

Álvaro Villaça Azevedo



III

CURSO DE
DIREITO CIVIL

Teoria Geral dos Contratos

4ª edição

saraiva **jur**

ISBN 9788553609659

Azevedo, Álvaro Villaça

Curso de direito civil : teoria geral dos contratos / Álvaro Villaça Azevedo. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

(Curso de direito civil ; v. 3)

1. Direito civil - Brasil 2. Contratos I. Título.

18-1628

CDU 347(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito civil 347(81)

Diretoria executiva *Flávia Alves Bravin*

Diretora editorial *Renata Pascual Müller*

Gerência editorial *Roberto Navarro*

Consultoria acadêmica *Murilo Angeli Dias dos Santos*

Edição *Eveline Gonçalves Denardi (coord.) | Daniel Pavani Naveira*

Produção editorial *Ana Cristina Garcia (coord.) | Carolina Massanhi | Luciana Cordeiro*

Shirakawa | Rosana Peroni Fazolari

Arte e digital *Mônica Landi (coord.) | Claudirene de Moura Santos Silva | Guilherme H. M.*

Salvador | Tiago Dela Rosa | Verônica Pivisan Reis

Planejamento e processos *Clarissa Boraschi Maria (coord.) | Juliana Bojczuk Fermino | Kelli*

Priscila Pinto | Marília Cordeiro | Fernando Penteado | Mônica Gonçalves Dias | Tatiana dos Santos Romão

Novos projetos *Fernando Alves*

Diagramação (Livro Físico) *Microart Design Editorial*

Revisão *Microart Design Editorial*

Capa *Mônica Landi*

Livro digital (E-pub)

Produção do e-pub *Guilherme Henrique Martins Salvador*

Data de fechamento da edição: 30-11-2018

Dúvidas?

Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

SUMÁRIO

Obras publicadas

Prefácio

Apresentação

Parte I - TEORIA GERAL DOS CONTRATOS TÍPICOS

1 - Localização do contrato entre os fatos jurídicos

1 Fato

2 Fato natural e jurídico

3 Fato humano (ato e negócio jurídico)

4 Quadro geral dos fatos

2 - Noções preliminares de contrato

1 Conceito de obrigação no contrato

2 Convenções no direito romano

3 Conceito de contrato

3 - Princípios informadores do direito contratual

1 Formalismo romano

2 Princípios gerais de direito

3 Autonomia da vontade e liberdade contratual

4 Prevalência da ordem pública

5 Força obrigatória dos contratos

6 Boa-fé objetiva

7 Função social

8 Comutatividade e equidade

- 9 Imprevisão (cláusula rebus sic stantibus)
 - 9.1 Noções gerais
 - 9.2 Imprevisão e jurisprudência brasileira
 - 9.3 Teoria da imprevisão no atual Código Civil brasileiro, no italiano, no alemão e no português
 - 10 Onerosidade excessiva e lesão objetiva (enorme)
 - 10.1 Direito romano
 - 10.2 Justo valor no direito penal
 - 10.3 Onerosidade excessiva e Código do Consumidor
 - 10.4 Lesão enorme no Código Civil
 - 11 Revisão judicial
 - 12 Minha posição doutrinária quanto à teoria da imprevisão e à lesão enorme³⁴
 - 13 Contrato de adesão e proteção do aderente
 - 14 Contrato atípico
 - 15 Herança de pessoa viva
- 4 - Elementos do contrato
 - 1 Elementos
 - 2 Esquema dos elementos
 - 5 - Formação dos contratos
 - 1 Tempo
 - 2 Lugar
 - 3 Espécies de proposta
 - 4 Teorias objetivas da expedição e da recepção
 - 5 Teorias subjetivas da informação e da declaração
 - 6 Esquema
 - 6 - Forma e prova dos contratos
 - 1 Forma

- 2 Prova
- 3 Esquema
- 7 - Interpretação dos contratos
 - 1 Interpretação da lei e do contrato
- 8 - Estipulação em favor de terceiro e promessa de fato de terceiro
 - 1 Conceito
 - 2 Natureza jurídica
 - 3 Efeitos
 - 4 Promessa de fato de terceiro
 - A) Generalidades
 - b) Conceito
 - c) Excludentes de responsabilidade
- 9 - Vícios redibitórios
 - 1 Direito romano
 - 2 Conceito
 - 3 Responsabilidade do alienante
 - 4 Decadência
- 10 - Evicção
 - 1 Conceito
 - 2 Requisitos
 - 3 Espécies
 - 4 Responsabilidade pela evicção
 - 5 Direitos do evicto
 - 6 Denúnciação da lide ao alienante
- 11 - Classificação dos contratos
 - 1 Generalidades

- 2 Direito romano
- 3 Contrato preliminar e definitivo
- 4 Contratos típicos, atípicos e mistos
- 5 Contratos unilaterais e bilaterais
- 6 Contratos gratuitos e onerosos
- 7 Contratos comutativos e aleatórios (de risco)
- 8 Contratos de adesão
- 9 Contratos consensuais, reais e formais
- 10 Contratos principais e acessórios
- 11 Contrato com pessoa a declarar
- 12 Esquema da classificação
- 12 - Extinção do contrato
 - 1 Conceito
 - 2 Espécies
 - 3 Outros casos de extinção contratual
- 13 - Arbitragem
 - 1 Generalidades
 - 2 Conceito
 - 3 Regras arbitrais
 - 4 Cláusula arbitral
 - 5 Compromisso arbitral (judicial ou extrajudicial)
 - 6 Impugnabilidade excepcional de decisão arbitral e hipótese de nulidade desta
 - 7 Árbitros
 - 8 Procedimento arbitral
 - 9 Sentença arbitral
 - 10 Sentenças arbitrais estrangeiras

11 Constitucionalidade da Lei n. 9.307/96

Parte II - TEORIA GERAL DOS CONTRATOS ATÍPICOS

14 - Breves considerações iniciais

15 - Direito romano

1 Contratos inominados

2 Evolução dos contratos

3 Principais contratos inominados

16 - Obrigações nos contratos

17 - Conceito de contrato atípico

18 - Vontade dos contratantes nos contratos atípicos

19 - Classificação dos contratos atípicos

20 - Importância na distinção entre contrato típico e atípico e limitação da liberdade contratual

21 - Código Civil de 1916, Direito Projetado e Código Civil de 2002

22 - Minha posição doutrinária e meus pareceres

1 Critério de localização dos contratos atípicos

2 Caso e Parecer 1

3 Caso e Parecer 2

4 Caso e Parecer 3

5 Caso e Parecer 4

6 Caso e Parecer 5

7 Caso e Parecer 6

23 - Necessidade de regulamentação da teoria geral e estrutural dos contratos atípicos

24 - Esboço de regulamentação dos contratos atípicos

Esboço de Anteprojeto de Lei para regulamentação geral dos contratos atípicos

DISPOSIÇÕES GERAIS

Referências

A minha querida esposa
EVELINA,
companheira de todas as horas.

A meus filhos
MARCELO, ANDRÉA, MARCOS e PATRÍCIA,
razões de minha existência.

A meus netos
NICHOLAS, LUCAS, RAFAEL, MARIANA, PEDRO, CAMILA, VICTOR e
ÁLVARO
nossa continuação, nosso futuro.

