vale aceitação, nos termos do artigo 432:

Art. 432. Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa.

A regra é uma aplicação do artigo 111 do Código Civil<sup>70</sup>, que estabelece que nos negócios jurídicos: "o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa".

Se não há requisitos formais para a aceitação, condições quanto ao seu conteúdo se impõem para que ela seja eficaz. Assim, a aceitação deve ser simples e oportuna. Isto significa que a aceitação que acrescentar, modificar ou retirar algo da proposta, assim como a aceitação que chegar fora do prazo da proposta, será considerada nova proposta, cabendo à outra parte aceitá-la ou não. Nestes termos, estabelece o artigo 431 do Código Civil:

Art. 431. A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta.

Assim como ocorre com relação à proposta, o Direito brasileiro não admite a revogação da aceitação, mas permite sua retratação, quando a manifestação de vontade no sentido da retratação da aceitação chega antes ou junto com a aceitação inicialmente manifestada. Nestes termos, o art. 433 do Código Civil:

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

#### C) LUGAR EM QUE SE FORMA O CONSENTIMENTO

A regra geral sobre o lugar em que se forma o contrato é estabelecida pelo artigo 435 do Código Civil, nos seguintes termos:

<sup>68</sup> PEREIRA (n. 1), p. 45.

<sup>69</sup> Gomes (n. 67), p. 64.

<sup>70</sup> A referida regra encontra-se no capítulo das Disposições Gerais relativas aos negócios jurídicos, parte geral do Código Civil.



Art. 435. Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto.

No tocante aos contratos internacionais, as regras são impostas pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>71</sup>, em seu art. 9º:

Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputar-se constituída no lugar em que residir o proponente.

Em doutrina, afirmase que quando se tratar de relação de consumo, deve se reputar formado o contrato no local de domicílio do consumidor, a não no lugar da proposta, de maneira a proteger mais adequadamente a parte mais fraca da relação<sup>72</sup>.

#### D) MOMENTO EM QUE SE FORMA O CONSENTIMENTO

No que tange ao momento da formação do contrato, o Código Civil estabelece:

136

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

- I. no caso do artigo antecedente;
- II. se o proponente se houver comprometido a esperar resposta;
- III. se ela não chegar no prazo convenionado.

Da leitura do *caput* do dispositivo, conclui-se que nosso Direito optou pela chamada teoria da expedição, buscando facilitar a caracterização do momento da formação do contrato, já que a expedição da aceitação se reveste de ato material que a desprende do agente<sup>73</sup>. A adoção da teoria da expedição não foi, todavia, feita de forma incondicional, uma vez que a lei estabelece algumas exceções.

A primeira delas diz respeito ao instituto da retratação da aceitação, já referido no item 'b', acima (art. 433). Nesta hipótese, mesmo se a aceitação já houver sido expedida, o oblató pode impedir a formação do contrato, desde que faça chegar ao proponente (teoria da recepção) sua recusa, antes que este último receba a aceitação, ou no momento em que ele a recebe. Assim, ao adotar a possibilidade de retratação oportuna, o Código Civil estabelece um importante temperamento à teoria da expedição<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> Decreto-lei Nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942.

<sup>72</sup> Caflin Sampiao MATHOLIANI, *Interact e contratação*, pp. 130-131.

<sup>73</sup> PEREIRA (n. 1), p. 47.

<sup>74</sup> *Op. cit.*, p. 48.

Além disso, se o proponente se comprometer a esperar a resposta (artigo 434, inciso II), não tendo estipulado um prazo para que ela chegue, o contrato reputar-se formado com a recepção da aceitação. Caso as partes hajam estipulado um prazo para a aceitação da proposta (artigo 434, inciso III), o contrato será formado com a recepção desta.

#### PERGUNTA 6

Discuta a retratação unilateral nas negociações preliminares a um contrato e os deveres pré-contrauais de informação, indicando se (a) existem regras legais que disciplinem expressamente essas duas figuras; e se (b) é possível extrair das decisões dos tribunais critérios que permitam determinar sob que condições a retratação unilateral das tratativas preliminares ou a falta de fornecimento de informação configuram hipóteses de responsabilidade civil.

#### A) RETIRADA UNILATERAL DE UMA DAS PARTES NAS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES A UM CONTRATO

O regime legal adorado pelo Direito brasileiro para disciplinar a formação dos contratos baseia-se – como exposto na questão anterior – nos institutos da proposta e da aceitação. Nesse Direito reputa que a proposta, por si só, constitui um ato jurídico e vincula aquele que a fez; enquanto a aceitação é o ato que aperfeiçoa o negócio jurídico, juntando a vontade do aceitante à do proponente, formando, assim, o contrato<sup>75</sup>. Deste modo, sem que se possa caracterizar uma proposta de contrato, não há como se caracterizar nenhum ato jurídico apto a gerar obrigação a uma das partes<sup>76</sup>.

Assim sendo, no Direito brasileiro, as negociações realizadas entre as partes antes da caracterização de uma proposta de contrato só podem gerar obrigações se configurarem ato ilícito, nos termos dos artigos 186 e 187 do Código Civil<sup>77</sup>.

Assim, em nosso Direito, a análise de qualquer obrigação pré-contraual passa pela responsabilização de uma das partes por ato ilícito e requer, portanto, que sua conduta pré-contraual possa ser qualificada como tal. Como consequência, a responsabilização pela retirada unilateral de uma das partes das negociações pré-contrauais pressupõe que tal retirada seja qualificada como ato ilícito.

O Código Civil brasileiro não indica quais condutas pré-contrauais constituem ato ilícito e tampouco estabelece em que condições a retirada unilateral de uma das partes das negociações pré-contrauais pode ser reputada como tal. De uma forma muito mais ampla, impõe – como vimos na resposta à Questão 1 – que as partes

<sup>75</sup> PEREIRA (n. 1), p. 41.

<sup>76</sup> *Op. cit.*, p. 37.

<sup>77</sup> Art. 186. Aquelle que, por acção ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim económico ou social, pela bonafé ou pelos bons costumes.



devem assumir comportamento de boa-fé, não só durante a execução, mas também na conclusão de um contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé<sup>78</sup>.

Assim, em nosso Direito, o caminho legal que leva à caracterização de ato ilícito nas relações pré-contratuais passa pela cláusula geral de comportamento que impõe que as partes ajam de acordo com os preceitos impostos pela boa-fé.

No que tange especificamente à retirada unilateral das negociações pré-contratuais, a análise do comportamento das partes deve levar em conta que, nessa fase (e até que uma proposta de contrato possa ser caracterizada), as partes gozam de ampla liberdade negocial. Assim, entrar em uma negociação e dela se retirar (antes da configuração de uma proposta de contrato) é um direito subjetivo de cada uma das partes, decorrente da liberdade contratual que cada uma delas goza. Neste sentido, a qualificação da retirada das negociações como ato ilícito, requer a caracterização do exercício abusivo deste direito. E o suporte legal para tanto encontra-se no artigo 187 do *Código Civil*, a estabelecer:

138

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Assim, fixando-se a violação do princípio da boa-fé como fundamento para caracterização do ilícito pré-contratual e o abuso de direito como limite à liberdade negocial das partes, doutrina e jurisprudência, caracterizam como ilícita a retirada de uma das partes das negociações pré-contratuais, quando estas negociações tenham gerado na contraparte, uma expectativa legítima de que o contrato seria concluído<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> Ainda que o art. 422 não mencione expressamente a incidência da boa-fé objetiva na fase pré-contratual, doutrina e jurisprudência brasileiras conferem à expressão "conclusão do contrato" significado amplo, incluindo aí não só a fase de troca de propostas vinculantes, mas também as tratativas negociais que as precedem. Neste sentido, ver enunciados 24, 25, 26, 27, 168, 169, 170, 361, 362 e 363 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em <http://aleph.cfj.jus.br/revista/enunciados/flornada.pdf>, acessado em 10 de julho de 2011.

<sup>79</sup> Neste sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso de negociações para contrato de patrocínio esportivo, decidiu que: "o negócio jurídico não chegou a ser formalizado, todavia, a conduta da ré durante a fase de negociação gerou a expectativa de que o contrato de patrocínio seria implementado (...)" (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação cível nº 9138913387.2006.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Jesus Lofrano, julgada em 15 de março de 2011).

Nota-se que o entendimento também se aplica no que tange às negociações tendentes ao estabelecimento de um contrato de trabalho. Neste sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu o seguinte: "Autor que foi selecionado após realização de entrevista e aguardou por cinco meses a contratação definitiva frustrada ao final de tal prazo. Situação em que foram geradas falsas expectativas. Violação da boa-fé objetiva" (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação cível Nº 9141091-

No sentido de facilitar a identificação da ilicitude da retirada negocial, tenta-se identificar no período pré-contratual: uma fase meramente negocial, entendida como o conjunto de tratativas não vinculantes que precedem um contrato; e uma fase decisória, configurada pelo ato de consenso de vontades vinculante entre as partes<sup>80</sup>.

#### B) DEVER DE INFORMAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL

No ordenamento jurídico brasileiro, o dever de informação pré-contratual é uma regra de conduta que se impõe às partes em razão princípio da boa-fé, positivado pelo artigo 422 do *Código Civil* (vide resposta à Questão 1, acima).

De uma forma geral, o dever de informação pré-contratual impõe às partes negociantes a obrigação de prestar esclarecimentos e informações relevantes a fim de que a contraparte possa norrear sua futura decisão de contratar<sup>81</sup>. Abrange assim os deveres de esclarecimento sobre as especificidades do objeto do contrato. Impõe também advertência sobre os possíveis riscos inerentes ao negócio<sup>82</sup>. A não prestação destas informações constitui comportamento contrário ao princípio da boa-fé, configurando ato ilícito gerador do dever de indenizar.

Reforçando o dever de informação imposto pelo princípio da boa-fé objetiva, o nosso Direito traz regras específicas que estabelecem as informações a serem prestadas em determinadas relações pré-contratuais. É o que faz notadamente o *Código de Defesa do Consumidor*, ao estabelecer:

139

*Código de Defesa do Consumidor*, artigo 6º. São direitos básicos do consumidor:

(...)

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem aos consumidores.

Em seguida, ao tratar da oferta de bens ou serviços, o *Código de Defesa do Consumidor* estabelece:

*Código de Defesa do Consumidor*, artigo 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem,

18.2006.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Adilson de Andrade, julgada em 14 de junho de 2011).

<sup>80</sup> RIZZARDO (n. 6), p. 43.

<sup>81</sup> CLOVIS DO CARMO E SILVA, *A obrigação como processo*, pp. 94-95.

<sup>82</sup> FERNANDO MIRONHA, *Direito das Obrigações: Fundamentos do direito das obrigações*, vol. 1, pp. 455-456.

entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores<sup>81</sup>.

Se a falta ou falha na prestação das informações gerar danos ao consumidor, o fabricante de produtos ou o fornecedor de serviços responde pelos danos causados, nos termos dos artigos 12 e 14 do *Código de Defesa do Consumidor*, independentemente da caracterização de sua culpa<sup>84</sup>.

A caracterização, pela jurisprudência, do ato ilícito consistente na violação ao dever de informação pré-contratual é bastante casuística. No que tange às relações não consumeristas, os critérios normalmente utilizados pela jurisprudência são aqueles acima mencionados: informação sobre o objeto a ser contratado e sobre eventuais riscos do negócio. É importante notar, contudo, a tendência de se levar em consideração o grau de expertise da contraparte sobre o objeto das negociações: na medida em que a negociação contratual envolve uma atividade habitualmente exercida por uma das partes, reputa-se que esta tem certo grau de expertise e conhecimento sobre o objeto do contrato, como consequência, não constitui violação do dever de informação a ausência de determinadas informações que normalmente deveriam ser passadas ao contratante leigo, que não detém conhecimento algum quanto ao objeto do contrato<sup>85</sup>.

Já em matéria consumerista, a caracterização jurisprudencial da violação ao dever de informação pré-contratual vem a reforçar as disposições protetoras do *Código de Defesa do Consumidor* (acima citadas), ressaltando notadamente: a importância de que o fabricante de produtos ou o fornecedor de serviços preste "os esclarecimentos necessários para a perfeita compreensão [por parte do consumidor] quanto aos direitos e obrigações deles oriundas"<sup>86</sup>; e a importância das informações sobre o objeto ou serviço colocado no mercado<sup>87</sup>.

<sup>81</sup> Vale aqui lembrar também o que dispõe o art. 33 do *Código de Defesa do Consumidor*: "em caso de oferta ou venda por telefone ou reembolso postal, deve constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial".

<sup>84</sup> Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

<sup>85</sup> Neste sentido, v. Regis Fichtner PEREIRA, *A responsabilidade civil pré-contratual*, p. 331.

<sup>86</sup> Dever de informar, devidamente o consumidor sobre os termos do contrato oferecido, prestando os esclarecimentos necessários para a perfeita compreensão quanto aos direitos e obrigações deles oriundas", recurso especial Nº 1176628/RS, Superior Tribunal de Justiça, 3ª turma, relatora ministra Nancy Andrighi, julgado em 16 de setembro de 2010.

<sup>87</sup> Responsabilidade civil. Informação deficiente. Informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços que é direito básico do consumidor. Arts. 6º, III, e 31 do CDC. Consumidor que, apenas

### 3. Validade e forma do contrato

#### PERGUNTA 7

É frequente a distinção entre elementos de existência e validade dos contratos. Os primeiros são a vontade, o objeto, a causa e as solenidades. Os segundos constituem-se pela manifestação de vontade sem vícios, pelo objeto lícito, pela causa lícita e pela capacidade. Está correta esta distinção como uma descrição dos elementos contratuais no seu país? Se a resposta for negativa, indique como efetuará a distinção.

O *Código Civil* brasileiro não adota expressamente a distinção entre elementos de existência e requisitos de validade dos contratos. Estabelece apenas quais são os requisitos de validade do negócio jurídico (do qual o contrato constitui espécie), tratando em seguida das duas hipóteses de invalidade: a nulidade e a anulabilidade. Ao tratar do gênero "negócios jurídicos", o *Código Civil* estabelece o seguinte:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

- I. agente capaz;
- II. objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- III. forma prescrita ou não defesa em lei.

A despeito do silêncio da lei no tocante aos requisitos de existência do negócio jurídico, a doutrina afirma que estes emanam da própria estrutura do artigo 104 do *Código Civil*. Os substantivos indicados em cada um dos seus incisos – agente, objeto e forma – indicam os requisitos de existência do negócio jurídico (e do contrato, por consequência); enquanto os adjetivos qualificadores destes três requisitos de existência, referem-se aos requisitos de validade do negócio jurídico: capacidade do agente; licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto; idoneidade da forma<sup>88</sup>. Para alguns autores, incluiu-se também a declaração de vontade como elemento de existência do negócio e a sua seriedade e espontaneidade como requisito de validade<sup>89</sup>.

Assim, considerase que, a despeito do silêncio da lei sobre os requisitos de existência dos negócios jurídicos, estes devem ser analisados sob três planos no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: os planos da existência, da validade e da eficácia do negócio jurídico. Esta divisão será abordada na resposta à Questão 15, abaixo.

munido de todas as informações necessárias e ínteis acerca do produto ou serviço, poderá, de maneira livre e consciente, exercer as suas opções de consumo" (Apelação cível Nº 9058892-07/2004, 8.26.0000, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2ªª Câmara de Direito Privado, julgada em 14 de setembro de 2011).

<sup>88</sup> Antônio Junqueira de AZEVEDO, *Negócio Jurídico - Existência, Validade e Eficácia*, p. 26.

<sup>89</sup> Orlando GOMES, *Introdução ao direito civil*, p. 329.

Finalmente - uma vez que a Questão menciona a *causa* e a *causa litta* - cumpre observar que o legislador brasileiro não incluiu nem a causa como elemento do contrato, nem sua licitude como requisito de validade, o que fez com que a grande maioria da doutrina e da jurisprudência não as considerasse como requisito de existência ou de validade dos contratos. Sobre este assunto, remete-se à resposta à Questão 10, abaixo.

PERGUNTA 8

Em geral se considera que um dos princípios basilares do Direito contratual é o consenso. Isto significa - grosso modo - que o contrato produz plena eficácia uma vez que as partes conseguiram chegar a um acordo. Esta afirmação descreve corretamente o Direito Contratual de seu país? Quais são as flexibilizações mais significativas que ocorreram sobre este princípio?

A afirmação feita na questão descreve corretamente o Direito Contratual brasileiro, onde um contrato é, em regra geral, reputado válido e eficaz desde que as partes tenham chegado a um consenso sobre o seu conteúdo (a pressupor que este consenso incorpore os requisitos de validade dos negócios jurídicos, Código Civil, artigos 104 e 166<sup>90</sup>).

Em nosso Direito, a regra geral é que a validade, não só do contrato, mas de todo negócio jurídico, não depende de forma, a menos que a lei assim estabeleça. Neste sentido, o artigo 104, inciso III, do Código Civil estabelece que a validade do negócio jurídico depende de forma quando esta for prescrita pela lei<sup>91</sup>. No mesmo sentido, o artigo 107 do Código Civil estabelece:

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

Portanto, como regra geral, os contratos no Direito brasileiro são atos convencionais: o simples consenso entre as partes os torna válidos, não se exigindo forma especial para sua celebração. Podem ser celebrados verbalmente, tacitamente ou por escrito, em instrumento público ou particular, excetuando-se os casos em que a lei requer uma dessas modalidades<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> V. resposta à Questão 7, acima, assim como à Questão 15, abaixo.

<sup>91</sup> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:  
I. agente capaz;

II. objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III. forma prescrita ou não defesa em lei.

<sup>92</sup> Carlos Roberto GONÇALVES, *Direito Civil brasileiro*, vol. 1: parte geral, p. 318.