OBRAS PUBLICADAS

1. Curso de direito civil: teoria geral do direito civil: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
2. Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
3. Curso de direito civil: teoria geral dos contratos típicos e atípicos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
4. Curso de direito civil: contratos. São Paulo: Saraiva, 2019.
5. Curso de direito civil: direito das coisas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
6. Curso de direito civil: direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
7. Curso de direito civil: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2019.
8. Código Civil comentado. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. Negócio jurídico. Atos jurídicos lícitos. Atos ilícitos. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2 (arts. 104 a 188).
9. Código Civil comentado. Com Gustavo René Nicolau. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. Das pessoas e dos bens. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1 (arts. 1^o a 103).
10. Estatuto da família de fato. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
11. Código Civil anotado e legislação complementar. Com Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2004.
12. Comentários ao Código Civil. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo. Do bem da família, da união estável; da tutela e da curatela. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 19 (arts. 1.711 a 1.783).

13. Comentários ao novo Código Civil. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Das várias espécies de contrato. Da compra e venda. Do compromisso de compra e venda. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. VII (arts. 481 a 532).
14. Exercícios práticos de direito civil: teoria geral das obrigações. 4. ed. Belém: Cejup, 1987.
15. Bem de família: com comentários à Lei n. 8.009/90. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
16. Dever de coabitação, inadimplemento. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
17. Contratos inominados ou atípicos e negócio fiduciário. 3. ed. Belém: Cejup, 1988.
18. Tratado da locação predial urbana. Com Rogério Lauria Tucci. São Paulo: Saraiva, 1988. 2 v.
19. Direito privado: casos e pareceres. Belém: Cejup, 1986. v. 1; 1988. v. 2; 1989. v. 3.
20. Do concubinato ao casamento de fato. 2. ed. Belém: Cejup, 1987.
21. Prisão civil por dívida. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
22. Negócio fiduciário. Revista Trimestral de Direito Privado. São Paulo: Recta, ano 1, v. 1, p. 25-81, 1970.
23. 295 verbetes na Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977-1982 (78 v.).

PREFÁCIO

Meus alunos,

As presentes lições mostram o Direito Civil por meio de esquemas, nas quais está demonstrada, com muita simplicidade, a substância indispensável da matéria central da Ciência do Direito Obrigacional.

Nessas modestíssimas lições, não me moveu intuito de retratar erudição ou pesquisas mais aprofundadas, a não ser o resultado dessas num plano acessível.

É como se, na Faculdade de Direito, estivesse a nós, professores e alunos, entregue a responsabilidade de estudo dos institutos jurídicos, por um método racional, objetivo; primeiramente, sentindo suas informações mais genéricas, nos fatos da existência, depois, analisando seus elementos, as circunstâncias conhecidas, para, a final, apresentar-se uma síntese à altura do estudo feito, sem o emaranhado das grandes teses, sem a preocupação de muita erudição, mas com o fito de bom entendimento de uma essência duradoura, que não muda porque é simples, como deve ser toda Ciência.

É certo que nosso sonho é o de construir o Templo do Direito, mas, sabem vocês que nenhum edifício se constrói sem um bom alicerce. Por isso, é melhor que sejam bem plantadas as bases da nossa matéria para que, cada vez mais, e, a partir de agora, comecem vocês, ou reiniciem, a pesquisa bem dirigida, paralelamente a essas lições, a sentirem os meandros do Direito Civil.

O homem não pode construir Ciência só pelas teorias; é preciso, dada a

sua posição de ser relativo, que pratique suas ideias, pois não tem ele o condão de descobrir as grandes essências do absoluto. Empiricamente, vai ele palmilhando pelas veredas da vida, descobrindo, na própria matéria da existência, o perfume das melhores flores do jardim do pensamento, da imaterialidade.

Nessa posição de ente relativo é que o homem trabalha na Ciência Jurídica para descobrir, sempre por meio de um trabalho organizado, uma reformulação mais perfeita, no âmbito do Direito, para normatização mais apurada das suas relações.

Esclareço, mais, a vocês que a linguagem de que me utilizei neste trabalho foi a mais direta, a mais simplificada, para que a mensagem de nossa Cadeira possa chegar nítida, como deveria ser a mensagem dos Códigos.

Os defeitos ainda existem, porque tudo o que o homem faz, pela crítica construtiva, deve ser aperfeiçoado, como se o tempo fosse um grande filtro por onde passam todos os fatos da vida, purificando-se para o futuro, a justificar o princípio segundo o qual o tempo resolve todos os problemas (tempus omnia solvit).

Mas, movendo-me, nesta obra, gravado no meu peito o idealismo, que não pode perecer ante as imperfeições humanas, lembro, com humildade, a frase de Marco Túlio Cícero, que deve ser o lema dos que transmitem o conhecimento, dos que transmitem mensagens à humanidade, dos que comunicam a soma de experiência vivida para encobrir os erros do passado, numa tentativa de tender ao divino, de olhar para os céus, se não com propósitos de se tornarem absolutos, mas sim com o de evocarem as luzes das estrelas, para a iluminação das mentes, a luz do sol, para se sentir de

perto o calor humano, e o nunca acabar do infinito, para se descobrirem as verdades eternas: Non solum aliquid scire artis est, sed est quaedam ars etiam docendi (“Não só é de conhecer-se alguma coisa de arte, mas também uma certa arte de ensinar”).

O Autor

APRESENTAÇÃO

Este livro apresenta-se com o escopo inicial de cuidar da teoria geral dos contratos, desde as primeiras noções do direito contratual, dos elementos do contrato, de sua formação, de seus modos de exteriorização, de comprovação e de interpretação, com análise de suas espécies. São também objeto de estudo as arras, a cláusula penal, os vícios redibitórios, a evicção e a estipulação em favor de terceiros. Essa primeira parte do livro encerra-se com a extinção do contrato e a arbitragem.

Como já se encontra promulgado o texto do Código Civil de 2002, este é posto em confronto com o texto do Código de 1916, de tal modo que não perca o leitor o conhecimento preciso do que permanece do antigo e do que mudou na nova Codificação.

No tocante à Parte II do livro, que cuida da teoria geral dos contratos atípicos, que são contratos não regulamentados na lei desde 1965, em minha defesa de tese, no primeiro ano do curso de especialização da Faculdade de Direito de São Paulo/USP, com a monografia apresentada (Contratos inominados ou atípicos), já demonstrava a necessidade de regulamentação dessa matéria, para evitar que os contratos atípicos ficassem atrelados ao sistema da teoria geral dos contratos típicos. Elaborei como ponto de partida, nessa época, a classificação dos contratos atípicos, simplificando as classificações, então existentes, de Ludwig Enneccerus e de Francesco Messineo.

Ao lado dos contratos atípicos singulares (figuras singulares atípicas), coloco os contratos atípicos mistos, compostos, em meu entender, de

contratos ou elementos somente típicos; somente atípicos; ou típicos e atípicos.

Considerando a presença das obrigações nos contratos, passo a analisar os contratos típicos por suas prestações de dar, de fazer e de não fazer, chegando a conclusões, após muita meditação e realização de pareceres, mostrados neste livro, de que essas prestações não podem ser incompatíveis com a natureza do contrato utilizado, sob pena de desnaturar--se essa contratação. Assim, no contrato de compra e venda ou de locação de coisas, em que as prestações são de dar contra dar (do ut des), havendo neles cláusulas contendo obrigações de fazer ou de não fazer, estas são incompatíveis com sua natureza, e os desnaturam para a categoria de contratos atípicos mistos, que, assim, poderão ser rescindidos, também ante o descumprimento destas últimas mencionadas prestações (fazer e não fazer).

Com essa experiência, fui amadurecendo, gradativamente, a ideia de que poderia dizer que os contratos atípicos mistos, que não ferem a ordem pública, os bons costumes e os princípios gerais de Direito, formam um conjunto de contratos ou de elementos que compõem uma nova contratação, una e complexa, com todas as suas obrigações formando algo individual e indivisível. O mesmo acontece com a figura singular atípica, com suas obrigações, que não se enquadram, em sua unidade, nas contratações típicas, reguladas na lei.

Assim consolidou-se meu entendimento em diversos julgados de nossos tribunais, que são analisados no curso desta obra, em que se demonstra a impossibilidade de aplicação aos contratos atípicos das regras específicas relativas aos contratos típicos, pois as obrigações das figuras típicas exaurem-se em contratações mistas, sem que se extinga totalmente o

contrato atípico.

Como resta evidente, faz-se necessária a regulamentação dos contratos atípicos, com sua teoria geral própria.

O Código Civil não andou nesse entendimento, e somente reconheceu, em seu art. 425, que existem contratações atípicas que as partes interessadas podem realizar.

Reafirmo que o tratamento igual dessas figuras contratuais típicas e atípicas não pode surtir efeito, pois o contrato típico, por estar alicerçado em regras particulares, que lhe são próprias, recebe princípios gerais suplementares de maneira diversa da do contrato atípico, que não tem disciplina jurídica própria.

Por outro lado, não se deve colocar no arbítrio das partes muita liberdade sem muita limitação e a tendência moderna é a de intervir, cada vez mais, o Estado na ordem social e econômica, para que as pessoas não usem o poder social ou econômico para oprimir seus semelhantes.

Por outro lado, ainda, não é possível aplicar aos contratos atípicos as regras particulares dos típicos, uma vez que esse fato causa a quebra da unidade dos contratos atípicos, que é seu cerne; estes últimos contratos, sem seu todo unitário, fracionam-se, e perdem sua característica própria.

Ressalto, mais, a imperfeição de nossa lei e a necessidade de considerar, em seu texto, também regulado, o contrato atípico, embora em linhas gerais, para que as partes possam discutir, em pé de igualdade e nos moldes da boa-fé objetiva, as circunstâncias informadoras de suas relações para a livre estipulação da *lex privata*, que emerge da avença.

Por essas e outras razões expostas neste livro, ofereço, ao seu final, um esboço de regulamentação dos contratos atípicos, como base inicial de

cumprimento dessa necessidade de construir seu sistema legal próprio.

O Autor

PARTE I

TEORIA GERAL DOS CONTRATOS TÍPICOS

1

LOCALIZAÇÃO DO CONTRATO ENTRE OS FATOS JURÍDICOS

1 Fato

A palavra fato quer dizer acontecido, feito, ocorrido, operado, realizado, sendo o particípio passado do verbo fazer, do verbo latino factio, is, feci, factum, ere.

Fato é, assim, todo acontecimento, que pode ser natural, jurídico ou humano, encontrando nesse posicionamento suas três espécies.

2 Fato natural e jurídico

O fato natural provém da natureza, independentemente da vontade, não produzindo efeitos jurídicos, como um raio, um maremoto, na própria natureza.

Para que esse acontecimento, esse fato, interesse ao mundo do Direito e, desse modo, seja considerado jurídico, é necessário que cause efeitos jurídicos. Suponhamos que os mesmos citados fatos naturais, o raio ou o maremoto, provoquem o primeiro incêndio de uma casa e o segundo o naufrágio de uma embarcação, com a morte de seus tripulantes. Tanto o incêndio como o naufrágio ocasionaram a perda, total ou parcial, da propriedade; é certo que a morte dos que habitavam a casa ou compunham a tripulação da embarcação naufragada acarretou a passagem dos bens do de cuius (falecido) a seus herdeiros ou sucessores, além de outros efeitos jurídicos (dissolução de sociedade conjugal, perda de pátrio poder etc.).

3 Fato humano (ato e negócio jurídico)

Outro fato, o humano, ainda, resulta quando o próprio homem resolve agir, atuar sob o impulso de seu querer, de sua vontade, o que não deixa, como visto, de ser um acontecimento. O agir humano chama-se ato e produz consequências de direito, nascendo, aí, a ideia de ato jurídico.

A palavra ato, desse modo, descende do verbo latino agere (ago, is, egi, actum, agere), que significa agir, atuar.

Veja, assim, que fato jurídico é o acontecimento que não resulta da vontade humana, ao passo que ato jurídico sempre depende dela para que venha a existir, ambos produzindo efeitos de direito.

O fato jurídico é, então, o próprio fato natural, que interfere na órbita do Direito, porque ocasiona consequências jurídicas, nele não existindo vontade.

O ato jurídico é todo vontade; é, sempre, volitivo.

Na categoria do fato humano, ainda, às vezes, acontece que o ato jurídico objetiva mera realização da vontade do agente, como, por exemplo, o perdão de uma dívida ou a apropriação de um objeto da natureza; outras vezes, tem em mira verdadeiro negócio, em que as partes procuram criar normas para regularem seus interesses. Na primeira hipótese de fato humano, enquadro o ato jurídico propriamente dito; na segunda, o negócio jurídico, em sentido mais estreito.

É ato jurídico, propriamente dito, por exemplo, o fato de Paulo interpelar Pedro, para fazer uma estátua, ou de alguém apropriar-se de uma concha, em uma praia.

Em sentido amplo (lato), o ato jurídico engloba o negócio jurídico.

Isso porque, no negócio jurídico, as partes interessadas, ao manifestarem

sua vontade, vinculam-se, estabelecem, por si mesmas, normas regulamentadoras de seus próprios interesses.

Para Emílio Betti¹ o negócio jurídico é uma autodeterminação dos próprios interesses das partes contratantes, tendo estas ampla liberdade em regular a conduta por meio de uma declaração (melhor manifestação) de vontade, que tem força vinculativa.

Entretanto, entendo que a autonomia privada possa sofrer interferência do poder estatal, contrariamente ao que declara Betti. A intervenção estatal ocorre para evitar lesão, para que o interesse de uma parte não aniquile o da outra.

Por exemplo, se alguém contrata com outrem a venda de um objeto seu por determinado preço, ou aluga a este a casa de sua propriedade, discutindo ambos os termos contratuais, sem que seja quebrada a ordem jurídica preestabelecida, os princípios gerais de direito e os bons costumes, estamos em presença de normas particulares, criadas pelas partes contratantes, que acomodam, em cláusulas, seus interesses. É como se estas, no contrato, realizassem verdadeira lei particular (lex privata). Daí o sentido do dizer romano de que os pactos devem ser observados (pacta sunt servanda).

Entenda-se com Pietro Trimarch² que

o negócio jurídico tem a função de consentir aos particulares regular, de modo autônomo, os próprios interesses, dando a estes uma determinação querida. Mas não basta a vontade de justificar a eficácia; não existe, efetivamente, qualquer razão para vincular os homens só por suas intenções, também quando elas venham a ser, de qualquer modo, conhecidas. O que cria o vínculo é, ao contrário, a posição de um regulamento de interesses (por exemplo: a assunção de uma dívida, a transferência de um direito, e assim por diante) nos confrontos de outras pessoas por intermédio de declarações ou as atuações negociais.

Pondera, em seguida, que, se o negócio for constituído por declarações

de vontade ou por comportamentos negociais de duas ou mais partes, é chamado bilateral ou plurilateral, sendo o contrato um negócio jurídico pelo qual duas ou mais partes constituem, regulam ou extinguem relações jurídicas patrimoniais, segundo o art. 1.321 do Código Civil italiano. Se o negócio jurídico for constituído por declarações de vontade ou por comportamento negocial de somente uma das partes, ele é chamado de unilateral, como é o caso do testamento ou do abandono de uma coisa móvel.