A regra do consensualismo não é absoluta<sup>93</sup>, como indica o próprio artigo 107 acima transcrito, ao estabelecer que a lei pode excepcionar o princípio. A doutrina tende a agrupar as exceções legais à regra do consensualismo em duas categorias: os contratos solenes e os contratos reais<sup>94</sup>. A validade dos primeiros depende da satisfação a um requisito de forma imposto pela lei: a validade dos segundos depende da realização de um ato material também determinado pela lei<sup>95</sup>. Em ambos os casos, o simples acordo das partes não pode ser qualificado de contrato válido. Para tanto, requer-se que a exigência de forma seja satisfeita ou que ato material seja praticado. Sem eles, não há contrato válido.

Como exemplo de contratos solenes em Direito brasileiro, podem-se citar os contratos constitutivos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta salários mínimos vigentes no país, que somente é válido se realizado por escritura pública. É o que estabelece o artigo 108 do Código Civil:

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

Igualmente, a vontade das partes pode derogar a regra do consensualismo. Para tanto, basta que estabeleçam que o negócio jurídico não é válido sem que assumam a forma de instrumento público. É o que estabelece o artigo 109 do Código Civil:

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

Como exemplo de contratos reais no Direito brasileiro podemos citar o comodato<sup>96</sup>, o mútuo<sup>97</sup>, o depósito<sup>98</sup> e o penhor<sup>99</sup>. Nestes casos, a validade do contrato impõe que seja feita a tradição do bem móvel que é objeto do negócio jurídico.

<sup>93</sup> PEREIRA (n. 1), p. 19.

<sup>94</sup> GOMES (n. 2), p. 38.

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> Art. 579. O comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto.

<sup>97</sup> Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

<sup>98</sup> Art. 587. Este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição.

<sup>99</sup> Art. 627. Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame.

<sup>99</sup> Art. 1431. Constitui-se o penhor pela transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o representante, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação.

Vistos acima os casos em que a lei impõe requisitos para a validade dos contratos -excepcionando a regra do consensualismo- há que se ressaltar que o Direito brasileiro estabelece hipóteses em que os contratos podem se formar pelo consentimento das partes, mas onde determinados efeitos encontram-se subordinados à realização de algum ato ou formalidade. Estas hipóteses decorrem notadamente do princípio da relatividade dos contratos, a impor que os mesmo não geram efeitos a terceiros estranhos ao acordo de vontade realizado entre as partes contratantes. Assim, nas hipóteses em que determinada espécie contratual tem vocação a produzir efeitos com relação a terceiros, a lei costuma estabelecer determinadas formalidades para que estes efeitos possam ser alcançados. Alguns exemplos em Direito brasileiro são: a eficácia da cessão de crédito com relação a terceiros<sup>100</sup> e, em especial, com relação ao devedor<sup>101</sup>; a eficácia dos contratos no que tange à aquisição de direitos reais sobre bens móveis<sup>102</sup> e imóveis<sup>103</sup>.

#### PERGUNTA 9

O que entendem os doutrinadores e os tribunais por objeto do contrato? Indique, além disso, o regime geral (quer dizer, o do Código Civil) acerca da ilicitude do objeto. Finalmente, identifique casos de falta de objeto nas decisões dos tribunais.

O conceito de objeto do contrato é ambíguo no Direito brasileiro. Por vezes entendido como "vantagens patrimoniais ou extrapatrimoniais" decorrentes do negócio jurídico<sup>104</sup>, o seu significado frequentemente se aproxima dos conceitos de conteúdo e de efeitos do contrato. Sem conceituar o objeto dos contratos, o Código Civil impõe os requisitos de validade necessários ao objeto de todo negócio jurídico. Assim, o artigo 104 do Código Civil brasileiro estabelece, em seu inciso II, que:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:  
(...)  
II. objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

<sup>100</sup> Art. 288. É ineficaz, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se não celebrarse mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solemnidades do § 1º do art. 654.

<sup>101</sup> Art. 290. A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas, por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou cliente da cessão feita.

<sup>102</sup> Art. 1226. Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição.

<sup>103</sup> Art. 1227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.

<sup>104</sup> Gomes (n. 89), p. 332.

Não apresentando uma destas três características, a consequência imposta pelo Código Civil é a nulidade do contrato, nos termos do que estabelece o seu artigo 166, inciso III:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:  
(...)  
III. for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

Portanto, as duas disposições legais ora transcritas impõem que o objeto de todo negócio jurídico -aí compreendido o contrato- deve ser, cumulativamente: lícito, possível e determinado (ou determinável).

O primeiro requisito do objeto é, portanto, a sua licitude. Objeto lícito é aquele que não viola disposição legal, coadunando-se ainda com os princípios de ordem pública que regem o Direito brasileiro<sup>105</sup>. Assim, o termo "ilícito", ao qualificar o objeto contratual, abrange não somente os atos capazes de infringir diretamente uma regra que integra o ordenamento jurídico brasileiro; compreende também o objeto que infrinja os princípios que regem o Direito dos Contratos. Como exemplo de objeto contratual ilícito, pode-se citar a herança de pessoa viva, uma vez que artigo 126 do Código Civil é expresso em vedar que a mesma seja objeto de contrato<sup>106</sup>. Cumpre ainda notar que a ausência de previsão da causa como requisito de validade dos contratos (cf. Questão 10, abaixo) produziu no Direito brasileiro um alargamento no conceito de objeto, de maneira a reputar nulos por ilicitude do objeto contratos que seriam inválidos por ilicitude da causa em outro ordenamento<sup>107</sup>.

No que tange ao segundo requisito imposto pelo Código Civil ao objeto -a sua possibilidade-, a doutrina considera duas hipóteses de impossibilidade, quais sejam: a impossibilidade material e a impossibilidade jurídica. Qualifica-se como materialmente impossível o objeto contratual que não possa ser executado em razão de suas qualidades materiais. Tem-se, como exemplo, a obrigação consistente em dar parte de um bem indivisível. A impossibilidade material pode ser absoluta, quando o objeto do contrato não pode ser realizado por quem quer que seja<sup>108</sup>, inviabilizando-se por completo a execução do contrato. No caso de impossibilidade material absoluta, o contrato é nulo. A impossibilidade material é relativa quando a obrigação pode ser executada por outra pessoa, embora não seja o devedor<sup>109</sup>. Neste caso, o Código Civil estabelece:

Art. 106. A impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio jurídico se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado.

<sup>105</sup> Maria Helena Diniz, *Tratado teórico e prático dos contratos*, vol. 1, p. 46.

<sup>106</sup> Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

<sup>107</sup> Paulo Barbosa de Campos Filho, *O problema da causa no Código Civil brasileiro*, pp. 156-157.

<sup>108</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, 2004, vol. I, Contratos, p. 487.

<sup>109</sup> *Ibid.*

A pesar de, em regra, a impossibilidade material relativa do objeto não invalidar o contrato, ela gera o dever de indenizar as eventuais perdas e danos, se ocasionada por culpa do devedor<sup>110</sup>. A impossibilidade jurídica (à diferença da ilicitude do objeto, que consiste numa violação imposta à regra ou princípio legal) consiste na impossibilidade de execução do objeto em virtude de uma regra legal.

O terceiro e último requisito imposto pelo *Código Civil* quanto ao objeto dos negócios jurídicos diz respeito à possibilidade de sua determinação. Assim, este deve ser determinado ou, ao menos, determinável; ou seja, o objeto deve ao menos ser suscetível de determinação no momento do cumprimento da obrigação. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de obrigação de dar coisa incerta, onde (nos termos do artigo 243 do *Código Civil*), a coisa incerta deve ser identificada ao menos por seu gênero e quantidade.

Apresentados os requisitos impostos ao objeto dos negócios jurídicos, cumpre por fim mencionar que a jurisprudência brasileira recorre com relativa frequência à nulidade do negócio por ilicitude do objeto, mas é pouco frequente a referência à sua impossibilidade e menos ainda a referência à ausência de objeto.

#### PERGUNTA 10

O que entendem os doutrinadores e os tribunais por causa do contrato? Indique, além disso, o regime geral (quer dizer o do *Código Civil*) acerca da ilicitude da causa. Finalmente, identifique casos de falta de causa nas decisões dos tribunais.

146

Contrariamente ao que ocorre nos ordenamentos jurídicos que seguiram a tradição do *Code Civil* francês, o Direito Positivo brasileiro não prevê de forma expressa a causa como uma condição de validade dos negócios jurídicos. O artigo 104 do *Código Civil* estabelece apenas que a validade do negócio jurídico requer: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e a adoção de forma prescrita ou não defesa em lei.

É comum, portanto, o entendimento de que o *Código Civil* brasileiro adotou a teoria ant-causalista<sup>111</sup>, ideia que remonta mesmo às origens de nosso *Código Civil*, promulgado em 1916, com grande influência do BGB alemão.

No entanto, há doutrina minoritária que defende a existência e importância da causa do contrato no Direito brasileiro, como mecanismo de avaliação funcional do merecimento de tutela do contrato e como parâmetro de qualificação para seu enquadramento típico<sup>112</sup>.

Novo impulso foi dado a esta corrente minoritária com dispositivos introduzidos pelo *Código Civil* de 2002, que remetem a um controle da função desempenhada pelo

<sup>110</sup> PEREIRA (n. 1), pp. 32-33.

<sup>111</sup> Antonio Junqueira de AZEVEDO, "L'influence du droit français sur le droit brésilien", p. 463.

<sup>112</sup> Antônio Junqueira de AZEVEDO, *Negócio jurídico e declaração negociada*, Clóvis Veríssimo do Couto e SILVA, "Teoria da causa no direito privado", pp. 21-30; Francisco Cavalcanti Pontes de MIRANDA, *Traçado de direito privado*, tomo III, p. 100.

contrato, nos moldes do conceito objetivo de causa do Direito italiano<sup>113</sup>. Mencione-se, neste sentido: o já referido dispositivo que determina a função social do contrato como razão e limite da liberdade de contratar<sup>114</sup>, e o abuso de direito como ato ilícito perpetrado por aquele que excede os limites impostos pela sua função econômico-social<sup>115</sup>. O *Código Civil* de 2002 trouxe ainda dispositivo referente à decretação de nulidade do contrato fundada no motivo comum a ambas as partes, nos seguintes termos:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

(...)

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

Todavia, como ressalta autorizada doutrina

"a motivação, via de regra, não atinge a declaração de vontade. Falsa causa non nocet. Quando, porém, ambas as partes são conduzidas por motivo ilícito, o negócio não pode produzir efeitos, por contrariedade à ordem jurídica."<sup>116</sup>.

O dispositivo, objeto de pouco debate doutrinário e quase inexistente aplicação jurisprudencial, não permite afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro teria adotado a concepção subjetiva de causa como requisito de validade dos negócios jurídicos. Por fim, cumpre ressaltar que o termo causa é empregado em alguns dispositivos do *Código Civil*, sem que se estreie fazendo referência à causa dos contratos, na acepção estrita do termo. É o que ocorre, por exemplo, quando o *Código Civil* brasileiro estabelece o dever de restituição do indébito por Enriquecimento sem causa<sup>117</sup>; ou ainda a nulidade dos contratos "por dolo, quando este for sua causa"<sup>118</sup>.

147

<sup>113</sup> Maria Célia Bodin de Moraes, "A causa do contrato", Pablo RENTARIA, "Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato", p. 312; Carlos Nelson KORDA, "Causa do contrato x Função social do contrato: Estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial", pp. 33-75.

<sup>114</sup> Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

<sup>115</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>116</sup> Cato Mártio da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, 20ª ed., vol. 1, pp. 442-446.

<sup>117</sup> Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

<sup>118</sup> Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.

Exponha o regime de erro com efeito anulatório incluindo, ao menos, os pressupostos desse tipo de erro consagrados no *Código Civil* e os requisitos exigidos na doutrina e tribunais. Indique, especialmente, se existem diferenças entre o erro unilateral e bilateral; se encontra consagrada – ou reconhecida – a escusabilidade como requisito. Por fim, utilize-se com frequência o erro como causa de invalidação do contrato?

No Direito brasileiro, o erro costuma ser definido como uma falsa representação da realidade que leva o agente a emitir uma vontade que não emitiria se o conhecimento fosse completo ou perfeito<sup>119</sup>.

Em nosso Direito, o erro – referido como uma informação equivocada da realidade – é regulado em conjunto com a ignorância, que seria o desconhecimento completo de um fato. Ambos são tratados como um único defeito dos negócios jurídicos, regulamentado nos artigos 138 a 144 do *Código Civil*<sup>120</sup>. Os artigos 171<sup>121</sup> e 178<sup>122</sup> do mesmo diploma determinam o efeito do erro – anulabilidade do negócio jurídico – e o prazo decadencial para o exercício do Direito Postorativo de anulação, respectivamente.

O *Código Civil* brasileiro impõe expressamente dois requisitos para que o erro permita a anulação do negócio: que o erro seja substancial e que ele pudesse ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio. Nestes termos, o teor do artigo 138:

Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

#### A) CARÁTER SUBSTANCIAL DO ERRO

No tocante ao primeiro requisito, o artigo 139 do *Código Civil* lista hipóteses em que o erro é considerado substancial:

<sup>119</sup> GUSTAVO TEREDINO *et alii*, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, 2ª ed., vol. 1, p. 271.

<sup>120</sup> PEREIRA (n. 116), pp. 442-443.

<sup>121</sup> Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

(...) II. por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

<sup>122</sup> Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: [...] II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico; [...].

Art. 139. O erro é substancial quando:

- I. interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;
- II. concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;
- III. sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

Verifica-se, assim, que o erro substancial é, aos olhos do legislador, aquele que é causa determinante do negócio, que recai sobre elementos essenciais do negócio jurídico, por isso também referido como “essencial”<sup>123</sup>. Note-se que, dentre as hipóteses de erro substancial (artigo 139, acima citado), o *Código Civil* em vigor – ao contrário do *Código* de 1916 – incluiu expressamente (art. 139, III) o erro de Direito. No entanto, para que o erro de Direito gere a anulabilidade do negócio jurídico, é necessário que sua invocação não se destine a afastar a aplicação da lei, mas apenas desfazer o negócio fundado em um conhecimento equivocada da legislação<sup>124</sup>. O erro de Direito, portanto, não reside na não aplicação da lei, mas, sim, numa falsa previsão dos efeitos que seriam decorrentes de um negócio jurídico específico.

Em oposição ao erro substancial, a doutrina refere-se ao erro “acidental”, o qual não autoriza a anulação do negócio, mas apenas eventualmente sua reificação. É o que ocorre nos casos do erro de cálculo<sup>125</sup> e do erro sobre o motivo<sup>126</sup>. Para que se obtenha anulação de um negócio jurídico por erro, doutrina e jurisprudência são, portanto, unânimes ao considerar que o erro deve ser substancial, como vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça<sup>127</sup>.

#### B) “COGNOSCIBILIDADE” DO ERRO

O *Código* vigente incluiu expressamente um segundo requisito para anulação por erro, não previsto pela legislação anterior: a exigência de que o mesmo pudesse ter sido percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio. Trata-se do que a doutrina vem denominando “cognoscibilidade” ou “recognoscibilidade” do erro, que seria a exigência de que fosse possível ao declaratório, receptor da vontade, perceber o equívoco em que o declarante estava incorrendo<sup>128</sup>.

<sup>123</sup> PEREIRA (n. 116), p. 444.

<sup>124</sup> TEREDINO (n. 119), p. 277.

<sup>125</sup> Art. 143. O erro de cálculo apenas autoriza a reificação da declaração de vontade.

<sup>126</sup> Art. 140. O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante.

<sup>127</sup> Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, recurso especial Nº 732766/PR, relator ministro Jorge Sarteziñi, julgado em 17 de maio de 2005.

<sup>128</sup> TEREDINO (n. 119), p. 272.

### C) "ESCUSABILIDADE" DO ERRO

A exigência de cognoscibilidade do erro (acima mencionada) não se confunde com o que se reconhece como um terceiro requisito para a anulação por erro: a sua escusabilidade. Embora não previsto expressamente na legislação, a maior parte da doutrina brasileira entende que, para ser anulável, o erro deve ser escusável, não grosseiro, um erro que um declarante de diligência normal não perceberia estar cometendo.<sup>129</sup> Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, já se manifestou no sentido de que "uma das características do erro substancial é a de que uma pessoa de atenção comum possa ser induzida ao alegado erro, tornando-o, portanto, escusável"<sup>130</sup>. Assim,

"enquanto a cognoscibilidade refere-se ao receptor da manifestação de vontade, a escusabilidade está naquele que declara a vontade em erro"<sup>131</sup>.

A doutrina aponta que, para a determinação da "escusabilidade" do erro, o juiz pode (assim como lhe autoriza expressamente a lei em caso de coação) levar em conta as circunstâncias que possam vir a influir na representação do negócio jurídico por parte daquele que invoca o vício; fatores, por exemplo, como a idade, a condição e a saúde daquele que o invoca.<sup>132</sup>

### D) ERRO UNILATERAL E ERRO BILATERAL

Não há no *Código Civil* e nem na doutrina uma diferenciação de erro unilateral e bilateral. A doutrina brasileira, assim como a jurisprudência, não leva em consideração o fato de o erro emanar apenas de um, ou de ambos os contratantes, para julgá-lo suficiente à anulação do negócio jurídico. Como se destaca em doutrina, se em uma das manifestações de vontade "incidiu um erro, é o suficiente para justificar o pedido de anulabilidade do ato"<sup>133</sup>.

### E) UTILIZAÇÃO DO ERRO COMO FORMA DE ANULABILIDADE DO CONTRATO

A prática judiciária brasileira mostra que o erro é um vício da vontade alegado com relativa frequência perante nossos tribunais, a fim de fundamentar pleito de anulação

<sup>129</sup> GOMES (n. 89), p. 374.