No negócio jurídico, não se realiza, pura e simplesmente, uma vontade, mas criam--se normas para harmonização de vontades, que, aparentemente, parecem antagônicas, contraditórias (por exemplo, comprar e vender).

Por outro lado, explica Orlando Gomes³ que, na genealogia do conceito de contrato, a escala sobe ao negócio jurídico, denominado no Código Civil de 1916 de ato jurídico, e daí ao fato jurídico.

Assim, em ordem descendente: fato jurídico, ato jurídico, negócio jurídico e contrato.

E continua o citado professor:

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

Nos moldes da classificação exposta, parte-se do fato natural ao fato jurídico, depois ao ato jurídico (seriam os aludidos negócios jurídicos, em geral), do qual surtiria o negócio jurídico, em que se enquadra o contrato (chamado, naquela classificação, de negócio jurídico bilateral ou plurilateral).

4 Quadro geral dos fatos

Organizo, no quadro seguinte, a matéria até aqui estudada, segundo meu entendimento:

Fato (sentido amplo) (acontecimento)	Natural (da natureza) _____ _____ _____	independe da vontade humana e não produz efeitos jurídicos, isoladamente.
	Jurídico (da natureza) _____ _____ _____	independe da vontade humana, mas produz efeitos jurídicos.
	Humano (ato) _____ _____ _____	depende da vontade e, sempre, produz efeitos jurídicos.
		Ato jurídico – realização da vontade pura e simplesmente (sentido amplo). ou Negócio jurídico – regulamentação de interesses pelas partes (sentido estrito) (em que se enquadra o contrato).

2

NOÇÕES PRELIMINARES DE CONTRATO

1 Conceito de obrigação no contrato

Depois de estudar a teoria geral das obrigações, que mostram, amplamente, como se realizam, na sociedade, as relações jurídicas, vamos agora senti-las em espécie, ou seja, nos vários contratos, que se complexificam na gama dos negócios humanos, primeiramente em sua teoria geral dos contratos típicos e atípicos.

Conceituo⁴ obrigação como a relação jurídica transitória, de natureza econômica, pela qual o devedor fica vinculado ao credor, devendo cumprir determinada prestação pessoal, positiva ou negativa, cujo inadimplemento enseja a este executar o patrimônio daquele para satisfação de seu interesse.

Esse conceito restará vivo em cada contrato, pois, sempre, neste haverá um credor no aguardo do cumprimento, pelo devedor, de uma prestação jurídica de dar, fazer, ou não fazer alguma coisa no interesse daquele que tem, como garantia dessa execução, o patrimônio do mesmo devedor.

Assim, por exemplo, na compra e venda de determinado objeto por determinado preço, há o credor do preço e o do objeto, como o devedor do objeto e do preço.

É necessário ter em mente o princípio constante do art. 476 do Código Civil (art. 1.092 do Código de 1916), segundo o qual nenhuma das partes que contrata poderá exigir o cumprimento obrigacional da outra, se não

cumprir sua obrigação.

2 Convenções no direito romano

As convenções romanas, nascidas, sempre, da vontade, existiam, entretanto, em duas categorias; de um lado, a convenção contratual, chamada *contractus*, que tinha força obrigatória e era garantida por ações em juízo; de outro, o *pacta*, *pactum*, *pactio* ou *conventio*, que era a denominação genérica para as outras convenções que, não sendo obrigatórias, não podiam valer em juízo, com ação própria.

Referindo-se à noção dos contratos e dos pactos, P. Van Wetter ⁵ ensina que

os contratos (*contractus*) são convenções que, já à época clássica, produziam uma obrigação civil por elas mesmas e em virtude do direito civil propriamente dito. Os pactos (*pacta*) são convenções que criam uma simples obrigação natural, ou melhor, que não criam uma obrigação civil, senão a título de acessórios de um outro contrato ou em virtude do direito pretoriano ou das constituições imperiais do Baixo Império.

Aliás, costumavam os romanos dizer que o simples pacto não fazia nascer ação (*ex nudo pacto non nascitur actio*).

Assim, os contratos (*contractus*) pertenciam ao campo das obrigações civis e os pactos (*pacta*, *pactiones* ou *conventiones*) enquadravam-se entre as obrigações naturais.

Criou-se, contudo, uma série de situações injustas; é certo que, às vezes, ora por obra dos pretores, ora dos imperadores, alguns desses pactos foram reconhecidos em juízo, colocando-se entre as obrigações civis, com força obrigatória, ao lado dos contratos.

Foi um acontecimento importante esse, que trouxe, em seu bojo, a semente de uma proteção elástica, generalizada, às convenções.

Atualmente, todas as convenções, observados os genéricos preceitos de validade dos atos jurídicos, são asseguradas por ação judicial. Para receber aplauso do Direito, entretanto, todo e qualquer ato não deve ferir a lei e a ordem pública, nem ofender aos bons costumes e aos princípios gerais de direito.

3 Conceito de contrato

Não resta dúvida de que o negócio jurídico é a manifestação de vontade tendente à criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica. Essa é complexo de direitos e de obrigações; logo, não há que falar-se, quanto ao negócio jurídico (ou contrato), em criação, modificação ou extinção de direitos ou de deveres, ou, ainda, de obrigações, isoladamente, sob pena de esquecer-se do princípio romano, sempre atual, que assegura a correlação entre os direitos e as obrigações (*ius et obligatio sunt correlata* – o direito e a obrigação são correlatos).

O Código Civil italiano, de 1942, em seu art. 1.321, muito bem conceituou o contrato como “o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir, entre si, uma relação jurídica patrimonial”.

Posso, assim, esboçar um conceito de contrato, como a manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar, regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica (direitos e obrigações) de caráter patrimonial.

Certo é que contratos existem, sem cogitação de interesses patrimoniais; contudo, nesse ramo do Direito Civil (Direito Contratual), estudamos o contrato em seu sentido restrito, nas relações jurídicas de caráter econômico.

3

PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO CONTRATUAL

1 Formalismo romano

Entre os romanos, nos primeiros tempos, até final da época republicana (27 a.C.), o formalismo existiu de forma exagerada. Os romanos contratavam com observância de rígidos esquemas, de tal sorte que os atos eram praticados em verdadeiro ritual de formas, que, não observadas, acarretavam sua plena nulidade.

Atualmente, são poucos os atos que necessitam de forma especial, para valer, existindo, em sua grande maioria, informais.

O próprio art. 107 do Código Civil (art. 129 do anterior) é expresso ao assentar que: "a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir".

Para que exista transferência do domínio dos bens móveis, por exemplo, com fundamento no art. 1.267 do Código Civil (art. 620 do anterior), basta a tradição destes, sua entrega efetiva, ficta ou simbólica. Aqui está o maior número de atos que se praticam na sociedade. Sua forma é simples, não especial, como, por exemplo, a compra e venda de um pacote de doces, em que bastam o pagamento do preço ao vendedor e a entrega da coisa vendida por este ao comprador para que se consume o negócio. Há artigos, entretanto, do Código Civil, que exigem, para certos atos, formas especiais, mas excepcionalmente, como, por exemplo, para a instituição de uma fundação (art. 62 do Código Civil; art. 24 do anterior), do bem de família

(arts. 1.711 a 1.722 do Código; arts. 70 a 74 do anterior), para o pacto antenupcial (art. 1.640, parágrafo único do Código Civil; art. 134, I, do anterior) e para a alienação definitiva de direitos reais sobre bens imóveis (art. 108 do Código Civil; 134, II, do Código anterior).