<sup>130</sup> Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, recurso especial Nº 475.220/GO, relator ministro Paulo Medina, julgado em 24 de junho de 2003.

<sup>131</sup> TEPERINO (n. 119), p. 273.

<sup>132</sup> NELSON NERY Jr. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Código Civil comentado*, p. 353; "Elementos para a verificação do erro e da coação. O CC [1916; v. CC152], no caso de coação, manda levar em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as circunstâncias que possam influir em sua gravidade. No erro o juiz pode atuar da mesma forma, tanto mais que o direito moderno orientase num sentido de proteção aos fracos (RT 179/263)".

<sup>133</sup> Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, vol. I, p. 393.

de um negócio jurídico. A caracterização do vício, no entanto, requer a observância pelos tribunais dos requisitos impostos pelo novo *Código Civil*, que veio a conferir um tratamento mais restritivo no que tange à caracterização do erro.

#### PERGUNTA 12

Exponha o regime do dolo contratual. Na sua exposição inclua os requisitos do dolo no vício do consentimento e como pressuposto da responsabilidade. Por fim, utilize-se com frequência o dolo como causa de invalidação do contrato?

O artigo 145 do *Código Civil* brasileiro estabelece que:

Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.

Assim, no Direito brasileiro diz-se que um negócio é viciado por dolo quando a declaração de vontade é emanada em razão de um erro que foi determinado por um comportamento malicioso, um artifício para a conclusão do negócio.<sup>134</sup> Destaca-se em doutrina, portanto, que se trata de um erro provocado, não espontâneo, e desta forma o dolo não é propriamente o vício, mas a causa do vício.<sup>135</sup>

Assim como o erro, o dolo (desde que preencha os requisitos legais abaixo mencionados) torna os negócios jurídicos anuláveis, de acordo com a disposição do artigo 171 do *Código Civil*.<sup>136</sup> Perde-se o Direito Potestativo de anulação de um negócio jurídico evadido de dolo no prazo decenal de quatro anos, a contar da data de realização do negócio, nos termos do artigo 178.<sup>137</sup>

### A) DOLO SUBSTANCIAL

Para que dolo seja idôneo a anular o negócio jurídico, é requisito que ele seja essencial (também dito principal ou substancial). O dolo essencial é aquele que é causa suficiente para a celebração do negócio jurídico (*causam dans*), isto é, aquela intervenção sem a qual o negócio não teria sido celebrado.<sup>138</sup>

<sup>134</sup> CLOVIS BEVILÁQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. I, p. 273.

<sup>135</sup> FRANCISCO AMARAL, *Direito Civil: Introdução*, p. 505.

<sup>136</sup> Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei é anulável o negócio jurídico: (...). II. por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

<sup>137</sup> Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitearse a anulação do negócio jurídico, contado:

(...) II. no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico (...).

<sup>138</sup> PEREIRA (n. 116), p. 451.



O dolo que não é considerado essencial é chamado de "acidental". Ocorre nos casos em que o engano provocado levou o declarante a fazer determinado negócio jurídico de modo diverso do que faria normalmente. Neste caso, todavia, ainda que o dolo acidental não seja suficiente para a anulação do negócio - pois o agente o celebraria independente do artifício - ele é suficiente para a responsabilização do seu autor, impondo-lhe o dever de indenizar as perdas e danos (dolo como pressuposto de responsabilidade civil). Nestes termos, determina o art. 146 do Código Civil:

Art. 146. O dolo acidental só obriga à satisfação das perdas e danos, e é acidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo.

**B) DOLO COMISSIVO E OMISSIVO**

O Direito brasileiro considera idôneo a anular o negócio tanto o dolo dito comissivo ou positivo, como aquele dito omissivo ou negativo. A este último, dirige-se a seguinte regra do Código Civil brasileiro:

Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.

Nota-se que a previsão legal da omissão dolosa impõe às partes de um negócio jurídico um dever de comportamento que se conduna com as exigências impostas pelo princípio da boa-fé objetiva (Código Civil, artigo 422) e com o dever de informação que dela decorre.

**C) DOLO DE TERCEIRO**

O ordenamento jurídico brasileiro diferencia ainda os efeitos do dolo conforme este emane de uma das partes do negócio jurídico ou de um terceiro. Para além da hipótese mais recorrente do dolo do declaratório, o artigo 148 do Código Civil prevê o dolo de terceiro, ou seja, o dolo praticado por quem não é parte no negócio jurídico:

Art. 148. Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveitar dele tivesse ou devesse ter conhecimento; em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou.

Desta forma, o regime do dolo de terceiro se diferencia conforme a boa ou má fé do contratante que se beneficiou do dolo. Se este tinha ou deveria ter ciência do artifício malicioso utilizado por terceiro, o negócio é anulável e ambos (parte que se

beneficiou e terceiro) respondem solidariamente pelas perdas e danos. Todavia, se o contratante estava de boa-fé, o dolo de terceiro não permite a anulação do negócio e gera dever de indenizar apenas para o terceiro que agiu com dolo.

**D) DOLO DO REPRESENTANTE LEGAL E DO REPRESENTANTE CONVENCIONAL DA PARTE**

O Código Civil brasileiro prevê ainda as hipóteses de dolo do representante legal e do representante convencional de uma das partes contratantes, diferenciando os efeitos em razão da origem - legal ou convencional - da representação. Assim, estabelece o Código Civil:

Art. 149. O dolo do representante legal de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve; se, porém, o dolo for do representante convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos.

**E) DOLO RECÍPROCO**

Na hipótese de ambas as partes no negócio terem agido com dolo, o Código Civil brasileiro estabelece que nenhuma delas pode requerer a anulação do ato, nos termos do que prevê o seu artigo 150:

Art. 150. Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização.

**F) UTILIZAÇÃO DO ERRO COMO FORMA DE ANULABILIDADE DO CONTRATO**

Tal como no caso do erro, a prática judiciária brasileira mostra que o dolo é um vício da vontade alegado com relativa frequência perante nossos tribunais, a fim de fundamentar pleito de anulação de um negócio jurídico.

**PERGUNTA 13**

Exponha o regime da coação como vício do consentimento. Indique quais são os requisitos da coação e se esta compreende ou não o estado de perigo. Por fim, utilize-se com frequência a coação como causa de invalidação do contrato?

A coação como vício de consentimento é definida no Direito brasileiro como o temor causado pela ameaça de um mal grave e injusto que leva uma das partes a



realizar a declaração de vontade<sup>139</sup>. Assim, nos termos do artigo 151 do Código Civil, tem-se que:

Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

Parágrafo único. Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação.

A fim de conferir contornos precisos à configuração da coação, o artigo 153 do Código Civil brasileiro estabelece:

Art. 153. Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial.

154 Assim como ocorre com o erro e com o dolo, a coação no Direito brasileiro é causa de anulabilidade dos negócios jurídicos (artigo 171, inciso II do Código Civil). O prazo decadencial do direito de anulação do negócio jurídico celebrado com coação é de quatro anos, a contar do dia em que cessar a coação (e não, como ocorre no erro e no dolo, da data de celebração do negócio jurídico). É o que estabelece o artigo 178, inciso I do Código Civil.

#### A) COAÇÃO MORAL E COAÇÃO FÍSICA

A coação moral, vício do consentimento centrado na ideia de ameaça, é diferenciada da chamada coação física ou *vis absoluta*, casos em que mediante violência física, o coator transforma o declarante em mero instrumento para a sua expressão<sup>140</sup>. Enquanto a coação moral gera a anulabilidade do negócio por defeito da vontade, a coação física é considerada hipótese de ausência de vontade, gerando a nulidade ou mesmo inexistência do negócio<sup>141</sup>.

#### B) REQUISITOS DA COAÇÃO

Para que a coação tenha o efeito de gerar a anulabilidade do negócio jurídico, requer-se:

<sup>139</sup> GOMES (In. 89), p. 379.

<sup>140</sup> PEREIRA (In. 116), p. 454.

<sup>141</sup> Como se define em doutrina, a *vis absoluta* é "ação de A, agente, por meio de B, paciente" enquanto "coação é a presença de violência ou intimidação, que faça B praticar o que A sugere". Francisco Cavalerani Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo 4, p. 348.

j) seja a causa determinante do ato;

ii) cause um temor justificado sobre o declarante, julgamento que, segundo artigo 152 do Código Civil, deve levar em conta as condições pessoais da vítima<sup>142</sup>;

iii) o mal ameaçado deva recair sobre a pessoa do contratante, sua família ou seus bens e, caso recaia sobre pessoa que não faz parte da família, o Juiz terá o poder de reconhecê-la à luz das circunstâncias do caso concreto;

iv) a ameaça deva ser séria e injusta, de maneira a restarem afastadas as hipóteses de mero temor reverencial e exercício regular de direito (cf. artigo 153, acima transcrito), embora se destaque que o exercício abusivo do direito pode caracterizar coação<sup>143</sup>.

#### C) COAÇÃO EXERCIDA POR TERCEIRO

O Código Civil brasileiro também prevê, em seus artigos 154 e 155, a coação exercida por terceiro. Nestes casos, a solução assemelha-se àquela imposta na hipótese de dolo praticado por terceiro. Assim, o Código Civil brasileiro estabelece:

Art. 154. Vicia o negócio jurídico a coação exercida por terceiro, se dela tivesse ou devesse ter conhecimento a parte a que aproveite, e esta responderá solidariamente com aquele por perdas e danos.

Art. 155. Subsistirá o negócio jurídico, se a coação decorrer de terceiro, sem que a parte a que aproveite dela tivesse ou devesse ter conhecimento; mas o autor da coação responderá por todas as perdas e danos que houver causado ao coato.

#### D) ESTADO DE PERIGO

É importante anotar que Código Civil de 2002 instituiu o estado de perigo, como defeito do negócio jurídico, de forma autônoma com relação à coação. O estado de perigo encontra-se assim disciplinado em Seção própria do Capítulo que trata dos Defeitos do Negócio Jurídico. Neste sentido, o artigo 156 do Código Civil estabelece:

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.

<sup>142</sup> Art. 152. No apreciar a coação, tem-se em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade dela.

<sup>143</sup> TEJEDINO (In. 119), p. 292.

Assim, para a caracterização do estado de perigo, o artigo acima mencionado impõe que a obrigação assumida por pessoa em necessidade de salvar-se de grave dano conhecido pela outra parte, lhe seja ainda excessivamente onerosa. Verificando-se estes três requisitos – estado de perigo de uma das partes, conhecimento deste fato pelo co-contratante e excessiva onerosidade da obrigação assumida – o artigo 171, inciso II do *Código Civil* estabelece que o negócio jurídico assim celebrado será anulável, com prazo decadencial de quatro anos, a contar da data da realização do negócio (art. 178, inciso II).

#### E) UTILIZAÇÃO DA COAÇÃO COMO FORMA DE ANULABILIDADE DO CONTRATO

A prática judiciária brasileira também mostra que a coação é um vício da vontade alegado perante nossos tribunais, a fim de fundamentar pleito de anulação de um negócio jurídico. Um desatino importante para a correta aplicação jurisprudencial do instituto consiste na apreciação da regra do artigo 153 do *Código Civil* (acima citado), a estabelecer que “não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial”.

#### PERGUNTA 14

Exponha o regime da lesão em matéria contratual. Especialmente, exponha se seu funcionamento se encontra restringido a certas matérias ou é de aplicação geral e se seu funcionamento é objetivo ou se seus componentes são subjetivos.

O *Código Civil* de 2002 incorporou em Direito Positivo brasileiro a lesão como defeito que vicia não somente o contrato, mas todo e qualquer negócio jurídico. O *Código Civil* considera portanto a lesão – ao lado do erro, do dolo, da coação, dentre outros – como um Defeito do Negócio Jurídico<sup>144</sup>.

O artigo 157 do *Código Civil* trata da lesão nos seguintes termos:

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

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

§ 2º. Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

Assim, com base no referido dispositivo legal, a lesão é usualmente definida como a desproporção manifesta nas prestações de um negócio jurídico bilateral no momento de sua celebração, em razão de uma condição de inferioridade de uma parte com relação à outra<sup>145</sup>.

O dispositivo que consagra o instituto no Direito brasileiro estabelece a sua caracterização em função de dois elementos: um de cunho subjetivo, relativo ao estado da vítima da lesão; e outro de cunho objetivo, relativo à proporção das contraprestações estabelecidas no contrato.

Assim, o elemento subjetivo diz respeito à inexperiência ou necessidade que levou a vítima da lesão a celebrar o negócio jurídico. Silente a lei, a maioria da doutrina brasileira entende que não é requisito da lesão o chamado dolo de aproveitamento, isto é, a intenção maliciosa do declaratório ou mesmo a ciência da situação de inferioridade do declarante<sup>146</sup>, condição que se impõe, por exemplo, para a caracterização do estado de perigo<sup>147</sup>.

O elemento objetivo, por sua vez, consiste na desproporção manifesta entre as prestações assumidas por cada contra-parte. Impõe-se, portanto, que se trate de negócio jurídico bilateral e oneroso<sup>148</sup>, tendo o Superior Tribunal de Justiça se manifestado no sentido de que a lesão pode se verificar em contratos aleatórios<sup>149</sup>.

Embora o *Código Civil* consagre um critério objetivo para a caracterização da lesão, o artigo 157 acima transcrito não prevê qualquer parâmetro para a sua apuração. A aferição da desproporção entre as prestações fica portanto a critério do juiz. O *Código* limita-se a estabelecer que a desproporção entre as contraprestações deve ser apreciada de acordo com os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico (artigo 157, § 1º). Se a desproporção se der em momento posterior à sua celebração, não se tratará de hipótese de lesão, mas de onerosidade excessiva, desde que configurados os requisitos impostos pelos artigos 478 a 480 do *Código Civil*<sup>150</sup>.

O efeito da lesão é a anulabilidade do negócio jurídico, em razão do que estabelece o artigo 171, inciso II do *Código Civil*<sup>151</sup>. Mas o § 2º do artigo 157 estabelece:

<sup>144</sup> GOMES (In. 89), p. 385.

<sup>145</sup> Valdirir Mucury CARREIRO, *Resistência contratual e lesão*, p. 246.

<sup>147</sup> Cf. art. 156, mencionado na resposta à Questão 13, acima.

<sup>148</sup> TEPEDINO (In. 119), p. 300.

<sup>149</sup> “O instituto da lesão é passível de reconhecimento também em contratos aleatórios, na hipótese em que, ao se valorarem os riscos, estes forem inexpressivos para uma das partes, em contraposição a aqueles suportados pela outra, havendo exploração da situação de inferioridade de um contratante”. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, recurso especial Nº 115.200/DF, relatora ministra Nancy Andrighi, julgado em 22 de fevereiro de 2011.

<sup>150</sup> Os referidos dispositivos legais encontram-se transcritos no item “c”, da resposta à Questão 1, acima.

<sup>151</sup> Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: (...)

II. por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

<sup>144</sup> *Código Civil*, parte geral, livro III: Dos fatos jurídicos, título II: Dos Negócios Jurídicos, capítulo VI.

"não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito".

Embora a redução do dispositivo leve a crer que a manutenção do negócio dependa da oferta de suplemento feita pela parte beneficiada, doutrina e jurisprudência tendem a admitir a revisão do contrato para a redução da desproporção, preferindo esta à anulação do negócio, com base no princípio da conservação dos negócios jurídicos<sup>152</sup>.

Por fim, cumpre ressaltar que, ao lado da lesão prevista no artigo 157 do *Código Civil* - defeito do negócio jurídico, incidente portanto a toda espécie contratual - o ordenamento jurídico brasileiro prevê hipóteses especiais do instituto da lesão, restritas a certas matérias. É o caso da lesão usurária prevista na Lei de Economia Popular<sup>153</sup>; e também da lesão consumerista, onde o requisito subjetivo (notadamente no que tange à inesperienza do consumidor) é tido por pressuposto da relação de consumo, não sendo sequer imposto pela lei, que confere ao consumidor o direito de modificar "as cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais"<sup>154</sup>.

#### PERICULATA 15

Normalmente, aceita-se que a inobservância dos requisitos do contrato pode acarretar alguma das seguintes consequências: a) inexistência; b) nulidade absoluta; c) nulidade relativa; d) inoponibilidade; e) caducidade. Indique se essas consequências são reconhecidas por seu Direito e descreva cada uma delas brevemente.

Como já tivemos a oportunidade de mencionar na resposta à Questão 7, acima, o *Código Civil* brasileiro não se refere expressamente aos requisitos de existência dos negócios jurídicos, gênero que inclui os contratos. Elenca apenas, em seu artigo 104, quais são os requisitos necessários à sua validade dos negócios jurídicos. Todavia, em que pese a ausência de previsão de requisitos de existência do negócio jurídico pelo *Código Civil*, parte da doutrina admite que certas hipóteses podem levar à inexistência do negócio. É portanto comum em Direito brasileiro que o negócio jurídico seja analisado sob três planos distintos: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia do negócio jurídico.

<sup>152</sup> CARVALHO (n. 146), p. 436.

<sup>153</sup> L. 1.521/51, Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: [...] b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inoponibilidade ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

<sup>154</sup> Neste sentido, v. *Código de Defesa do Consumidor*, art. 6º: "São direitos básicos do consumidor: (...) V. a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas".

De um modo geral, considera-se inexistente o negócio jurídico que jamais chegou a ser constituído; inválido, o negócio jurídico que, apresentando os requisitos mínimos para sua existência, deixa de se conformar com certos requisitos legalmente exigidos, imputando-lhe a lei a nulidade ou a anulabilidade; por fim, sendo um negócio jurídico existente e válido, ele é ineficaz quando traz consigo algum fator que o impeça de produzir efeitos jurídicos, podendo se tratar de uma ineficácia absoluta ou relativa, quando restrita apenas a determinadas pessoas<sup>155</sup>, hipótese em que é comum se falar em inoponibilidade do negócio jurídico. Passamos a expor brevemente o regime jurídico estabelecido pelo Direito brasileiro para cada um destes planos de análise do negócio jurídico, para em seguida abordarmos o regime da caducidade.