Quando estudarmos a forma dos contratos, adiante, voltarei à tratativa do tema.

2 Princípios gerais de direito

Os princípios gerais de direito apresentam-se com força normativa nos sistemas jurídicos contemporâneos, principalmente porque encontram sua força no próprio Direito Natural.

Já Marco Tullio Cícero⁶ dizia que a razão ensina e explica o que deve ser feito e o que deve ser evitado (*ratio docet et explanat quid faciendum fungiendumve sit*).

Por isso, esses princípios não podem ser olvidados, nas contratações, quer no âmbito nacional, quer no internacional, sob pena de desequilibrarem-se as relações jurídicas, com o enriquecimento de um e o empobrecimento do outro contratante.

Os princípios gerais de Direito quando não se concretizam na lei, como é o caso da função social do contrato (art. 421 do CC), da boa-fé objetiva (art. 422 do CC), eles integram o sistema jurídico e são usados pelos operadores do direito e, na solução dos casos concretos, pelo aplicador da lei.

Assim, autoriza o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Analisarei, em seguida, os princípios informadores do Direito Contratual.

3 Autonomia da vontade e liberdade contratual

A autonomia da vontade patenteia-se, a cada instante, no ambiente dos contratos, que nascem sob sua influência direta. É a vontade, que, ao manifestar-se, retrata o interesse da pessoa física ou jurídica, no meio social.

A vontade, assim, é autônoma ao exteriorizar-se, reafirmando a liberdade do homem na programação de seus interesses.

É preciso, entretanto, distinguir essa liberdade, no âmbito dos contratos. Apresenta-se ela por duas facetas: a liberdade de contratar e a contratual. Pela primeira, a todos é lícita a elaboração de contratos. Todos são livres para realizar física e materialmente os contratos, desde que preenchidos os requisitos de validade dos atos jurídicos. Entretanto, no âmbito da liberdade contratual, na discussão das cláusulas e condições contratuais, há, na prática, o prevalecimento da vontade do economicamente forte.

Se é verdade que todos devem ser livres para contratar, realizar o contrato em si, o mesmo não ocorre com a liberdade contratual, considerada como a possibilidade de livre disposição de seus interesses pelas partes. Essas devem, sem restrições, regular esses interesses, clausulando-os, sem colisão de direitos. O direito de um contratante vai até onde se inicia o direito do outro.

Na liberdade contratual, os interesses humanos existem, teoricamente, em pé de igualdade, pois o mais forte, economicamente, no mais das vezes, reduz, na avença, a área de atuação do direito do mais fraco, que fica desprotegido, juridicamente, no momento em que o contrato surge, bem como nas revisões dessa contratação.

Realizado o pacto, sob essa pressão, a lesão ocorre, e é difícil e custosa a reparação, para repor certos valores destruídos.

Se dermos força demais à liberdade contratual, ficando o homem livre, na sociedade, sem condições de discutir razoavelmente sobre suas convenções, será ele o mesmo que um pássaro libertado de uma gaiola, ao fácil alcance de um gavião, pronto para atacá-lo. Pouco duraria a liberdade daquele.

Uma coisa é realizar o contrato, outra é acomodar os interesses, que nele se expressam.

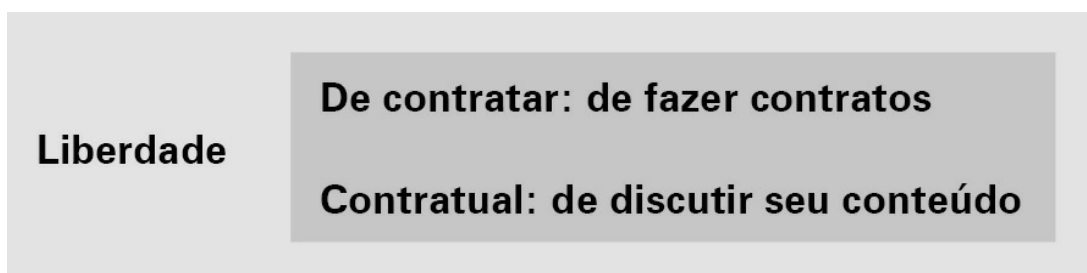
Há certos contratos que existem como paradigmas, que se impõem à vontade dos que dele necessitam.

No mundo atual, sentimos a imperante precisão de que o Estado intervenha na ordem contratual, para que ela não seja instrumento de escravização. Essa intervenção, por normas de ordem pública, evita o desequilíbrio.

Os contratos leoninos, em que há direitos só para uma das partes e obrigações só para outra, não podem ter guarida na lei, que deverá estabelecer princípios reguladores dessas desigualdades, para reprimi-las.

Por essa razão, não há que falar-se em liberdade, em Direito, sem que existam limitações na ordem jurídica. E essas limitações encontram fundamento nos princípios gerais de direito e no próprio Direito Natural.

Assim:



4 Prevalência da ordem pública

Por outro lado, outro princípio existe, pelo qual não pode a vontade individual ferir a vontade coletiva (a vontade do Estado), o da predominância da ordem pública, que resta suprema.

O Estado, muitas vezes, interfere na ordem privada, retirando dos indivíduos a possibilidade de exercício pleno da liberdade contratual. Quando assim atua, o Estado intromete-se nos interesses particulares, para impedir que o direito de uma das partes no contrato não se veja diminuído pelo da outra, evitando a colisão dos mesmos direitos.

As normas de ordem pública não podem ser alteradas pela vontade das partes, porque representam um pensamento coletivo irremovível.

A hierarquia é inarredável:

Ordem pública	
	Ordem privada

Existe, hoje, com essa intervenção do Estado, que edita normas de ordem pública, uma verdadeira orientação no campo dos contratos, no sentido de encaminhar as partes para princípios equitativos, com preocupação estreita de proteger a parte economicamente fraca na relação jurídica contratual. É o dirigismo contratual, que se impõe à vontade egoísta, individual, na salvaguarda do interesse coletivo.

Vale, nesse ponto, lembrar do princípio de que o direito público não pode ser mudado pelos pactos dos particulares⁷.

Do mesmo modo o ius cogens, ou direito cogente, que é norma de ordem

pública.

5 Força obrigatória dos contratos

Veja, ainda, que o contrato tem força obrigatória entre os que dele participam. Se é verdade que os pretores romanos, a partir de certa época, disseram que os pactos devem ser cumpridos (*pacta sunt servanda*), é verdade, também, que todas as convenções tornaram-se obrigatórias.

Os contratos são obrigatórios para as partes, porque estas, como que realizando naqueles sua lei particular, em suas cláusulas, regulam seus interesses, especificamente.

Têm, assim, os contratos verdadeira força de lei entre as partes contratantes, ficando adstritas ao pactuado.

O Código Civil brasileiro de 1916 retratou esse princípio da força obrigatória dos contratos, em seu art. 928 (“A obrigação, não sendo personalíssima, opera, assim, entre as partes, como entre os seus herdeiros”). Não há artigo correspondente no atual Código Civil.

O Código Civil francês, nesse ponto, foi mais claro, ao assentar, em seu art. 1.134: “As convenções, legalmente formadas, têm força de lei, àqueles que as fizeram” (*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*).

Entretanto, embora firmado o contrato, com força de vincular as partes que o integram, pode ocorrer que fiquem estas impossibilitadas de cumprimento obrigacional, por ocorrência do caso fortuito ou de força maior. Os romanos asseveravam, também, e acertadamente, ante a impossibilidade, que nada se tem (*ad impossibilia nemo tenetur*).

O Código Civil de 2002 reduziu bastante a força obrigatória dos contratos,

favorecendo, em certos pontos, a parte mais fraca, possibilitando o cumprimento do contrato, segundo sua função social, aplicando-se o princípio do favor debitoris, do beneficium competentiae, em favorecimento do devedor, também no sentido de que este não deve ser levado à ruína, cumprindo o contrato, que a ele tornou-se insuportável, ante, por exemplo, a lesão enorme.

Assim, o parágrafo único do art. 473 do Código Civil atenuou sensivelmente o princípio da obrigatoriedade dos contratos, suspendendo os efeitos da rescisão unilateral (denúncia) para possibilitar a recuperação de investimentos de vulto, em prazo compatível com a natureza destes.

6 Boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé deve ser, antes de tudo, mencionado, pois ele assegura o acolhimento do que é lícito e a repulsa ao ilícito.

A contratação de boa-fé é a essência do próprio entendimento entre os seres humanos, é a presença da ética nos contratos.

Sim, porque a aplicação do princípio da boa-fé traz para a ordem jurídica um elemento de Direito Natural, que passa a integrar a norma de direito.

A boa-fé é um estado de espírito que leva o sujeito a praticar um negócio em clima de aparente segurança. É a boa-fé subjetiva.

Daí por que todos os Códigos e todos os sistemas jurídicos são escudados no princípio da boa-fé, que supera, até, o princípio da nulidade dos atos jurídicos, pois os atos nulos, em certos casos, produzem efeitos, e até os atos inexistentes, para premiar a atuação de boa-fé, como é o caso da validade do pagamento ao credor putativo, da transmissão da herança ao herdeiro aparente, dos efeitos em favor do cônjuge de boa-fé no casamento putativo. Nesses casos, não vigora o princípio, segundo o qual o que é nulo

não produz efeito (quod nullum est nullum effectum producit).

Cuidarei⁸ nesta matéria contratual, da boa-fé objetiva, que deve existir, ante a lealdade, a honestidade e a segurança, que se devem os contratantes, nas tratativas negociais, na formação, na celebração, na execução (cumprimento) e na extinção do contrato, bem como após esta.

Assim, desde o início devem os contratantes manter seu espírito de lealdade, esclarecendo os fatos relevantes e as situações atinentes à contratação, procurando razoavelmente equilibrar as prestações, prestando informações, expressando-se com clareza e esclarecendo o conteúdo do contrato, evitando eventuais interpretações divergentes, bem como cláusulas leoninas, só em favor de um dos contratantes, cumprindo suas obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contratado; tudo para que a extinção do contrato não provoque resíduos ou situações de enriquecimento indevido, sem causa.

Após a extinção do contrato, existem, também, deveres, que devem ser respeitados pelos contratantes, como, por exemplo, o dever de não divulgar informações sigilosas de que tomem conhecimento, segredos profissionais, de fabricação de produtos, fórmulas secretas e que devam manter-se sob reserva. Qualquer divulgação desses e de outros fatos, por um dos contratantes, pode causar sérios prejuízos ao outro.

Nosso Código Civil de 1916 não possuía dispositivo expresso, cuidando da boa-fé objetiva. Todavia, o atual Código Civil estabelece que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (art. 422). Aí está resguardado o princípio da boa-fé objetiva, ou seja, a que implica o

dever das partes, desde as tratativas iniciais, na formação, na execução e na extinção do contrato, bem como após esta, de agir com boa-fé, sem o intuito de prejudicar ou de obter vantagens indevidas.

Cito, neste passo, o parágrafo 242 do Código Civil alemão (BGB): “O devedor está obrigado a executar a prestação como exige a boa-fé, em atenção aos usos e costumes”.

Destaco, ainda, o art. 1.337 do Código Civil italiano, de 1942, pelo qual os contratantes, “no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa-fé”.

Por seu turno, também merece realce o art. 227 do Código Civil português, de 1967, que assenta:

“Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nas preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.”

Ressalte-se, ainda, que a execução do contrato deve ser segundo a boa-fé, assenta o art. 1.375 do Código Civil italiano. Citando vários julgados, acentuam Guido Alpa e Giovanni Iudica⁹ que “a boa-fé forma objeto de um verdadeiro e próprio dever jurídico (C. 89/1966), que desenvolve uma função de integração da relação contratual (art. 1.374 CC), vinculando as partes ainda além e contra a sua vontade (C. 2890/1991)”. As partes devem manter comportamento de observância da obrigação de não lesar o outro contratante (*neminem laedere*, C. 3775/1994), sendo que

a mera inércia pode constituir descumprimento da obrigação de agir corretamente (C. 2500/1986). A redução dos deveres de agir corretamente e, de boa-fé, enquanto que não são considerados como forma primária e autônoma de uma norma, constituem só um critério de qualificação e de avaliação do comportamento dos contratantes (C. 3250/1977).

Também enfatiza o Código Civil italiano, em última análise, que o contrato deve ser interpretado segundo a boa-fé (art. 1.366), o que completa seu ordenamento jurídico, eliminando qualquer falha ou omissão.

O mesmo aconteceu com o legislador brasileiro, que adotou o mesmo critério, na parte relativa aos negócios jurídicos, quando determina o Código Civil de 2002, em seu art. 113, que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Esse preceito, inexistente no Código Civil anterior, trouxe nova vida na concepção dos negócios jurídicos, aumentando os cuidados e as avaliações que devam ser tomados, quanto ao comportamento das partes nas relações negociais.

Os sistemas jurídicos são elaborados observando normas de Direito Consuetudinário pautadas, principalmente, no Direito Natural, em que duas colunas existem: a da boa-fé, sempre triunfante, que deve estar sempre de pé, e a da má-fé, que deve permanecer em ruínas.

Todo o Direito dos povos obedece a esse princípio de acolher a boa-fé e de repelir a má-fé.

Acrescente-se aqui que todos os Códigos Civis citados não cuidaram, convenientemente, da boa-fé objetiva, pois, além das tratativas iniciais (contratações preliminares de viabilidade comercial, minutas etc.), da conclusão do contrato (formação) e de sua execução, em que ela deve estar presente, deve, também, ser observada após sua extinção, em que há segredos das partes contratantes, por exemplo, que, se conhecidos durante a contratação, devem ser preservados e não difundidos; além de outros valores éticos.

Esse princípio da boa-fé objetiva tornou obrigatório o princípio da

informação, tornando reticente, omissa, o contratante que não informa, por exemplo, ao outro, o estado do objeto, em uma compra e venda.

Não basta, portanto, que as partes queiram, uma vender e a outra comprar um objeto por determinado preço. O vendedor deve, assim, prestar informações sobre a coisa vendida. Se for, por exemplo, um automóvel, se ele foi reformado, se sofreu danificação ou abalroamento etc., não bastando dizer o vendedor que o está vendendo no estado em que se encontra.

Desse modo, moralizaram-se as relações contratuais, em que as partes devem comportar-se com probidade e boa-fé objetiva, sob a marca, também, do princípio da colaboração recíproca.

O atual Código Civil fez nascer a grande fase do Direito Civil, com o princípio da boa-fé objetiva, tornando obrigatório o comportamento contratual digno, em prol de um direito dos contratos mais justo e humano.

À luz desse princípio, permanece no Código Civil as ideias de respeito à pessoa e de solidariedade humana, como no art. 164 (art. 112 do Código anterior) em que são válidos e não fraudulentos os “negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família” (princípio do favor debitoris).