#### A) EXISTÊNCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

Em que pese a ausência de disposição legal a respeito dos requisitos de existência do negócio jurídico, uma parte significativa da doutrina entende que os negócios jurídicos são inexistentes quando lhe faltas um dos elementos constitutivos, quais sejam: a falta de agente ou a ausência de declaração de vontade, ou ainda a falta de objeto<sup>156</sup>. Nestes casos, entendese que pode haver no máximo uma mera aparência de negócio jurídico, que no entanto não chega sequer a existir<sup>157</sup>.

Quanto aos seus efeitos, é evidente que o negócio inexistente não tem o condão de alterar qualquer situação jurídica. Sendo inexistente, não há portanto qualquer prazo preclusivo para que possa ser declarado como tal<sup>158</sup>. A este propósito, o seu reconhecimento pelo Poder Judiciário não é sequer necessário<sup>159</sup>.

#### B) VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO: NULIDADE E ANULABILIDADE

O artigo 104 do *Código Civil* estabelece os requisitos de validade do negócio jurídico, nos seguintes termos:

- Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
- I. agente capaz;
  - II. objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
  - III. forma prescrita ou não defesa em lei.

Faltando qualquer destes elementos, o negócio jurídico é considerado inválido. Neste caso, o *Código Civil* estabelece duas formas de invalidade: a nulidade e a anulabilidade do negócio jurídico, que diferem quanto à sua caracterização e efeitos. Estas

<sup>155</sup> AZEVEDO (n. 88), p. 64.

<sup>156</sup> Para uma explicação mais detalhada, vide resposta à Questão 7, acima.

<sup>157</sup> AZEVEDO (n. 88), p. 65.

<sup>158</sup> *Op. cit.*, p. 50.

<sup>159</sup> *Ibid.*

duas formas de declaração da invalidade do negócio jurídico serão apresentadas na resposta à Questão 16, abaixo.

C) EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO: INEFICÁCIA ABSOLUTA E INOPONIBILIDADE

A validade de um negócio jurídico não significa necessariamente que o mesmo se encontra apto a produzir seus efeitos. Sobre o mesmo, podem pesar limitações voluntárias ou legais que o impeçam de produzir -total ou parcialmente, contra todos ou relativamente a algumas pessoas- os efeitos desejados pelas partes.

Como hipóteses de limitação da eficácia contratual, o *Código Civil*, ao tratar em sua parte geral do negócio jurídico, confere disciplina legal ao termo e à condição. No que tange à condição, o *Código Civil* a define da seguinte forma:

Art. 121. Considerase condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

Em seguida, o *Código Civil* trata das hipóteses de condição suspensiva e resolutiva, prevendo o seguinte:

Art. 125. Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.

Art. 126. Se alguém dispuser de uma coisa sob condição suspensiva, e, pendente esta, fizer quanto àquela novas disposições, estas não terão valor, realizada a condição, se com ela forem incompatíveis.

Art. 127. Se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido.

Art. 128. Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.

Tratando-se de termo, o *Código Civil* estabelece:

Art. 131. O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito.

Art. 134. Os negócios jurídicos entre vivos, sem prazo, são executíveis desde logo, salvo se a execução tiver de ser feita em lugar diverso ou depender de tempo.

Importante ressaltar que, em Direito brasileiro, via de regra o encargo não suspende a aquisição nem o exercício de um direito decorrente de negócio jurídico, nos termos do que estabelece o artigo 136 do *Código Civil*:

Art. 136. O encargo não suspende a aquisição nem o exercício do direito, salvo quando expressamente imposto no negócio jurídico, pelo disponente, como condição suspensiva.

Inexistindo obstáculos que impeçam o negócio jurídico de produzir seus efeitos (no todo ou com relação a uma determinada obrigação), é ainda possível que -existente, válido e eficaz entre as partes- o negócio não venha a produzir certos efeitos sob terceiros. Se o negócio jurídico é normalmente destinado a produzir efeitos entre as partes<sup>160</sup>, pode ocorrer que, em certas hipóteses, a sua natureza imponha que alguns efeitos sejam projetados em relação a terceiros estranhos à relação negocial. Nestes casos, a lei pode impor requisitos para que o negócio jurídico possa vir a produzir efeitos sob terceiros. Sem que estes requisitos sejam cumpridos, o negócio jurídico não será *oponível* aos terceiros a quem se destina produzir efeitos. É o caso, por exemplo, do estabelecido pelo artigo 290 do *Código Civil*, a impor a notificação do devedor do crédito cedido como requisito para que, contra ele, seja eficaz a cessão<sup>161</sup>.

Em outras hipóteses, a lei veda a eficácia do negócio jurídico com relação a determinadas pessoas perante as quais o negócio deveria normalmente produzir efeitos, mantendo todavia a validade e a eficácia do negócio com relação à contra-partes no negócio realizado. É assim, por exemplo que, no contrato de mandato, o artigo 662 do *Código Civil* estabelece que os negócios jurídicos realizados pelo mandatário, extrapolando o poder que lhe é conferido pelo mandato, "são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados" (ou seja, o mandante)<sup>162</sup>, mas o mandatário continua obrigado diante daquele com quem contratou, perante o qual o negócio jurídico é válido e plenamente eficaz. Hipótese semelhante é prevista pela Lei de Falências, no que tange aos efeitos dos atos do falido em relação aos seus credores<sup>163</sup>.

D) CADUCIDADE

A caducidade é um termo ambíguo no Direito brasileiro, sendo por vezes utilizado como termo geral para abranger todas as hipóteses de perda de uma situação jurí-

<sup>160</sup> Em razão do princípio da relatividade dos contratos. Vide, neste sentido, resposta à Questão 1, acima.

<sup>161</sup> Art. 290. A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificando se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.

<sup>162</sup> Art. 662. Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar.

<sup>163</sup> Neste sentido, o artigo 129 da Lei de Falências (Lei 11.101/2005) elenca uma série de negócios jurídicos que, realizados pelo falido, "são ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores".

dica, ou, mais comumente, como sinônimo da hipótese específica de decadência. Neste caso, a decadência, no ordenamento brasileiro, consiste na extinção de um direito potestativo por conta do seu não exercício em prazo determinado por lei. Os prazos decadenciais são fatais, não incidindo sobre os mesmos as causas interruptivas e suspensivas dos prazos prescricionais, com exceção daquelas que protegem os incapazes<sup>164</sup>. Se o prazo decadencial for fixado por lei, a decadência é irrenunciável e deve ser pronunciada de ofício pelo juiz, mas quando o prazo foi instituído pelas partes, o juiz não pode suprir a alegação<sup>165</sup>.

PERGUNTA 16

Aponre as causas de nulidade reconhecidas em seu Direito e se existe ou não distinção (e em que consiste) entre as causas de nulidade absoluta e relativa. Além disso, indique se a nulidade requer ou não declaração judicial e se seus efeitos operam ou não de forma retroativa.

Como mencionado na resposta à questão anterior, o Direito brasileiro prevê duas consequências para a invalidade de um negócio jurídico: a sua nulidade ou sua anulabilidade. A caracterização de cada uma destas duas hipóteses leva em conta a falta de um dos requisitos que seria necessário à validade do negócio jurídico.

A) CAUSAS DE NULIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Assim, no que tange à nulidade do negócio jurídico, o artigo 166 do Código Civil estabelece:

- Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:  
 I. celebrado por pessoa absolutamente incapaz<sup>166</sup>;  
 II. for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto<sup>167</sup>;

<sup>164</sup> Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

Art. 208. Aplicase à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I.

<sup>165</sup> Art. 209. É nula a renúncia à decadência fixada em lei.

Art. 210. Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei.

Art. 211. Se a decadência for convencional, a parte a quem aproveitar pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação.

<sup>166</sup> Art. 3°. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:  
 I. os menores de dezesseis anos;

II. os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III. os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

<sup>167</sup> A propósito do objeto, vide resposta à Questão 9, abaixo.

- III. o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;  
 IV. não revestir a forma prescrita em lei<sup>168</sup>;  
 V. for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;  
 VI. tiver por objetivo fraudar lei imperativa;  
 VIII. a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem, cominar sanção<sup>169</sup>.

Além destas hipóteses de nulidade, o artigo 167 do Código Civil estabelece: "é nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma".

B) CAUSAS DE ANULABILIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Já no que tange ao negócio jurídico anulável, o Código Civil brasileiro estabelece o seguinte:

- Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:  
 I. por incapacidade relativa do agente<sup>170</sup>;  
 II. por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores<sup>171</sup>.

C) REGIME JURÍDICO CONFERIDO AO NEGÓCIO JURÍDICO NULO

Acada uma das formas de invalidade do negócio jurídico, a lei estabelece um regime jurídico distinto. Assim, no que tange à nulidade de um negócio jurídico, o Código Civil estabelece:

<sup>168</sup> Em Direito brasileiro, a regra geral é a de que, em matéria de negócio jurídico, "a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir" (art. 107).

<sup>169</sup> O Código Civil prevê outras hipóteses de nulidade expressamente, nos arts. 168; 209; 489; 548; 549; 795; 907; 912, par. único; 1428; 1516, § 3o; 1548; 1900 e 1959, assim como hipóteses de nulidade implícita, isto é, proibição de negócios sem cominação de sanção (arts. 286, 606, 621, 852, 883, 897, par. único, 924, 1036, 1055, § 2o, 1120, § 3o, 1339, § 1o, 1707, 1863 e 2038).

<sup>170</sup> Art. 4°. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:  
 I. os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II. os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III. os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV. os prodígos.

Parágrafo único. A capacidade dos indultos será regulada por legislação especial.  
<sup>171</sup> Todos estes "Defeitos do Negócio Jurídico" são disciplinados pelo Código Civil, em sua parte geral, livro III: Dos Fatos Jurídicos, título I: Do Negócio Jurídico, capítulo IV: Dos Defeitos do Negócio Jurídico, seções I a VI, que compreende os arts. 138 a 165.

Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

Art. 169. O negócio jurídico nulo é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

**E) REGIME JURIDICO CONFERIDO AO NEGOCIO JURIDICO ANULAVEL**

Já no que tange aos efeitos da anulabilidade, o Código Civil brasileiro estabelece o seguinte:

Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro<sup>172</sup>.

Art. 176. Quando a anulabilidade do ato resultar da falta de autorização de terceiro, será válida se este a der posteriormente.

Art. 177. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveitar exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.

Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restitui-las, serão indenizadas com o equivalente.

**G) NECESSIDADE DE DECISAO JUDICIAL E RETROATIVIDADE DE DECLARACAO DE INVALIDADE**

Normalmente aduz-se no Direito brasileiro que a invalidade do negócio jurídico demanda seu reconhecimento por decisão judicial, sendo esta uma das características que diferencia a invalidade da inexistência do negócio jurídico<sup>173</sup>.

<sup>172</sup> Art. 173. O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo.

Art. 174. É escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava.

Art. 175. A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor.

<sup>173</sup> AZEVEDO (In. 88), p. 50.

Tem-se, todavia, que a natureza da decisão judicial que reconhece a invalidade de um negócio jurídico varia de acordo o tipo de invalidade: tratando-se de negócio jurídico nulo (por uma das causas apontadas pelos artigos 166 e 167 do Código Civil) a decisão judicial que reconhece a nulidade tem caráter declaratório, uma vez que reconhece uma situação jurídica que invalida o negócio desde que este fora construído; tratando-se, todavia, de um negócio jurídico anulável, a decisão judicial que reconhece tal anulabilidade é dotada de caráter constitutivo, razão pela qual o Código Civil é expresso em reconhecer que “a anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença” (art. 177, acima transcrito).

Esta diferenciação da natureza da decisão judicial – declaratória ou constitutiva – impõe regimes diferentes no que tange à retroatividade dos efeitos da invalidação do negócio. Assim, a decisão judicial que reconhece a nulidade absoluta do negócio jurídico, tendo em vista seu caráter declaratório, opera efeitos *ex tunc*, retroagindo à data da celebração do negócio jurídico. Já a decisão judicial que anula negócio jurídico tem caráter constitutivo, operando efeitos *ex nunc*. No entanto, destaca o art. 182 que mesmo na hipótese de anulação do negócio as partes devem ser restituídas ao estado anterior à sua celebração<sup>174</sup>.

**H) CONVALESCENCIA PELO DECURSO DO TEMPO**

Cumpra ainda ressaltar que enquanto “o negócio jurídico nulo (...) convalesce pelo decurso do tempo” (art. 169, acima transcrito), o negócio jurídico anulável possui prazo decadencial, findo o qual a parte prejudicada perde o direito de anular o contrato. Este prazo decadencial varia conforme se trate: de anulação em razão de uma das causas previstas no artigo 171 do Código Civil acima transcrito (incapacidade relativa do agente, ou ainda de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores), hipóteses nas quais o prazo decadencial será de quatro anos<sup>175</sup>; ou se trate de outra causa de anulação prevista por regra especial, hipóteses em que valerá o prazo estabelecido pela referida regra, mas se esta for silente, o prazo decadencial será de dois anos<sup>176</sup>.

<sup>174</sup> Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restitui-las, serão indenizadas com o equivalente.

<sup>175</sup> Art. 178. E de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:

I. no caso de coação, do dia em que ela cessar;

II. no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;

III. no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

<sup>176</sup> Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato.

#### 4. Efeitos do contrato

##### PERGUNTA 17

Indique se em seu Direito existe uma regra que estabeleça a possibilidade de terminar unilateralmente contratos de duração indefinida. Caso não exista, aponte se a doutrina e os tribunais têm aceitado essa possibilidade.

O Código Civil brasileiro prevê a possibilidade de rescisão unilateral dos contratos em seu artigo 473.

Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

Sem fazer referência expressa aos contratos de duração indeterminada, o dispositivo legal limitase a autorizar a rescisão unilateral, mediante notificação à outra parte, nos casos em que "a lei expressa ou implicitamente o permita".

Entendese, todavia, que como as partes não podem ficar presas perpetuamente ao vínculo contratual, os contratos por prazo indeterminado constituem hipótese na qual a lei permite, "implicitamente" (termo utilizado pelo artigo acima transcrito), a rescisão unilateral<sup>177</sup>. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de cancelar esse entendimento, destacando que, nos contratos por prazo indeterminado,

"a rescisão unilateral é um ato jurídico propriamente dito e, como tal, receptivo e hábil a dissolver contratos bilaterais, excluindo as partes do vínculo obrigacional contratado. Não teria cabimento que as partes ficassem condenadas a manter o mesmo [contrato] *ad eternum*"<sup>178</sup>.

##### PERGUNTA 18

Aponte se em seu Direito se encontra consagrada a figura da estipulação em favor de terceiros e faça uma referência breve a

<sup>177</sup> PEREIRA (n. 1), p. 153.

<sup>178</sup> Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, recurso especial Nº 140.587/SP, relator ministro Jorge Sartezzini, julgado em 19 de outubro de 1999.

seu funcionamento. Caso não haja regulação legal, indique se o instituto foi reconhecido pelos tribunais e pela doutrina e os critérios apontados para tal reconhecimento.

O Código Civil Brasileiro prevê de forma expressa o instituto da estipulação em favor de terceiro<sup>179</sup>. A respeito do instituto, o Código Civil estabelece:

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

Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigí-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438.

Assim, como regra geral, a estipulação em favor de terceiro garante ao terceiro beneficiário o direito a exigir a prestação diretamente do promitente, independentemente da atuação do estipulante. Todavia, esta prerrogativa será afastada se houver no contrato a previsão de faculdade de revogação do benefício ou de substituição do terceiro por parte do estipulante. A possibilidade de o estipulante reservar-se o direito de substituir o terceiro beneficiário encontra-se prevista no artigo 438 do Código Civil, nos seguintes termos:

Art. 438. O estipulante pode reservar-se o direito de substituir o terceiro designado no contrato, independentemente da sua anuência e da do outro contratante.

Parágrafo único. A substituição pode ser feita por ato entre vivos ou por disposição de última vontade.

Encerrando o tratamento legal conferido à estipulação em favor de terceiro, o artigo 347 do Código Civil estabelece:

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

Este é, portanto, o regime consagrado pelo Código Civil à estipulação em favor de terceiro. Cabe por fim notar que, logo após tratar do referido instituto, o Código Civil brasileiro regula a figura da Promessa de Fato de Terceiro<sup>180</sup>, estabelecendo:

<sup>179</sup> Parte especial, livro II: Do Direito das Obrigações, título V: Dos Contratos em Geral, seção III: Da Estipulação em Favor de Terceiro.

<sup>180</sup> Parte especial, livro I: Do Direito das Obrigações, título V: Dos Contratos em Geral, seção IV: Da Promessa de Fato de Terceiro.



Art. 439. Aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este o não executar.

Parágrafo único. Tal responsabilidade não existirá se o terceiro for o cônjuge do promitente, dependendo da sua anuência o ato a ser praticado, e desde que, pelo regime do casamento, a indenização, de algum modo, venha a recair sobre os seus bens.

Art. 440. Nenhuma obrigação haverá para quem se comprometer por outrem, se este, depois de se ter obrigado, faltar à prestação.

#### PERGUNTA 19

A declaração unilateral de vontade é uma fonte de obrigações contratuais? Indique se isso possui regulação legal e em que termos. Caso não possua regulação legal, indique se essa figura foi reconhecida pelos tribunais e pela doutrina e em que medida houve esse reconhecimento.

O Direito brasileiro considera a declaração unilateral de vontade como uma fonte de obrigações para aquele que a emana. Entende-se que a declaração unilateral de vontade configura uma "intenção do declarante de obrigar-se"<sup>181</sup>, e que essa intenção é "um elemento criador de obrigações"<sup>182</sup>. No entanto - à diferença dos negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais, que podem ser atípicos - quando se trata de declaração unilateral de vontade, o *Código Civil* lista de forma expressa os casos em que tais declarações são hábeis a criar obrigações para o emittente<sup>183</sup>.

Assim, no que tange à disciplina legal dos atos unilaterais, o *Código Civil* brasileiro reserva - em sua parte especial, livro I: Do Direito das Obrigações - um título específico, denominado Dos Atos Unilaterais. Este título prevê as seguintes espécies de ato unilateral: a promessa de recompensa (capítulo I); a gestão de negócios (capítulo II); o pagamento indevido (capítulo III) e finalmente o enriquecimento sem causa (capítulo IV).

#### PERGUNTA 20

Aponte quais efeitos produzem a simulação entre as partes e em respeito a terceiros. Aqui convém distinguir se se trata de simulação absoluta/relativa e lícita/ilícita. É útil, ademais, considerar o que acontece quando existem, ao mesmo tempo, terceiros que se beneficiam dos efeitos do ato simulado e terceiros que se beneficiam dos efeitos do ato dissimulado.

A simulação é descrita pela doutrina brasileira como a celebração de um negócio jurídico "que tem aparência normal, mas que, na verdade, não visa ao efeito que juridicamente devia produzir"<sup>184</sup>. Os requisitos normalmente elencados como necessários à caracterização da simulação são: a intencionalidade da divergência entre a vontade e a declaração; o acordo entre as partes; e o objetivo de enganar<sup>185</sup>. Isto posto, o *Código Civil* elenca as hipóteses em que o negócio jurídico se reputa simulado, nos seguintes termos:

Art. 167, § 1º. Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

- I. aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;
- II. contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;
- III. os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

A) EFEITO: NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO E RESALVA DOS DIREITOS DE TERCEIRO DE BOA-FÉ

Verificada a simulação nos termos do dispositivo acima transcrito, o *Código Civil* de 2002 reputa o negócio jurídico como nulo (diferentemente do *Código Civil* anterior, que tratava a simulação como hipótese de anulabilidade). É o que estabelece o artigo 167, *caput*, do *Código Civil*:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

Encerrando a disciplina legal conferida à simulação, o parágrafo segundo do artigo 167, trata dos direitos de terceiros em face do negócio jurídico simulado. O referido dispositivo legal estabelece:

§ 2º. Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contratantes do negócio jurídico simulado.

Assim, em nome da proteção de terceiros de boa-fé, a doutrina destaca - com base na ressalva do art. 167, § 2º - que o efeito absoluto e *ex tunc* da declaração de nulidade pode neste caso ser temperado, gerando o dever de indenizar terceiros pelo ato simulado ou mesmo a inoponibilidade da nulidade a eles<sup>186</sup>.

<sup>181</sup> Orlando GOMES, *Obrigações*, p. 283.

<sup>182</sup> PEREIRA (n. 1), p. 535.

<sup>183</sup> GOMES (n. 181), p. 281.

<sup>184</sup> Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, 23ª ed., vol. 1, p. 458.

<sup>185</sup> *Ibid.*

<sup>186</sup> TERRELLINO (n. 119), p. 318.



**B) SIMULAÇÃO ABSOLUTA E RELATIVA**

Tratando-se de simulação, é possível distinguir-se a simulação absoluta, da simulação relativa. Nas hipóteses de simulação absoluta, há apenas o negócio jurídico aparente, que é nulo. Nos casos de simulação relativa, isto é, quando a declaração de vontade aparente encobrir um negócio jurídico real, efetivamente desejado, o dispositivo ressaltava que o negócio dissimulado subsistirá, se preencher os requisitos de validade que lhe são impostos. Neste caso, o negócio simulado não produzirá efeitos, mas o dissimulado pode fazê-lo.<sup>187</sup>

**C) SIMULAÇÃO INOCENTE/MALICIOSA E LICITA/ILÍCITA: AUSÊNCIA DE DISTINÇÃO LEGAL**

A ausência de distinção no *Código Civil* de 2002 entre simulação inocente e maliciosa, com intuito enganatório e com intuito fraudulento, ou entre licita e ilícita fez com que se consolidasse o entendimento de que todas as formas de simulação acarretam a nulidade do negócio simulado.<sup>188</sup> Declarada esta, privada o negócio simulado de seus efeitos, independentemente de como se possa qualificar a simulação.

**PERGUNTA 21**

A partir de que momento se entende que se transferem os riscos da perda ou impossibilidade da prestação? Em outras palavras, como foi adotada a teoria dos riscos?

De maneira geral, o Direito Contratual brasileiro pauta-se pela regra *res perit domino*, impondo ao proprietário os riscos pela perda da coisa não imputável a fato do devedor. Neste sentido, somente a partir da transferência da propriedade do bem – que, em caso de bem móvel, ocorre quando da tradição (art. 1226 do *Código Civil*)<sup>189</sup>, e, em caso de bem imóvel, quando da transcrição do título no Registro Geral de Imóveis (art. 1227 do *Código Civil*)<sup>190</sup> – se transferem os riscos sobre ele. É o que prevê o art. 234 do *Código Civil*, ao tratar da obrigação de dar coisa certa, nos seguintes termos:

Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente<sup>191</sup>, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos.

Perdendo-se ou impossibilitando-se a prestação antes da tradição ou da transcrição no registro, sem culpa do devedor, o proprietário sofrerá a perda, ressalvados casos especiais em que a tradição não implicará transferência da propriedade, como no caso do arrendamento mercantil, da venda com reserva de domínio<sup>192</sup> e no contrato estimatório.<sup>193</sup>

**PERGUNTA 22**

Explique de que maneira esta regulada no seu Direito a teoria da imprevisão ou onerosidade excessiva superveniente.

No Brasil, sob a vigência do revogado *Código Civil* 1916, não havia previsão legal sobre o tema, restringindo-se a invocação da cláusula *rebus sic stantibus* e as referências à teoria da imprevisão aos âmbitos doutrinário e jurisprudencial.

O *Código de Defesa do Consumidor*, no seu artigo 6º, inciso V<sup>194</sup>, trouxe a previsão expressa do Direito do Consumidor a revisão das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações que, em razão de fatos supervenientes, tornaram-se excessivamente onerosas. Eis o texto do referido dispositivo legal:

*Código de Defesa do Consumidor*, art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...)

V. a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Entende-se que, ante à presunção de vulnerabilidade do consumidor, restou afastada na previsão legal qualquer referência a requisitos subjetivos para a revisão,

<sup>187</sup> PEREIRA (n. 185), p. 544.

<sup>188</sup> TEREZINHO (n. 119), p. 317.

<sup>189</sup> Art. 1226 Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição.

<sup>190</sup> Art. 1227 Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1245 a 1247), salvo os casos expressos neste Código.

<sup>191</sup> Art. 233. A obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela embora não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso.

<sup>192</sup> Nos casos de venda com reserva de domínio, o artigo 524 estabelece que “a transferência de propriedade ao comprador dá-se no momento em que o preço esteja integralmente pago. Todavia, pelos riscos da coisa responde o comprador, a partir de quando lhe foi entregue”.

<sup>193</sup> Art. 535. O consignatário não se exonera da obrigação de pagar o preço, se a restituição da coisa, em sua integridade, se tornar impossível, ainda que por fato a ele não imputável.

<sup>194</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor: V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

razão pela qual se afirma, mesmo em sede jurisprudencial, que, neste âmbito, o Direito brasileiro teria adotado a teoria da base objetiva, de origem alemã. No entanto, em que pese a objetividade da previsão legal, os resultados da revisão contratual podem ser mitigados, de maneira a não impor todas as consequências do fato imprevisível sobre o fornecedor. Podese tomar como exemplo o debate judicial travado no Brasil em torno dos contratos indexados cambialmente (ao dólar norte-americano) que, durante sua execução, foram surpreendidos pela mudança legal para o sistema câmbio livre, o que provocou enorme aumento nos custos da execução do contrato. Embora as primeiras decisões do Superior Tribunal de Justiça se guiassem pela

“dispensa da prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor”<sup>195</sup>,

a jurisprudência pacificou-se no sentido de distribuir os prejuízos entre o consumidor e o fornecedor,

“equitativamente, pela metade, entre as partes contratantes, mantida a higidez legal da cláusula, decorado, tão somente, o excesso que tornava insuportável ao devedor o adimplemento da obrigação, evitando-se, de outro lado, a total transferência dos ônus ao credor, igualmente prejudicado pelo fato econômico ocorrido e também alheio à sua vontade”<sup>196</sup>.

Com o advento do Código Civil de 2002, adotou-se, para as relações paritárias, o modelo da Teoria da Onerosidade Excessiva de origem italiana, com a expressa referência ao requisito da imprevisibilidade. Neste sentido, o artigo 478 do Código Civil afirma:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.

O dispositivo é criticado em doutrina pelo excesso de rigor para permitir a aplicação da teoria, uma vez que exige não apenas a excessiva onerosidade, mas também a prova de extrema vantagem para a outra parte contratante. Questiona-se também a primazia da opção pela resolução em lugar da revisão, uma vez que a extinção do contrato somente poderia ser evitada, nos termos do art. 479 do Código

<sup>195</sup> STJ, Terceira Turma, REsp 376877/RS, Rel. ministra Nancy Andrighi, julgado em 6 de maio de 2002, publ. DJ 24 de junho de 2002, p. 299.

<sup>196</sup> STJ, Segunda Seção, REsp 472394/SP, Rel. ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. p./Acórdão Ministro Aldir Passarinho Junior, julgado em 12 de fevereiro de 2003, DJ 4 de agosto de 2003, p. 217.

Civil, se o réu se oferecer a modificar equitativamente as condições do contrato, a chamada *reductio ad aequitatem*.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Os críticos aos termos da previsão normativa em questão se socorrem de uma ambiguidade existente no interior do Código Civil brasileiro. Trata-se de outro dispositivo que, originalmente voltado a reger as hipóteses de atualização monetária no âmbito das obrigações pecuniárias, foi aprovado com redação ampla o suficiente para ensejar também a aplicação da teoria da imprevisão em outras hipóteses. Dispõe o artigo 317 do Código Civil:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

A partir do referido dispositivo, afirma-se que o Direito brasileiro permite a interferência judicial no equilíbrio econômico do contrato em hipóteses mais frequentes e sob pressupostos menos rigorosos do que aqueles previstos nos artigos 478 e 479. Desta forma, a ausência de referência à comprovação de vantagem para a outra parte na redação do artigo 317 facilitaria a aplicação do dispositivo, assim como ele permitiria a revisão do contrato, independente de concordância do réu, em lugar da sua resolução, o que se entende mais condizente com o princípio da conservação dos negócios jurídicos<sup>197</sup>.

Além disso, no tocante aos contratos unilaterais, o Código Civil traz disposição específica contida em seu artigo 480, o qual prevê a possibilidade de o devedor pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Art. 480. 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.

Em doutrina e jurisprudência, invocase a ausência de mora do devedor como requisito para a caracterização da onerosidade excessiva. Em favor desta interpretação – que não é unânime – afirma-se que o devedor deveria alegar a onerosidade excessiva antes do vencimento da obrigação, no momento em que a mesma ocorreu, cobrindo-se assim a utilização do instituto por devedores que estão em mora como forma de adiar

<sup>197</sup> Orlando GOMES, *Contratos*, 26ª ed., 2009, p. 217; TEPEDINO et alii (n. 23), p. 131; Nelly POTTER, *Revisão e resolução dos contratos no Código Civil*, p. 195.

o pagamento.<sup>198</sup> Em oposição a esta idéia, afirmou-se que, se o fato que desencadeou a onerosidade excessiva é anterior à constituição em mora –sendo, inclusive, sua provável causa – o devedor pode alegá-la, ainda que após sua constituição em mora; todavia, se a obrigação se tornou excessivamente onerosa já no período em que estava em mora (eventualmente por causa dos encargos de taxa) não poderá reclamar, de acordo com a regra de que o devedor em mora responde inclusive pela impossibilidade da prestação decorrente de caso fortuito (artigo 399 do *Código Civil*, 199).

### 5. Interpretação do contrato

#### PERGUNTA 23

Existe no seu Direito uma regra segundo a qual deva preferir-se a verdadeira vontade das partes, conhecida claramente, ao sentido literal das palavras?

Para a interpretação das declarações de vontade, o *Código Civil* expressamente determina, em seu art. 112:

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

A exigência de que a intenção deva estar consubstanciada na declaração –de terminação que não estava presente no *Código Civil* de 1916–, é entendida doutrinariamente como uma ponderação entre a *Willenstheorie* e a *Erklärungstheorie*, com sutil prevalência da primeira<sup>200</sup>. Ressalte-se, todavia, que o tema é objeto de debate em doutrina, priorizando-se a denominada teoria da confiança no processo de interpretação das manifestações de vontade, com amparo no princípio da boa-fé objetiva, preconizado no art. 113 do *Código Civil*, nos seguintes termos:

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

#### PERGUNTA 24

Existem regras especiais de interpretação tratando de condições gerais ou contratos por adesão e contratos eletrônicos? Se a resposta é positiva, explique-as brevemente.

<sup>198</sup> Ruy Rosado de Azevedo JUNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, p. 156.

<sup>199</sup> Silvio de Salvo VENOSA, *Direito Civil*, vol. II, p. 453.

<sup>200</sup> PEREIRA (In: I), p. 52; Carlos Roberto GONÇALVES, *Direito Civil brasileiro*, 2010, vol. 1, p. 338; Silvio de Salvo VENOSA, *Direito Civil: parte geral*, 7ª ed., 2007, p. 362.

Nos casos de contratos por adesão<sup>201</sup>, os artigos 423 e 424 do *Código Civil* estabelecem as seguintes regras de interpretação:

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, deverá-se adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Embora o contrato de adesão não seja, em Direito brasileiro, uma forma contratual exclusiva das relações de consumo (cf. resposta à Questão 4, acima), esta forma de contratação é freqüente nas relações consumeristas. Assim, como regra geral para a interpretação dos contratos de consumo, o *Código de Defesa do Consumidor* estabelece:

*Código de Defesa do Consumidor*, art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Em seguida, o *Código de Defesa do Consumidor* trata de definir o contrato de adesão, da seguinte forma:

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

O mesmo artigo 54 estabelece ainda regras sobre os efeitos da inserção de cláusulas sobre a qualificação do contrato<sup>202</sup>, a admissão de cláusula resolutória, desde que alternativa<sup>203</sup>; a redação do contrato de adesão<sup>204</sup>; a forma de apresentação das cláusulas que implicam limitações aos Direitos do Consumidor<sup>205</sup>.

<sup>201</sup> Os contratos de adesão e os contratos eletrônicos foram objeto da Questão 4, acima. Sobre conceituação do contrato de adesão no Direito brasileiro e a inexistência de regras sobre contratos eletrônicos, cf. resposta à referida Questão.

<sup>202</sup> CDC, art. 54, § 1º. A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

<sup>203</sup> CDC, art. 54, § 2º. Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

<sup>204</sup> CDC, art. 54, § 3º. Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

<sup>205</sup> CDC, art. 54, § 4º. As cláusulas que implicarem limitação de Direito do Consumidor deverão ser realçadas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Não há lei de âmbito nacional que traga uma disciplina sistemática aos contratos eletrônicos. Em razão de seu objeto, tais contratos se encontram normalmente sujeitos às regras relativas às relações de consumo (CDC), notadamente às normas gerais referentes aos contratos de adesão e à sua interpretação. Trata-se de uma forma de garantir, em matéria de contrato eletrônico, a aplicação dos princípios e direitos básicos destinados à proteção do consumidor em razão de sua vulnerabilidade.

## 6. Cumprimento do contrato

### PERGUNTA 25

Em que lugar deve cumprirse o contrato?

A fixação do lugar da execução dos contratos, no Brasil, é norteada pelo princípio da autonomia privada, que reconhece e respeita a convenção firmada entre as partes quanto ao local para o seu cumprimento. Entretanto, silente o contrato sobre o local de sua execução, o *Código Civil* brasileiro estabelece uma regra supletiva em matéria de pagamento, prevendo também a solução a ser adotada na hipótese de designação de mais de um lugar para o pagamento de uma obrigação. É o que estabelece o artigo 327 do *Código Civil*, nos seguintes termos:

176

Art. 327. Efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo se as partes convençionarem diversamente, ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias.

Parágrafo único. Designados dois ou mais lugares, cabe ao credor escolher entre eles.

Cabe ressaltar que há a possibilidade de alteração do lugar do pagamento se houver motivo grave, contanto que não haja prejuízo para o credor. É o que prevê o artigo 329 do *Código Civil*:

Art. 329. Ocorrendo motivo grave para que se não efetue o pagamento no lugar determinado, poderá o devedor fazê-lo em outro, sem prejuízo para o credor.

Se, no entanto, o pagamento for efetuado reiteradamente em outro local, sem que o credor oponha qualquer ressalva, a solução prevista pelo *Código Civil* brasileiro é a seguinte:

Art. 330. O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.

No caso específico da compra e venda, a lei determina que a tradição da coisa vendida, na falta de estipulação expressa, dar-se-á no lugar onde ela se encontrava, ao tempo da venda, como estatui o *Código Civil*, em seu artigo 493:

Art. 493. A tradição da coisa vendida, na falta de estipulação expressa, dar-se-á no lugar onde ela se encontrava, ao tempo da venda.

### PERGUNTA 26

Em que momento deve cumprirse o contrato?

O Direito brasileiro deixa ao arbítrio das partes fixar o momento em que a obrigação se torna exigível, prevendo termo ou condição para a eficácia do contrato.<sup>206</sup> Na falta de ajuste e na ausência de disposição especial na lei, o cumprimento da prestação é exigível imediatamente. É o que estabelece o *Código Civil*, em seu artigo 331, nos seguintes termos:

Art. 331. Salvo disposição legal em contrário, não tendo sido ajustada época para o pagamento, pode o credor exigir-lo imediatamente.