No mesmo sentido, a redução de valor indenizatório, ainda que equitativo, que não poderá prejudicar o incapaz ou as pessoas dele dependentes, fazendo-os passar privações (parágrafo único do art. 928 do Código Civil).

7 Função social

Por esse princípio, os contratos desempenham relevante papel na sociedade, nacional e internacionalmente, considerada.

Pelos contratos, os homens devem compreender-se e respeitar-se, para que encontrem um meio de entendimento e de negociação sadia de seus interesses e não um meio de opressão.

Para que esse espírito de fraternidade nos contratos se preserve, no âmbito do direito interno, têm os Estados modernos lançado mão de normas cogentes, interferindo nas contratações, com sua vontade soberana, para evitar lesões.

A intervenção do Estado, no âmbito contratual, abriu as portas a um novo tempo, em que se mitigaram os malefícios do liberalismo jurídico, com a proteção social ao mais fraco¹⁰.

No futuro, certamente, no plano internacional, deverá existir um sistema jurídico de ordem pública, para que se coíbam abusos nas contratações, preservando-se, assim, principalmente, a própria dignidade dos povos em desenvolvimento.

Até que isso ocorra, com um Tribunal Internacional, com força executória de suas decisões, é preciso que os órgãos internacionais, atualmente existentes, reclamem e recomendem, com sua força moral, o cumprimento dos princípios gerais de direito, nas contratações, principalmente no tocante à dívida externa dos países em desenvolvimento.

O atual Código Civil não ficou à margem dessa indispensável necessidade de integrar o contrato na sociedade, como meio de realizar os fins sociais, pois determinou que a liberdade contratual (embora se refira equivocadamente a liberdade de contratar) deve ser "exercida em razão e nos limites da função social do contrato". Esse dispositivo (art. 421) alarga, ainda mais, a capacidade do juiz para proteger o mais fraco, na contratação, que, por exemplo, possa estar sofrendo pressão econômica ou

os efeitos maléficos de cláusulas abusivas ou de publicidade enganosa.

Como visto, esse dispositivo legal (art. 421) não cogita da liberdade de contratar, de realizar, materialmente, o contrato, mas da liberdade contratual, que visa proteger o entabulamento negocial, a manifestação contratual em seu conteúdo.

Percebe-se que o atual Código retrata boa orientação ao referir-se à função social do contrato, pois que, embora exista este princípio, reconhecido pela Doutrina, às vezes, ao aplicar da lei, são feridos valores sociais insubstituíveis. Aqui, mais particularizada a recomendação, segundo a qual o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, deve ater-se aos fins sociais a que ela se dirige (art. 5^o da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, vigente).

Não cabe, nesse ponto, alegar que o Código de 2002 abriu-se à liberdade dos juízes, por causa do standard jurídico (função social). A lei sempre se valeu desses standards, como, por exemplo, "fins sociais", "bem comum". A própria Constituição Federal refere-se a "função social da propriedade". O juiz nem ficou tão livre para julgar pelo direito alternativo, mas nos limites da lei, com a presença de outros operadores do direito, tais como os advogados e o Ministério Público, que dão ao julgador as condições materiais, de prova, para o julgamento.

8 Comutatividade e equidade

Desde a mancipatio, mencionada na Lei das XII Tábuas, de 450 a.C., em que, por ato per aes et libram, as obrigações das partes contratantes eram pesadas, em uma balança, em praça pública, devendo ser cumpridas as formalidades legais, com a igualdade das mesmas obrigações assumidas. Representa-se esse contrato como verdadeiro símbolo da Justiça, com a

igualdade das partes.

Essa igualdade e equilíbrio, nas relações jurídicas, são tão importantes, que, entre os romanos, Celso¹¹ conceituou o Direito como “a arte do bem e da equidade” (ius est ars boni et aequi).

Assim, a comutatividade, nos contratos, é princípio essencial de Direito, porque exige a equivalência das prestações e o equilíbrio delas, no curso das contratações, pois, por ele, as partes devem saber, desde o início negocial, quais serão seus ganhos e suas perdas, importando esse fato a aludida equipolência das mencionadas prestações.

9 Imprevisão (cláusula rebus sic stantibus)

9.1 Noções gerais

Reconhece-se, modernamente, a teoria da imprevisão, que admite, imanente em todos os contratos, a cláusula rebus sic stantibus (das coisas como estão, estando assim as coisas).

Após demonstrar que a cláusula rebus sic stantibus foi sancionada no direito medieval, sofreu declínio na época do liberalismo e ressurgiu, atualmente, “como a moderna teoria da imprevisão”, esclarece Paulo Carneiro Maia¹² que nosso Código Civil de 1916 “não acolheu a teoria da imprevisão, de modo expresso, como regra geral da revisão dos contratos”, apresentando, entretanto, alguns casos particulares de aplicação dessa teoria, em dispositivos isolados, e, depois de 1930, em legislação especial.

Costuma-se citar como origem da cláusula rebus sic stantibus, na teoria da imprevisão nos contratos, um texto de Africano¹³ no Direito Romano, que se assenta na ideia de que, “se foi estipulado que se dê a Tício alguma coisa, deve considerar-se que se pagará bem a Tício somente se

permanecer no mesmo estado” (si in eodem statu maneat) “em que se encontrava quando nasceu a estipulação”. “Mas se Tício tivesse sido adotado ou exilado ou desterrado com interdição de água e de fogo, ou se tivesse se tornado escravo, haveria de dizer-se que não se pode pagar, pois a estipulação implica tacitamente que é inerente o convênio: ‘permanecer no mesmo estado’” (si in eadem causa maneat).

A cláusula rebus sic stantibus surgiu na Idade Média, da frase seguinte: “Os contratos que têm trato sucessivo e dependência futura devem ser entendidos estando as coisas assim”, ou seja, como se encontram no momento da contratação (contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur).

Ela apresenta-se com roupagem moderna, sob o nome de teoria da imprevisão, tendo sido construída pela Doutrina, com o intuito de abrandar a aplicação do princípio pacta sunt servanda (“os pactos devem ser cumpridos”), quando da alteração brusca das situações existentes no momento da contratação.

Essa cláusula protege uma das partes do contrato, quando há impossibilidade de cumprimento da obrigação assumida, por brusca alteração da situação inicial, em que o contrato nasceu.

Suponhamos que um engenheiro se obrigue, fornecendo material e mão de obra, a construir para alguém uma casa, por oitocentos mil reais, reservando dessa soma cento e cinquenta mil reais como seus honorários. Por imprevisível e brusca alteração no mercado, aumenta o preço do material de construção, eleva-se o salário mínimo, a ponto de impossibilitar o devedor ao cumprimento de sua obrigação. O que de material e de mão de obra tinha sido previsto, para custar seiscentos e cinquenta mil reais,

passa a custar oitocentos mil reais, colocando o engenheiro em posição de desempenhar seu serviço, sem qualquer remuneração.

Todavia essa cláusula, que foi considerada pela Doutrina e pela Jurisprudência brasileira como existente em todos os contratos, ainda que não expressamente contratada, está prevista no art. 478 do Código Civil de 2002, e se apresenta com três pressupostos fundamentais, autorizadores de sua aplicação.

9.2 Imprevisão e jurisprudência brasileira

Nossos Tribunais têm mantido as soluções propostas por nossa Doutrina, no tocante à existência dessa teoria; todavia, têm sido rigorosos quanto a sua aplicabilidade sem que estejam presentes seus pressupostos existenciais.