Todavia, autorizada doutrina<sup>207</sup> pondera que o princípio do *quod sine die debetur statim debetur* deve ser afastado quando incompatível com a própria natureza da prestação ou com as circunstâncias negociais, afirmando-se, em tais casos, na existência de uma exigência implícita de um prazo razoável. Corrobora este entendimento a interpretação da regra geral acerca dos negócios jurídicos sem prazo contida no art. 134 do *Código Civil*, que estabelece o seguinte:

177

Art. 134. Os negócios jurídicos entre vivos, sem prazo, são executíveis desde logo, salvo se a execução tiver de ser feita em lugar diverso ou depender de tempo.

### PERGUNTA 27

Quem suporta os custos do cumprimento da prestação?

A distribuição dos custos do cumprimento da prestação fica a critério dos contratantes. Mas no silêncio destes o *Código Civil*, ao tutelar o pagamento, estabeleceu a presunção de que os custos recaiam sobre o devedor, nos seguintes termos:

<sup>206</sup> V., neste sentido, resposta à Questão 15, item 'c', acima.

<sup>207</sup> Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições de direito civil*, 23ª ed., 2010, vol. II, p. 190; TEREZINO, Gustavo et alii (n. 119), p. 629.

Art. 325. Presumem-se a cargo do devedor as despesas com o pagamento e a quitação; se ocorrer aumento por fato do credor, suportará este a despesa acrescida.

No caso específico do contrato de compra e venda, a lei determina que, salvo cláusula em contrário, ficarão as despesas de escritura e registro a cargo do comprador, e a cargo do vendedor as da tradição (*Código Civil*, art. 490)<sup>208</sup>.

PERGUNTA 28

Encontrase regulado o cumprimento parcial e o cumprimento antecipado do contrato?

O *Código Civil* brasileiro, em seu artigo 314 estabelece:

Art. 314. Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou.

O dispositivo em questão permite, portanto, ao credor recusar o cumprimento parcial da obrigação se assim não foi avençado, observando-se o princípio da integralidade da prestação, assim como o devedor não pode ser obrigado a executar em partes se isto não foi previamente avençado. Se, contudo, o pagamento for feito de forma parcial, os efeitos do descumprimento sobre o devedor serão equitativamente reduzidos, seja no tocante a dever legal de indenizar (proporcional ao dano efetivamente sofrido), seja no tocante à existência de liquidação antecipada da indenização através de cláusula penal, a qual poderá ser reduzida em caso de cumprimento parcial, nos termos do art. 413 do *Código Civil*<sup>209</sup>. Cumpre notar que a doutrina diferencia as hipóteses de inadimplemento parcial de adimplemento insatisfatório, no qual “a prestação foi cumprida, mas defeituosamente, ou seja, insatisfatoriamente”<sup>210</sup>.

Se não ocorreu a prestação total da obrigação devida, sem que isto acarrete prejuízo grave ao interesse do credor, entende-se caracterizado o chamado “adimplemento substancial”. Neste caso, o credor teria, em tese, direito à execução específica da parte faltante e à indenização, mas reputar-se-á abusivo, e portanto ilícito, o exercício do

<sup>208</sup> Art. 490. Salvo cláusula em contrário, ficarão as despesas de escritura e registro a cargo do comprador e a cargo do vendedor as da tradição.

<sup>209</sup> Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

<sup>210</sup> Judith MARTINS-COSTA, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. V, tomo II: Do inadimplemento das obrigações, p. 429.

direito de resolução do contrato. Com fundamento no princípio da boa-fé objetiva, expressamente previsto no artigo 422 do *Código Civil*<sup>211</sup>, doutrina e jurisprudência entendem que se configura abuso do direito a resolução do contrato substancialmente cumprido, uma vez que existem meios capazes de se atender ao interesse do credor, como perdas e danos, com efeitos menos gravosos ao devedor, sendo a resolução uma solução para casos extremos<sup>212</sup>. Nestes termos, em jurisprudência afirmase que

“a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preferindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato”

uma vez que:

“pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título”<sup>213</sup>.

Destra forma, nem todo cumprimento parcial (sem a integralidade da prestação devida), pode ser considerado insatisfatório.

Quanto ao tempo do pagamento, o *Código Civil* limita-se a afirmar:

Art. 113. Nos testamentos, presume-se o prazo em favor do herdeiro, e, nos contratos, em proveito do devedor, salvo, quanto a esses, se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contratantes.

Destra forma, presumido o prazo como benefício do devedor, pode este renunciar-lo, pagando antecipadamente. No entanto, se, no caso concreto, vier a se verificar que o termo foi fixado também ou somente em benefício do credor, o pagamento antecipado não será permitido.

Por outro lado, o ordenamento jurídico brasileiro prevê, no artigo 333 do *Código Civil*, a antecipação do vencimento das obrigações nos seguintes casos:

Art. 333. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código:

<sup>211</sup> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. V. resposta à Questão 1, acima.

<sup>212</sup> Anderson SCHREIER, “A triplíce transformação do adimplemento - adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras”, pp. 19-23.

<sup>213</sup> STJ, 4ª Turma, REsp. 1051270/RS, Rel. ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 4 de agosto de 2011, publicado no DJe em 5 de setembro de 2011.

- I. no caso de falência do devedor, ou de concurso de credores;
  - II. se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor;
  - III. se cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las.
- Parágrafo único. Nos casos deste artigo, se houver, no débito, solidiedade passiva, não se reputará vencido quanto aos outros devedores solventes.

Nestas hipóteses, os efeitos do inadimplemento contratual anterior ao termo seriam diferentes conforme o fundamento que se atribui ao instituto: para os que entendem com uma situação de pré-inadimplência, o credor pode exigir a execução específica ou a rescisão do contrato com perdas e danos; para os que entendem como violação positiva do crédito, apenas a possibilidade de resolução contratual com perdas e danos<sup>314</sup>.

### 7. Descumprimento

#### PERGUNTA 29

Como se define o descumprimento contratual no seu Direito?

Não há definição legal de descumprimento contratual no Direito brasileiro. O inadimplemento é caracterizado pela doutrina, em sentido estrito, como a não realização da prestação devida por fato imputável ao devedor<sup>315</sup>. O Código Civil, ao tratar em sua parte especial do inadimplemento das obrigações, menciona apenas as consequências do inadimplemento, sem definir o instituto. Assim, nos termos do Código Civil brasileiro.

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Em seguida o Código Civil traz regra sobre o momento em que uma obrigação negativa é tida por inadimplida. É o que se encontra previsto no artigo 390:

Art. 390. Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster.

<sup>314</sup> Aline de Miranda Váberde TERRA, *Inadimplemento anterior ao termo*, pp. 238-240.

<sup>315</sup> MARTINS-COSTA (n. 210), p. 84.

O descumprimento contratual pode ser classificado como: inadimplemento absoluto, na hipótese em que não for mais possível a realização da prestação por impossibilidade de seu objeto ou por falta de interesse do credor; ou como inadimplemento relativo. Este último, sob a designação de *mora*, é disciplinado em capítulo próprio do livro sobre o Direito das Obrigações, Parte Especial do Código Civil. Assim, nos termos do artigo 394 do Código Civil, tem-se:

Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

#### PERGUNTA 30

A imputabilidade do devedor (ou seja, sua culpa ou dolo) constitui um requisito do descumprimento contratual?

O artigo 398 do Código Civil, sem trazer os requisitos para a configuração do inadimplemento contratual, limitase a prever sua consequência:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Embora o dispositivo legal acima transcrito não mencione a necessidade de culpa ou dolo para a caracterização do inadimplemento contratual, o Código Civil invoca tais elementos na seguinte regra:

Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveitou, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.

Destaque-se, da leitura do referido dispositivo legal, que, nas hipóteses de contratos benéficos, a parte não favorecida pelo contrato somente responderá por inadimplemento de suas obrigações se tiver atuado com dolo, não sendo suficiente sua simples culpa na não realização da prestação. A par esta hipótese, a regra geral é a de que a culpa reputa-se necessária para a caracterização do inadimplemento contratual.

Neste sentido, a imputabilidade do devedor como requisito para o inadimplemento de uma obrigação também é previsto em caso de mora. Assim, o Código Civil estabelece:

Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

Assim, de maneira geral o Direito Contratual brasileiro demanda a culpa do devedor para a caracterização do inadimplemento e a imposição das sanções que lhe são cabíveis. Para a caracterização do inadimplemento, adota-se em sede doutrinária e jurisprudencial a distinção entre as obrigações de resultado e de meios. Assim, quando o resultado fizer parte da própria prestação prometida, uma vez que este não tenha sido atingido, presume-se o seu inadimplemento, cabendo ao devedor o ônus de provar que o resultado convencional não ocorreu por fato alheio à sua vontade. Contudo, quando a prestação convencional atee-se ao empreendimento dos melhores esforços do devedor (dita obrigação de meios), caberá ao credor a prova da culpa do devedor para a caracterização do descumprimento.

Há, no entanto, hipóteses em que a imputabilidade do devedor não se equipara à exigência de culpa. São aduzidas, neste sentido, as hipóteses de obrigação de garantia e de responsabilidade objetiva, em que os efeitos do descumprimento são cominados ao devedor independente de culpa da sua parte na não realização da prestação.

PERGUNTA 31

O caráter essencial (ou relevante, ou grave) do descumprimento constitui um requisito deste ou basta qualquer desvio do programa contratual?

Não há exigência de essencialidade, relevância ou gravidade do descumprimento para caracterizá-lo como inadimplemento no Direito brasileiro. No entanto, tal requisito é imposto para a utilização de certos remédios contratuais. Assim, por exemplo, para a redibição do contrato por vício oculto, afirma-se, em doutrina, que um dos requisitos é a gravidade do vício<sup>216</sup>. Então, para a resolução do contrato por inadimplemento, demandase que a obrigação inadimplida seja integrante do sinalagma contratual, de maneira que seu descumprimento afete o próprio equilíbrio contratual<sup>217</sup>.

PERGUNTA 32

Encontrase regulado no seu Direito o descumprimento determinado pela interferência da outra parte? Explique. Se a resposta é negativa, indique os desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais pertinentes.

<sup>216</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, 14ª ed., 2009, vol. 3, p. 106.

<sup>217</sup> Araken de Assis, *Resolução do contrato por inadimplemento*, p. 26; Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, 2ª ed., 1959, vol. 25, p. 340.

No Direito Civil brasileiro, a hipótese de descumprimento de uma obrigação causada pela outra parte do contrato, credor daquela mesma obrigação, encontrase reconhecida pelo instituto da mora do credor. De maneira geral, a figura da mora encontra definição abrangente no *Código Civil*, no seu artigo 394:

Art. 394. Considerase em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

Como se verifica da leitura do dispositivo legal, o Direito brasileiro prevê também a possibilidade de mora do credor, nas hipóteses em que este não quis receber a prestação no tempo, forma ou lugar devidos. As consequências para a mora do credor – sobre as suas obrigações e sobre as obrigações do devedor – encontram-se previstas no artigo 400 do *Código Civil*, que estabelece o seguinte:

Art. 400. A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação.

Facultase ainda ao devedor, nesta situação, o depósito da prestação devida, por meio do pagamento em consignação<sup>218</sup>.

8. Remédios e encargos do credor

PERGUNTA 33

De que remédios dispõe o credor frente a um descumprimento contratual? Indique brevemente os requisitos de tais remédios.

No Direito brasileiro, o inadimplemento contratual de uma das partes confere à parte lesada o Direito Potestativo de escolher entre alguns efeitos jurídicos que lhe são oferecidos pela lei. Os remédios que o Direito brasileiro coloca à disposição da parte lesada pelo inadimplemento contratual podem ser sistematizados da seguinte forma:

<sup>218</sup> Arts. 334 a 345 do *Código Civil*. O artigo 334 estabelece: “considerase pagamento, e extingue a obrigação, o depósito judicial ou em estabelecimento bancário da coisa devida, nos casos e forma legais”.



A) EXECUÇÃO ESPECÍFICA DA PRESTAÇÃO INADIMPLIDA E PERDAS E DANOS DECORRENTES DA MORA

O Código Civil ao tratar da extinção dos contratos prevê a seguinte regra em seu artigo 475:

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

Assim, configurando-se o inadimplemento contratual, abre-se ao credor a alternativa de pedir a resolução do contrato ou de exigir a execução específica da prestação inadimplida, cabendo-lhe, em ambos os casos, indenização pelas perdas e danos sofridos.

Desta forma, se a despeito do inadimplemento do devedor, ainda houver possibilidade e interesse do credor na realização da prestação, o inadimplemento será considerado relativo, e o credor poderá exigir cumulativamente: o cumprimento da prestação que não fora realizada oportuna e adequadamente; além de indenização por perdas e danos, abrangendo tudo aquilo que efetivamente perdeu e aquilo que razoavelmente deixou de lucrar em virtude da mora, conforme previsto no artigo 395 do Código Civil.

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mas juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjertá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

A legislação civil é tímida, todavia, no que tange aos mecanismos legais para a execução forçada da obrigação inadimplida, trazendo apenas alguns institutos tendentes a constranger o devedor a executar a prestação à qual se obrigou. É o que ocorre, por exemplo, nas obrigações de fazer fungíveis, em que se permite a execução por terceiro às custas do devedor, nos termos do artigo 249 do Código Civil:

Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.

Na hipótese específica de obrigação de declarar vontade, como aquela decorrente de contratos preliminares, o Código Civil prevê a possibilidade de o juiz suprir a vontade não manifestada e converter o contrato preliminar em definitivo, como estabelecem os artigos 463 e 464 do Código Civil:

Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive.

Parágrafo único. O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente.

Art. 464. Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação.

Foi, no entanto, o Código de Processo Civil Brasileiro que, nos últimos anos<sup>219</sup>, trouxe grandes progressos no que tange aos mecanismos de execução forçada da obrigação inadimplida. Tratando-se de inexecução de obrigação de fazer ou de não fazer, o artigo 461 do CPC estabelece:

Código de Processo Civil, art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Complementando a disciplina da execução forçada das obrigações de fazer e não fazer, o mesmo artigo 461 do Código de Processo Civil prevê ainda: a conversão da execução específica em perdas e danos somente em caso de requerimento do autor ou impossibilidade de execução forçada<sup>220</sup>; a possibilidade de cominação de multa ao devedor<sup>221</sup>; a

<sup>219</sup> Notadamente pelas alterações trazidas pelas seguintes leis: lei Nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994; lei Nº 10.444, de 7 de maio de 2002; lei Nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005.

<sup>220</sup> Código de Processo Civil, art. 461, § 1º. A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

<sup>221</sup> Código de Processo Civil, art. 461, § 2º. A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

Código de Processo Civil, art. 461, § 4º. O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Código de Processo Civil, art. 461, § 6º. O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.



possibilidade de concessão de medida liminar para assegurar de imediato a execução da obrigação;<sup>222</sup>; a determinação de outras medidas processuais<sup>223</sup>.

Já no que tange às obrigações de dar coisa certa, o artigo 461-A do Código de Processo Civil estabelece:

*Código de Processo Civil*, art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

Complementando o dispositivo acima, o CPC prevê ainda a forma de se proceder à individualização do bem, caso este seja determinado apenas pelo gênero e quantidade;<sup>224</sup>; a expedição de mandado de busca e apreensão ou imissão na posse do bem, objeto da obrigação inadimplida;<sup>225</sup>; a aplicação de todas as medidas previstas no caso de inadimplemento de obrigação de fazer e não fazer (aplicação de multa, concessão de medida liminar, utilização de força policial, dentre outras);<sup>226</sup>.

Em todas as hipóteses, a cominação de multa para cumprimento da obrigação inadimplida é uma medida que pode ser deferida pelo juiz, sendo esta pedida pelo credor, vítima da inadimplência.

*Código de Processo Civil*, art. 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4º, e 461-A).

Na hipótese específica de obrigação de declarar vontade e, em especial aquela decorrente de contratos preliminares, o Código de Processo Civil prevê que a sentença,

<sup>222</sup> *Código de Processo Civil*, art. 461, § 3º. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citando o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

<sup>223</sup> *Código de Processo Civil*, art. 461, § 5º. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desatamento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

<sup>224</sup> *Código de Processo Civil*, art. 461-A, § 1º. Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

<sup>225</sup> *Código de Processo Civil*, art. 461-A, § 2º. Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

<sup>226</sup> *Código de Processo Civil*, art. 461-A, § 3º. Aplicase à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.

uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida; ou do contrato não firmado. É o que prevêem os artigos 466-A e 466-B, do CPC, nos seguintes termos:

*Código de Processo Civil*, art. 466-A. Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.

*Código de Processo Civil*, art. 466-B. Se aquele que se comprometer a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

Por fim, cumpre ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor prevê, em seu artigo 84, hipóteses de execução específica da obrigação de fazer e não fazer, apresentando critérios semelhantes àqueles do artigo 461 do Código de Processo Civil, acima mencionado;<sup>227</sup>.

#### B) RESOLUÇÃO CONTRATUAL E PERDAS E DANOS DECORRENTES DO INADIMPLEMENTO ABSOLUTO.

Se, contudo, a execução específica da obrigação inadimplida não for possível ou não for apropriada aos interesses do credor, a legislação civil prevê a possibilidade da resolução do contrato por inadimplemento.

No Direito brasileiro, a resolução contratual fundase na existência uma cláusula resolutiva que é da essência de todos os contratos bilaterais, como consequência do sinalagma existente entre as obrigações isto é, do nexo de reciprocidade que há entre as obrigações impostas a cada uma das partes contratantes em se tratando de contratos sinalagmáticos. Esta cláusula resolutória impõe que qualquer das partes possa pedir

<sup>227</sup> *Código de Defesa do Consumidor*, art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º. A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º. A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

§ 3º. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citando o réu.

§ 4º. O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º. Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desatamento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

a resolução do contrato, se o outro contratante não cumprir a obrigação que lhe compete. Neste sentido, entende-se que o Direito Potestativo à resolução somente poderá ser exercido se a obrigação descumprida for uma das obrigações principais que compõem o sinalagma contratual, afastando-se, a princípio, a resolução como sanção ao descumprimento de obrigação acessória.<sup>228</sup> Ressalve-se todavia, que a violação a um dever contratual dito instrumental (anexo ou lateral) – entendidos como deveres imposto pelo respeito ao princípio da boa-fé, em proteção às confianças e expectativas legítimas das partes – pode autorizar a resolução do contrato, conforme o impacto que gere sobre o sinalagma contratual.

Sendo a cláusula resolutória inerente ao conceito de contrato bilateral, tem-se que ela existirá sempre de uma forma tácita, ainda que o contrato não a preveja expressamente. Mas, para o Direito brasileiro, os efeitos do inadimplemento variam em razão de haver ou não previsão expressa no contrato da cláusula resolutória, como estabelece o artigo 474 do Código Civil:

Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

Em todos os casos, a cláusula resolutória garante, à parte contratante lesada pelo inadimplemento contratual, o Direito Potestativo de extinção do vínculo, nos termos do art. 475 do Código Civil:

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

Portanto, caracterizando-se o inadimplemento contratual a parte lesada terá o direito à resolução do contrato, sem prejuízo da indenização integral. No que tange à reparação do prejuízo sofrido, inclui-se-á o próprio valor da prestação originalmente devida, além de tudo aquilo que efetivamente perdeu a parte lesada e aquilo que razoavelmente deixou de lucrar em virtude do descumprimento definitivo, conforme previsto nos artigos 389 e 402 do Código Civil brasileiro:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

<sup>228</sup> Assis (n. 217), p. 26; MIRANDA (n. 217), p. 340.

C) RETENÇÃO DA PRESTAÇÃO (EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS) E PERDAS E DANOS

Além da execução específica da obrigação inadimplida e da resolução contratual, ambas acompanhadas de perdas e danos (nos termos do artigo 475 do Código Civil, acima mencionado), o Direito brasileiro prevê outros remédios aos quais pode recorrer a parte vítima de um inadimplemento contratual.

Assim, outra opção que se abre ao credor vítima de inadimplemento nos contratos bilaterais de exceção que ele pode opor ao co-contratante inadimplente para a retenção da sua prestação, enquanto persistir o inadimplemento da obrigação contraposta. Trata-se de medida tendente a evitar a resolução do contrato e a mitigar os prejuízos daí decorrentes. A *exceptio non adimpleti contractus* encontra-se positivada no Direito brasileiro pelo artigo 476 do Código Civil de 2002, que estabelece o seguinte:

Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Para a invocação da exceção de contrato não cumprido, exige-se que: a) obrigação inadimplida íntegra o sinalagma contratual, configurando obrigação principal (ou decora dos deveres anexos impostos pelo princípio da boa-fé, desde que tenham impacto sobre o sinalagma contratual); e que a obrigação inadimplida tenha se tornado exigível antes daquela que se pretende reter. É inaplicável a exceção do contrato não cumprido ao caso de exigibilidade simultânea.<sup>229</sup> Em doutrina, afirma-se que a regra também serve a fundamentar, no Direito Contratual brasileiro, a *exceptio non rite adimpleti contractus*, de maneira a permitir a retenção da pretensão também no caso de cumprimento imperfeito ou defeituoso da obrigação contraposta, se restar devidamente comprovado uma imperfeição significativa que afete o sinalagma.<sup>230</sup>

O Código Civil prevê ainda a possibilidade de retenção da prestação para o caso de risco de inadimplemento da prestação contraposta. Trata-se da chamada exceção de insegurança, prevista no artigo 477 do Código Civil, nos seguintes termos:

Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

D) GARANTIAS DE EVIÇÃO E VICIOS REDIBITÓRIOS (RESOLUÇÃO CONTRATUAL, PERDAS E DANOS, DIMINUIÇÃO DO VALOR E SUBSTITUIÇÃO DO BEM)

Se o descumprimento de uma obrigação não diz respeito à realização da prestação em si, mas à sua adequada fruição pelo credor, este pode fazer uso das garantias in-

<sup>229</sup> Assis (n. 217), p. 26; MIRANDA (n. 217), p. 340.

<sup>230</sup> Cito Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, 14ª ed., 2010, vol. 3, p. 136.

dicadas pela lei contra vícios redibitórios e contra a evicção. Ao prever estas figuras, o Direito Contratual brasileiro afirma como naturais aos contratos comutativos a existência de garantia de titularidade do direito transmitido e de aptidão do bem transferido ao fim a que se destina.

No que tange aos vícios redibitórios, o Código Civil brasileiro estabelece que a parte lesada pode escolher entre a redibição do contrato com a devolução do bem ou o recebimento deste, com abatimento no preço:

Art. 441. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.

Parágrafo único. É aplicável a disposição deste artigo às doações onerosas.

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

No que tange às perdas e danos decorrentes dos vícios redibitórios, o Código Civil estabelece:

Art. 443. Se o alienante conhecia o vício ou defeito da coisa, restituirá o que recebeu com perdas e danos, se o não conhecia, tão-somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato.

Já no que tange à evicção, o Código Civil estabelece:

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

A consequência da evicção para o co-contratante por ela prejudicado é o desistência do contrato, com a restituição integral do preço e as indenizações previstas pelo artigo 450 do Código Civil<sup>211</sup>. Se a evicção for parcial, mas considerável, poderá o evicto optar entre a rescisão do contrato e a restituição da parte do preço correspondente ao desfalque sofrido. Se não for considerável, caberá somente direito a indenização, como prevê o artigo 455 do Código Civil<sup>212</sup>.

<sup>211</sup> Art. 450. Sabo estipulação em contrário, tem direito o evicto, além da restituição integral do preço ou das quantias que pagou:

- I. à indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir;
  - II. à indenização pelas despesas dos contratos e pelos prejuízos que diretamente resultarem da evicção;
  - III. às custas judiciais e aos honorários do advogado por ele constituído.
- Parágrafo único. O preço, seja a evicção total ou parcial, será o do valor da coisa, na época em que se evenceu, e proporcional ao desfalque sofrido, no caso de evicção parcial.

<sup>212</sup> Art. 455. Se parcial, mas considerável, for a evicção, poderá o evicto optar entre a rescisão do contrato e a restituição da parte do preço correspondente ao desfalque sofrido. Se não for considerável, caberá somente direito a indenização.

No âmbito das relações de consumo, todavia, as prerrogativas oferecidas ao consumidor são distintas, em razão da vulnerabilidade que lhe é reconhecida. Nesta esfera, o Código de Defesa do Consumidor preconiza que a garantia é de ordem pública e não pode ser renunciada pelas partes<sup>213</sup>, que todos os fornecedores são solidários<sup>214</sup> pelos danos causados, que os vícios não precisam ser graves nem ocultos<sup>215</sup>, bastando que tornem o produto impróprio ou inadequado para o consumo, diminuam-lhe o valor ou haja disparidade com as suas indicações externas. A garantia independe da má fé do vendedor<sup>216</sup>, mesmo no tocante à indenização, e abrange tanto os vícios de qualidade como os de quantidade, e também os vícios do serviço. Nesta esfera, o consumidor dispõe, ainda, de uma terceira opção, ao lado do abatimento no preço e da restituição da quantia, que é a substituição do produto por outro da mesma espécie<sup>217</sup>.

#### PERGUNTA 34

Indique as principais questões que, no seu Direito, suscitam a execução forçada, a resolução e a indenização de perdas e danos

#### A) EXECUÇÃO FORÇADA DA OBRIGAÇÃO INADIMPLIDA

Como visto na Questão anterior (item 'a'), no Direito brasileiro, o Código Civil e -notadamente- o Código de Processo Civil trazem regras que buscam viabilizar a execução forçada de determinadas obrigações contratuais não executadas oportunamente. É o que ocorre notadamente em matéria de obrigação de dar coisa certa, de obrigação de fazer e de não fazer e de obrigação de emitir uma declaração de vontade.

Todavia, os diversos mecanismos instituídos pela lei -como a sentença substitutiva da vontade, a determinação da realização da obrigação inadimplida por terceiros, a cominação de multas- não são eficazes em determinados tipos obrigacionais,

<sup>213</sup> Código de Defesa do Consumidor, art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expreso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

<sup>214</sup> Código de Defesa do Consumidor, art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

<sup>215</sup> Código de Defesa do Consumidor, art. 23. A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade.

<sup>216</sup> Código de Defesa do Consumidor, art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

<sup>217</sup> Código de Defesa do Consumidor, art. 18, supracitado, parte final.

notadamente no caso de obrigações de fazer personalíssimas. Nestas hipóteses, as medidas de execução forçada esbarram na proteção da pessoa do contratante que -a despeito do inadimplemento que lhe é imputável- não poderá ser forçado a realizar o ato ou fato ao qual se obrigou. Assim, por mais que medidas pecuniárias -como a imposição de multas- sirvam a compêlir o credor inadimplente a prestar a obrigação devida, ao devedor restará a via da resolução contratual, acompanhada da indenização integral pelo prejuízo sofrido.

**B) RESOLUÇÃO CONTRATUAL**

Um das principais questões relativas à resolução contratual em Direito brasileiro diz respeito ao tipo de obrigação que, não executada, daria ao devedor o direito de resolver o contrato. Como visto na resposta à Questão anterior (item 'b') a cláusula resolutiva é intrínseca aos contratos sinalagmáticos. Assim, como regra geral, a resolução contratual decorre de uma violação do sinalagma contratual. A forma mais comum desta violação emana do descumprimento de uma obrigação que integra o referido vínculo. Assim, por exclusão, para se caracterizar a resolução contratual não bastaria uma simples violação de uma cláusula acessória. De igual modo, não se autorizaria a resolução contratual por uma ação que, apesar de condenável, não seja tão grave a ponto de romper o sinalagma contratual. A despeito desta concepção tradicional, a doutrina contemporânea tem entendido que a quebra de um dever de conduta contratual decorrente do princípio da boa-fé objetiva pode ensejar resolução. Para tanto, a violação dos deveres decorrentes da boa-fé deve ser grave e produzir efeito sobre o sinalagma contratual.

Outra questão que aqui merece menção refere-se aos efeitos da onerosidade excessiva sob os contratos; mais especificamente no que tange ao disposto, por um lado, pelo artigo 317 do Código Civil e, por outro, pelos artigos 478 e 749 do mesmo diploma legal.

Neste sentido, o artigo 478 do Código Civil estabelece que, verificados os requisitos caracterizadores da onerosidade excessiva, o efeito desta é a resolução do contrato<sup>318</sup>. A não ser que, nos termos do artigo 479 do Código Civil<sup>319</sup>, a outra parte concorde em modificar o contrato de modo a restabelecer o seu equilíbrio, evitando assim a resolução.

Todavia, ao tratar especificamente do pagamento, como forma de adimplemento das obrigações<sup>320</sup>, o artigo 317 do Código Civil estabelece que: quando, por motivos

<sup>318</sup> Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com 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.

<sup>319</sup> Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

<sup>320</sup> Código Civil, parte especial, livro I: Do Direito das Obrigações, título III: Do Adimplemento e Extinção das Obrigações, capítulo I: Do Pagamento, seção III: Do Objeto do Pagamento e Sua Prova.

imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o valor apurado no momento de sua execução, caberá ao juiz corrigir tal desproporção, assegurando, quando possível, o valor real da prestação<sup>321</sup>.

Assim, tendo em vista o princípio da conservação dos negócios jurídicos, privilegia-se a revisão contratual à resolução do contrato. Deste modo, verificados os requisitos que caracterizam a onerosidade excessiva (artigo 478, do Código Civil), se a parte prejudicada pedir a resolução contratual, não havendo proposta do réu para a redução equitativa (de que trata o artigo 479), o juiz poderá, se julgar apropriado, revisar o contrato, no sentido de reequilibrar as prestações.

**C) INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS**

Como já se teve a oportunidade de mencionar<sup>322</sup>, o artigo 402 do Código Civil brasileiro estabelece que

“salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

O Direito positivo brasileiro não indica, todavia, critérios objetivos que poderiam ser levados em consideração na apuração do *quantum* indenizatório. A falta de critérios para a apuração do valor da indenização mostra-se problemática quando, buscando-se a reparação integral do devedor vítima da inexecução contratual, chega-se a uma manifestação desproporção entre o valor apurado e os valores envolvidos no contrato.

Neste sentido, o critério da razoabilidade do lucro cessante imposto pelo dispositivo legal (“o que razoavelmente deixou de lucrar”) coloca o julgador face a dois critérios que devem ser levados em conta na apuração do quanto indenizatório. Face ao inadimplemento, a parte lesada apresenta, por um lado, um *interesse positivo*, resultante da expectativa que teria em razão do cumprimento exato do contrato. Seguindo-se este critério, o quanto indenizatório seria fixado de forma a colocar o contratante lesado na situação em que se encontraria se o contrato tivesse sido cumprido da maneira correta. O critério consiste portanto na vantagem proveniente do contrato, na mais valia que aproveitou o contratante. Pode-se pensar, por outro lado em um *interesse negativo* que teria por escopo conduzir o credor àquela situação em que se encontraria se não tivesse celebrado o contrato, ou mesmo iniciado as negociações que vieram a se frustrar injustamente.

<sup>321</sup> Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

<sup>322</sup> Questão 33, item 'b', acima.

PERGUNTA 35

Encontram-se regulados, em termos gerais, a reparação e a substituição da prestação defeituosa e o direito à redução do preço? Explique, se a resposta é negativa, os desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Como mencionado na resposta à Questão 33, acima, o Direito Contratual brasileiro estabelece como inerente a todo contrato comutativo a garantia de aptidão do seu objeto ao fim a que se destina. Nosso Direito reconhece, portanto, a garantia por vícios redibitórios nos contratos comutativos, como uma decorrência do sinalagma contratual. Uma vez constatado o vício oculto, o Código Civil abre à parte lesada o poder de escolher entre a redibição do contrato com a devolução do bem ou o recebimento deste, com abatimento no preço. É o que estabelecem os artigos 441 e 442 do Código Civil:

Art. 441. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.

Parágrafo único. É aplicável a disposição deste artigo às doações onerosas.

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

O Código Civil não prevê a possibilidade de substituição da prestação defeituosa, o que não exclui que a mesma seja feita por acordo entre as partes.

Tratando-se de relação de consumo, contudo, o Código de Defesa do Consumidor prevê consequências distintas, para os casos de vício decorrentes da qualidade<sup>343</sup> do

<sup>343</sup> Código de Defesa do Consumidor, art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I. a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II. a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III. o abatimento proporcional do preço.

(...)

§ 4º Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo.

produto comercializado e de sua quantidade<sup>344</sup>, bem como os vícios decorrentes da prestação de um serviço<sup>345</sup>.

Sobre a caracterização do vício oculto nas relações de consumo, assim como no que tange à evicção e seus efeitos, remete-se à resposta à Questão 33, item 'd', acima.

PERGUNTA 36

Encontra-se regulada a concorrência de remédios contratuais e ações próprias de vícios do consentimento? Explique, se a resposta é negativa, os desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Não há, em nosso Direito positivo, previsão expressa acerca da concorrência de remédios contratuais (como a resolução por inadimplemento e a redibição por vício oculto), com ações anulatórias por vício do consentimento (como o erro e o dolo). Destacase, no entanto, a importância de realizar a distinção, uma vez que são dispatos os prazos de decadência dos direitos decorrentes de cada uma das espécies: enquanto o direito a anular o negócio por erro ou dolo decai em quatro anos (art. 178, II do CC), o direito de desfazer o contrato por vício redibitório decai em prazo que varia entre quinze dias a um ano (art. 445 do CC, art. 26 do CDC).

<sup>344</sup> Código de Defesa do Consumidor, art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I. o abatimento proporcional do preço;

II. complementação do peso ou medida;

III. a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os atalhos vícios;

IV. a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

§ 1º Aplica-se a este artigo o disposto no § 4º do artigo anterior.

<sup>345</sup> Código de Defesa do Consumidor, art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I. a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II. a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III. o abatimento proporcional do preço.

§ 1º A reexecução dos serviços poderá ser contada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

Não obstante a ausência de um tratamento sistemático à distinção entre os remédios contratuais e as ações anulatórias por vício de consentimento (notadamente no caso mais difícil, consistente na distinção entre a redibição por vício oculto e a anulação por erro) o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema no seguinte sentido:

“O equívoco inerente ao vício redibitório não se confunde com o erro substancial, vício de consentimento previsto na Parte Geral do Código Civil, tido como defeito dos atos negociais. O legislador tratou o vício redibitório de forma especial, projetando inclusive efeitos diferentes daqueles previstos para o erro substancial. O vício redibitório, da forma como sistematizado pelo CC/16, cujas regras foram mantidas pelo CC/02, atinge a própria coisa, objetivamente considerada, e não a psique do agente. O erro substancial, por sua vez, alcança a vontade do contratante, operando subjetivamente em sua esfera mental”<sup>246</sup>.

PERGUNTA 37

Indique se existe uma regulação de remédios estabelecidos pelas partes no contrato (por exemplo, cláusula penal ou cláusulas limitativas ou excludentes de responsabilidade).

A) CLÁUSULAS PENAIS

O ordenamento jurídico brasileiro traz regras expressas no que tange às cláusulas penais. Neste sentido, o artigo 409 do Código Civil estabelece que a cláusula penal pode ser utilizada como remédio tanto para o inadimplemento absoluto da obrigação, quanto para a mora, nos seguintes termos:

Art. 409. A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.

Tratando-se de cláusula penal incidente em caso de inadimplemento absoluto da obrigação, o artigo 410 do Código Civil estabelece:

Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

<sup>246</sup> Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp.n. 991.317/MG, relator ministra Nancy Andrighi, julgado em 3 de dezembro de 2009 (DJe 18 de dezembro de 2009 RMD/PC vol. 34 p. 108).

Tratando-se, no entanto, de cláusula penal incidente em caso de mora, esta pode ser requerida em conjunto com a execução específica da obrigação em atraso, como estabelece o artigo 411 do Código Civil:

Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

No tocante ao valor da cláusula penal, o Código Civil brasileiro impõe importante limite, a saber:

Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

O artigo 413 do Código Civil regula, ainda, a chamada redução equitativa da cláusula penal pelo juiz, nos seguintes termos:

Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Trata-se de norma cogente que impõe o controle judicial em caso de excesso no valor cominado a título de multa contratual.

O Código Civil traz ainda regras sobre cláusula penal nos casos de obrigações indivisíveis<sup>247</sup> e divisíveis<sup>248</sup>.

Por fim, cumpre ressaltar que a incidência da cláusula penal no Direito brasileiro, requer apenas o inadimplemento culposo da obrigação ou, nos casos de inadimplemento relativo, a constituição do devedor inadimplente em mora. Para a incidência da cláusula penal no Direito brasileiro, não é portanto necessária a demonstração do prejuízo. Esta sistemática é prevista pelos artigos 408 e 416 do Código Civil brasileiro, nos seguintes termos:

Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

<sup>247</sup> Art. 414. Sendo indivisível a obrigação, todos os devedores, caindo em falta um deles, incorrerão na pena; mas esta só se poderá demandar integralmente do culpado, respondendo cada um dos outros somente pela sua quota.  
Parágrafo único. Aos não culpados fica reservada a ação regressiva contra aquele que deu causa à aplicação da pena.

<sup>248</sup> Art. 415. Quando a obrigação for divisível, só incorre na pena o devedor ou o herdeiro do devedor que a infringir, e proporcionalmente à sua parte na obrigação.

Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Todavia, se o prejuízo sofrido pelo credor em razão da inadimplência for superior ao valor da cláusula penal, este não poderá exigir do devedor inadimplente uma indenização maior, salvo convenção das partes neste sentido. É o que estabelece o artigo 416 do *Código Civil*, em seu parágrafo único, nos seguintes termos:

Art. 416, parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

#### B) ARRAS OU SINAL

Além da regulamentação legal conferida à cláusula penal, o ordenamento jurídico brasileiro traz regras relativas às arras (ou sinal), outro tipo de remédio contra o inadimplemento que pode ser inserido no contrato pelas partes. O Instituto encontra tutela legal no artigo 417 do *Código Civil*:

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

A função das arras em caso de inadimplemento contratual encontra-se prevista no artigo 418 do *Código Civil*, nos seguintes termos:

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

O montante retido a título de arras constitui, contudo, um montante mínimo de indenização, uma vez que a parte que não deu causa ao inadimplemento contratual pode pedir indenização suplementar; ou então, se a parte lesada assim preferir, pode pleitear a execução forçada da obrigação inadimplida, hipótese que não afasta seu direito ao recebimento das arras em razão do inadimplemento relativo (mora) da obrigação. É o que estabelece o artigo 419 do *Código Civil*:

Art. 419. A parte inocente pode pedir indenização suplementar, se provar maior prejuízo, valendo as arras como taxa mínima. Pode, também, a parte

inocente exigir a execução do contrato, com as perdas e danos, valendo as arras como o mínimo da indenização.

No caso, contudo, de terem sido estipuladas em conjunto com direito de arrependimento, as arras adquirem função penitencial, afastando-se a possibilidade de cobrar indenização suplementar ou execução específica do pacto, como prevê o *Código Civil*, em seu artigo 420, nos seguintes termos:

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

#### C) CLÁUSULAS LIMITATIVAS OU EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, regulamentação sistemática acerca das cláusulas limitativas ou excludentes de responsabilidade. São, todavia, frequentes na prática contratual as seguintes cláusulas: cláusulas de exclusão de certos danos (como danos morais e lucros cessantes); cláusulas de limitação do montante da indenização (só até valor declarado ou percentagem do dano); cláusulas de restrição do fundamento ou pressuposto da responsabilidade (v.g. responsabilidade apenas por atos praticados pelo próprio devedor ou por seus auxiliares; responsabilidade somente em caso de dolo ou culpa grave; exclusão da garantia por vícios ou evicção); cláusulas de ampliação das excludentes (força maior ou caso fortuito); e cláusulas de mudança do ônus da prova (que tem a consequência de afastar a presunção de culpa, quando esta existe).

De um modo geral, tendese a exercer o controle destas cláusulas pelo prisma da essencialidade da obrigação dentro da estrutura do negócio jurídico, assim como pelo fundamento do princípio da reparação do dano. Entendese, assim, serem vedadas em nosso Direito cláusulas como: as que excluem obrigação essencial do contrato; as que exonerem o devedor em caso de dolo ou culpa grave; as que estabeleçam valores irrisórios ou se atentem a atentórias à dignidade da pessoa humana<sup>249</sup>.

Ademais - e a despeito da falta de regulação legal da matéria - algumas regras são previstas pela legislação brasileira no sentido de autorizar, limitar ou vedar determinadas cláusulas limitativas ou excludentes de responsabilidade. Assim, por exemplo, no caso de evicção, o artigo 448 do *Código Civil* é expresso em afirmar que: "podem as partes, por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção". Tem-se ainda que as cláusulas limitativas ou excludentes de responsabilidade

<sup>249</sup> Fábio Henrique Pires, *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, pp. 168-169.



que importarem em alteração do prazo de prescrição do direito à indenização, não são válidas, em razão da proibição estabelecida pelo artigo 192 do Código Civil<sup>250</sup>.

Por fim, há que se ressaltar que, em matéria de consumo, o Código de Defesa do Consumidor estabelece a nulidade de toda cláusula que impossibilite, exonere ou mesmo atenuar a responsabilidade do fornecedor de produtos ou serviços em relação ao consumidor, quando este é uma pessoa física. É o que se encontra previsto no artigo 51 do CDC, nos seguintes termos:

*Código de Defesa do Consumidor*, art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

- I. impossibilitem, exonere ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

PERGUNTA 38

Existe no seu Direito uma regra sobre o encargo do credor de minimizar os danos do descumprimento contratual? Se a resposta é negativa, esta figura foi reconhecida pela doutrina ou pelos tribunais? Explique em que termos foi legalmente reconhecida a figura ou como a adotou a doutrina ou as decisões judiciais.

O Código Civil brasileiro não prevê expressamente qualquer regra sobre o dever de mitigação do prejuízo pelo credor. O Código, todavia, reconhece e consagra em seu artigo 422 o princípio da boa-fé objetiva, princípio que vem sendo utilizado em sede doutrinária e jurisprudencial para se exigir que o credor, quando lhe seja possível e economicamente viável, minimize os danos decorrentes do inadimplemento contratual causado por seu co-contratante.

O princípio da boa-fé objetiva preconiza:

“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (artigo 422 do Código Civil).

Como já se viu<sup>251</sup>, entre as funções desempenhadas pelo princípio da boa-fé, está a criação de deveres ditos anexos (laterais ou instrumentais), necessários ao adequado

<sup>250</sup> Art. 192. Os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes.  
<sup>251</sup> Notadamente na resposta à Questão 1, acima.

cumprimento do contrato. Entre estes encontram-se os deveres de cuidado, de informação, de sigilo e de colaboração contratual. Este último, em especial, serve de inspiração para que em doutrina se reconheça a imposição legal do dever do credor de mitigar os danos causados pelo inadimplemento da outra parte no contrato<sup>252</sup>.

O reconhecimento doutrinário do dever de minimizar os danos também entrou guardada na jurisprudência, tendo sido recentemente reconhecido inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

“[...] Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade [...]”<sup>253</sup>.

Conclui-se, portanto, que, a despeito do silêncio da legislação brasileira sobre o tema, doutrina e jurisprudência nacionais vêm recorrendo ao princípio da boa-fé para reconhecer a existência de um dever que colha a inércia do credor vítima de inadimplemento contratual; não observado este dever, o credor assume a responsabilidade pelo aumento dos prejuízos sofridos.

9. Prova do contrato

PERGUNTA 39

Indique as limitações probatórias estabelecidas no seu Direito a respeito do contrato.

Como regra geral, aplicável a todo negócio jurídico, o artigo 212 do Código Civil determina que os contratos podem ser provados como quaisquer outros fatos jurídicos, pelos diversos meios admitidos em Direito, mencionando o Código: a confissão, a apresentação de documento, a oitiva de testemunhas, as presunções, a realização de perícias<sup>254</sup>, além de reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos<sup>255</sup>.

A exigência de forma para a prova dos negócios jurídicos (e, assim, dos contratos) em Direito brasileiro depende de sua imposição por lei especial, como

<sup>252</sup> Vera Maria Jacob de Franquea, “A quebra positiva do contrato”, pp. 144/152.

<sup>253</sup> STJ, 3ª T., REsp 758518/PR, rel. ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJRS), julgado em 17 de junho de 2010, publicado no DJe 28 de junho de 2010.

<sup>254</sup> Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I. confissão; II. documento; III. testemunha; IV. presunção; V. pericia.

<sup>255</sup> Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

determina o artigo 212 do *Código Civil*. Neste sentido, o próprio *Código Civil* traz regras sobre a admissão de determinadas provas, dentre as quais podemos citar as seguintes: a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no tempo em que foram celebrados, sendo em todo caso admissível na qualidade de subsidiária ou complementar da prova por escrito;<sup>256</sup> as presunções não estabelecidas por lei só são admissíveis quando a prova testemunhal também o for (artigo 230 do *Código Civil*). O Direito brasileiro preconiza ainda a forma probatória para certos contratos, supriável por outros meios, como é o caso do depósito: "o depósito voluntário provar-se-á por escrito" (artigo 646 do *Código Civil*).

PERGUNTA 40

Existem no seu Direito regras especiais a respeito da prova de contratos com consumidores ou eletrônicos?

O art. 6º, inciso VIII do *Código de Defesa do Consumidor* assegura ao consumidor o Direito à inversão do ônus probatório em seu favor nas seguintes hipóteses:

202

*Código de Defesa do Consumidor*, art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

(...) VIII. a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Trata-se de norma de facilitação da defesa processual do consumidor, em razão da compensação de sua vulnerabilidade na relação de consumo; mais especificamente, de sua dificuldade de produzir provas de origem técnica, econômica ou mesmo judicial.

Quanto à prova dos contratos eletrônicos, não há sobre a matéria regra legal específica no Direito brasileiro. Assim sendo, a doutrina ressalta duas preocupações essenciais decorrentes do fato de que o relatório impresso em papel (que seria o instrumento de prova) não ostenta a assinatura de punho dos contratantes. A primeira diz respeito à identidade do contratante, visto que uma pessoa pode se passar por outra, utilizando-se das informações pessoais alheias. Aplica-se à hipótese o artigo

<sup>256</sup> Art. 227. Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País no tempo em que foram celebrados.

Parágrafo único. Qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito.

371, inciso III, do *Código de Processo Civil*, a dispor que a autoria do documento é normalmente identificável por meio da assinatura, salvo nos casos em que o documento não costume ser assinado<sup>257</sup>. Mas, em casos tais, algum elemento de prova deverá levar à identificação do seu autor, fato que não se pode presumir. Assim, a doutrina tem analisado, que mesmo nestas circunstâncias, aquele que juntar documento não suscrito, se contestada a autoria, terá o ônus de prová-la.

A segunda questão é atinente ao conteúdo do contrato, visto que o registro virtual pode ser alterado sem agressão evidente ao suporte magnético. Neste sentido, ao lado dos mecanismos tecnológicos como a esteganografia ("marca d'água" digital) ou a criptografia assimétrica (em que o contratante se identifica por duas senhas, uma de conhecimento pública e outra privada), destaca-se que os fatos se provam por documentos, testemunhas e/ou perícia. Assim, a prova do conteúdo do contrato eletrônico pode se dar por todos os meios de prova admitidos no Direito brasileiro, cabendo a quem contesta a validade da assinatura ou do conteúdo, o ônus da prova. Ressalte-se ainda que, pelo não cabimento de exigência de prova negativa em nosso Direito, a prova da existência da assinatura cabe àquele que a alega<sup>258</sup>.

Bibliografia

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, Porto Alegre, AIDE, 1997.

AMARAL, Francisco, *Direito Civil/Introdução*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

ASSIS, Araken de, *Resolução do contrato por inadimplemento*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de, "Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de *Código Civil* (atualmente *Código aprovado*) na questão da bonafé objetiva nos contratos", in *Estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo, Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de, "L'influence du droit français sur le droit brésilien", in Arnoldo WARD et Camille JAUFFRET-SMOSI, *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, Paris, Société de Legislation Comparé, 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *Negócio jurídico e declaração negociada*, São Paulo, 1986.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *Negócio Jurídico - Existência, Validade e Eficácia*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

BEVILÁQUA, Clovis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1956, vol. I.

203

<sup>257</sup> *Código de Processo Civil*, art. 371. Repetire-se autor do documento particular: I, aquele que o fez e o assinou; III, aquele que, mandando compô-lo, não o firmou, porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros comerciais e assentos domésticos.

<sup>258</sup> "As rés alegam que houve contração eletrônica. Não cabia a prova do fato negativo pelo autor. O ônus da prova em das rés, nos termos do art. 333, II, do CPC.". Apelação Civil 836261220098260224 SP 0083626-12.2009.8.26.0224.

- CAMARGO, Flávio, Paulo Barbosa de, *O problema da causa no Código Civil brasileiro*, São Paulo, Max Limonad, 1978.
- CARRASCO, Vladimir Mucury, *Revisão contratual e lesão*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.
- COUETO E SILVA, Clóvis do, *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2007.
- DINIZ, Maria Helena, *Tratado teórico e prático dos contratos*, São Paulo, Editora Saraiva, 2006, vol. 1.
- FRADERA, Vera Maria Jacob de, "A quebra positiva do contrato", in *Auris*, Nº 44, Porto Alegre, nov. 1988.
- GOMES, Orlando, *Contratos*, coordenador Edvaldo Brito, atualizadores Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2007.
- GOMES, Orlando, *Contratos*, 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- GOMES, Orlando, *Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- GOMES, Orlando, *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*, São Paulo, RT, 1972.
- GOMES, Orlando, *Introdução ao direito civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2008.
- GOMES, Orlando, *Obrigações*, 16ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil brasileiro*, São Paulo, Editora Saraiva, 2003, vol. 1: parte geral.
- GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2010, vol. 1.
- KONDER, Carlos Nelson, "Causa do contrato x Função social do contrato: Estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial", em *Revista Trimestral de Direito Civil*, Nº 43, Rio de Janeiro, abr.-jun. 2010.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de direito civil*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1988, vol. 1.
- MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*, São Paulo, RT, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith, *Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, vol. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações.
- MENDONÇA, Carvalho de, *Contratos no direito brasileiro*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1957.
- MIRANDA, Custódio da Piedade Ubalino, *Contrato de adesão*, São Paulo, Atlas, 2002.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, *Tratado de direito privado*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Borsari, 1954, tomo III.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, *Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro, Borsari, 1954, tomo 4.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, *Tratado de direito privado*, 2ª ed. Rio de Janeiro, 1959, vol. 25.
- MORAES, Maria Celina Bodin de, "A causa do contrato", em *Na medida da pessoa humana*, Rio de Janeiro, Renovar, 2010.
- MURHOLLAND, Cathin Sampaio. *Internet e contratação*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- NEGREIROS, Teresa, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- NERV Jr., Nelson e Rosa Maria de Andrade NERV, *Código Civil comentado*, 7ª ed., rev., ampl. e atual. até 25 de agosto de 2009, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- NORONHA, Fernando, *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações*, São Paulo, Editora Saraiva, 2003, vol. 1.
- NORONHA, Fernando, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 1994.
- PENTADO, Luciano de Camargo, "Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium", in *Revista de direito privado*, v. 27, 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*, 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, vol. 3.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*, 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, vol. 3.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004, vol. I: Contratos.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, vol. III: Contratos.
- PEREIRA Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, 20ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, vol. I.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, 23ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, vol. I.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, 23ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, vol. II.
- PEREIRA, Regis Eichner, *A responsabilidade civil pré-contratual*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.
- PERES, Fábio Henrique, *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, São Paulo, Quartier Latin, 2009.
- POTTER, Nelly, *Revisão e resolução dos contratos no Código Civil*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.
- REALE, Miguel, *História do novo Código Civil*, São Paulo, RT.
- RENTERIA, Pablo, "Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato", em Maria Celina Bodin de Moraes (coord.), *Princípios do direito civil contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- RIZZARDO, Arnaldo, *Contratos*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005.
- RIZZARDO, Arnaldo, *Contratos*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001.
- SCHREIBER, Anderson, *A proibição do comportamento contratório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2007.
- SCHREIBER, Anderson, "A triplíce transformação do adimplemento - adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras", in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 32, out./dez 2007.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e, "Teoria da causa no direito privado", em *Revista jurídica*, Nº 2, Porto Alegre, 1954.

- TEPERINO, Gustavo *et alii*, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, vol. II.
- TEPERINO, Gustavo *et alii*, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2007, vol. I.
- TEIRA, Aline de Miranda Valverde, *Inadimplemento anterior ao termo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009.
- VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito Civil*, São Paulo, Atlas, 2005, vol. II.
- VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito Civil: parte geral*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2007.
- ZANETTI, Cristiano de Sousa, *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*, São Paulo, Método, 2008.
- ZANETTI, Cristiano de Sousa, *Responsabilidade pela ruptura das negociações*, São Paulo, Jurez de Oliveira, 2005.