Deve ocorrer, assim, uma alteração radical do contrato, em razão de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis (álea extraordinária) e o prejuízo (lesão). Entretanto, há situações que ocorrem de um momento a outro e que podem ser previstas e causam desequilíbrio contratual, ficando obstada de aplicar-se a teoria da imprevisão (cláusula rebus sic stantibus).

Em 1938, decidiu o Supremo Tribunal Federal, sendo Relator o Ministro Costa Manso¹⁴ que “a regra rebus sic stantibus não é contrária a texto expresso da lei nacional”. Aqui, um dos marcos iniciais à sustentação da aplicabilidade, entre nós, da teoria da imprevisão.

Destaco, ainda, julgado da 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, em que foi Relator o então Desembargador Djaci Falcão¹⁵ exigindo, para aplicação da teoria da imprevisão, que o evento alterador das circunstâncias iniciais do contrato seja “excepcional, extraordinário, imprevisto e imprevisível, que modifique de modo sensível e

chocante o ambiente em que se formou a voluntas contrahentium”, devendo cada caso ser examinado “em si mesmo no tempo e no espaço sob o critério da equidade”.

Outras decisões há¹⁶ que rejeitam a adoção da teoria em casos de aumento de salário, de alta de custo de materiais ou de reajuste de preço.

Ressaltou a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, em que foi Relator o Ministro Pedro Acioli¹⁷, que o Supremo Tribunal Federal admite a aplicação da teoria da imprevisão somente “em casos especialíssimos”¹⁸ destacando-se, em acórdão relatado pelo Ministro Aldir Passarinho¹⁹, que

descabe o reajustamento do preço do apartamento vendido pela Carteira Imobiliária do Clube Militar, a base da cláusula rebus sic stantibus se, à época da operação imobiliária (1962), o fenômeno inflacionário já era uma infeliz realidade, não podendo dizer-se, portanto, ter ele surpreendido o vendedor. No caso dos autos não houve caso fortuito e nem força maior para justificar a aplicação da cláusula rebus sic stantibus a permitir a alteração unilateral dos contratos dos mutuários.

Em sentido contrário, refiro julgado que entendeu suscetível de aplicação a teoria, sob estudo, em caso de imprevisibilidade ante “altos índices de inflação”.

Quanto à inaplicabilidade da teoria da imprevisão às alterações contratuais, em razão da inflação, manifestou-se Orlando Gomes²⁰ asseverando:

Quem quer que contrate num país, que sofre do mal crônico da inflação, sabe que o desequilíbrio se verificará inelutavelmente, se a prestação pecuniária houver de ser satisfeita depois da celebração do contrato. O desequilíbrio é, por conseguinte, previsível, pelo que à parte que irá sofrê-lo cabe acautelar-se.

Cito mais acórdãos²¹ de nossos Tribunais, admitindo, sob variados argumentos, a aplicabilidade da cláusula sob cogitação.

Em sentido contrário, há uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado da

Bahia, em que foi Relator o Desembargador Euvaldo Luz²² com o seguinte comentário, de rodapé, de José de Aguiar Dias:

O romanismo feroz do respeitável acórdão supra não merece os nossos louvores. Nem está, como presume, a maioria do douto Tribunal baiano rejeitando doutrina perigosa ou insustentável. Ao passo que o brocardo pacta sunt servanda se sujeita, cada vez mais, ao interesse coletivo, a cláusula rebus sic stantibus entra progressivamente na consciência jurídica universal como corretivo necessário das iniquidades geradas pelas circunstâncias.

A jurisprudência pátria, em geral, não tem admitido a aplicação da cláusula rebus sic stantibus, em caso de inflação.

A 3ª Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em 3-5-1994, por votação unânime, em que foi Relator o Juiz Milton Sanseverino²³, entendeu que

a inflação (ainda que elevada) e o quadro recessivo que se abateram com particular intensidade sobre a economia nacional de uma certa época para cá não constituem, a rigor, acontecimentos extraordinários e imprevisíveis a justificar a teoria da imprevisão, pois, num país onde o recrudescimento do processo inflacionário é avoengo, apresentando sempre pioras sucessivas, em meio a um quadro de crise crônica, não é absolutamente de estranhar a escalada das taxas de inflação a níveis realmente pesados, porém, nada surpreendentes, nem tampouco o surgimento, mais cedo ou mais tarde, de recessão econômica, como consequência inevitável de deflação.

E, assim, inúmeros julgados, sob o mesmo fundamento²⁴.

Destaco inicialmente o acórdão da 9ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 15-5-1993, por unanimidade de votos, em que foi Relator o Desembargador Mesquita de Paulo²⁵ e se realçou que,

baseando-se os compromissários compradores para a resolução do contrato em uma única alegação para sustentar a aplicação da teoria da imprevisão na desproporção entre o valor estimado inicialmente para a construção e o estimado durante uma fase desta pela comissão dos Condôminos, esta se assenta sem dúvida nenhuma na inflação, fenômeno econômico, que não pode, na atual situação do país, ser considerado como fato imprevisível, não se tem como acolher a aludida teoria.

Também merece destaque a decisão da 4ª Câmara do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, de 22-11-1988, em que foi Relator o Juiz Miguel Pachá²⁶ segundo a qual

o malogro do 'Plano Cruzado' não pode servir de fundamento para que a devedora, que firmou com o embargado um contrato de abertura de crédito, após a vigência daquele, possa se eximir das responsabilidades decorrentes do pactuado. Inaceitável a invocação da teoria da imprevisão, com aplicação da cláusula rebus sic stantibus, quando as circunstâncias indicadas como imprevisíveis e inevitáveis são públicas, notórias e comuns na política econômica e financeira do país, resumidas na inflação e suas consequências.

Destaco, mais, a decisão do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, por sua 6ª Câmara, por unanimidade de votos, em 5-12-1989, em que foi Relator o Juiz Evaldo Veríssimo²⁷ que assenta:

A teoria revisionista do contrato, inspirada no princípio rebus sic stantibus, deve ter atuação moderada, para, efetivamente, encontrar o enriquecimento sem justa causa. Não serve, contudo, aos propósitos da apelante, que há de cumprir, então, o contrato que formalizou.

No mesmo julgado, afirma-se:

O contrato, sabe-se, se constitui em lei para as partes. Sua revisão há de ser possível quando razão jurídica credenciada possa torná-lo incumprível, na medida em que esteja ligada, a causa infirmatória, a um invencível erro contratual. No caso, não se poderia, pelos argumentos expostos e acrescidos aos que, com lucidez jurídica, foram alinhados na sentença revidada, entender-se que já ao tempo da contratação era viciada a representação mental da apelante por força do evento posterior, assinalado, no caso, pelo retorno da inflação e do aumento do valor parametrado à composição das parcelas ajustadas para a transação. A equivalência das prestações não foi rompida pelos eventos que a recorrente invocou à pretensão revisionista e nem há condições para se reconhecer que a adquirente teria agido ou se obrigado iludida pelo "canto da sereia" de uma economia estável após a implantação do "Plano Cruzado".

Quanto ao aludido pressuposto, portanto, nossos Tribunais têm considerado inaplicável a teoria da imprevisão, desconsiderando cláusula rebus sic stantibus, em face da inflação, porque, embora cause esta o desequilíbrio do contrato, ela é previsível.

Por outro lado, como segundo pressuposto, é preciso que exista enriquecimento, prejuízo, inesperado e injusto por um dos contratantes.

Tenha-se presente, nesse passo, que, mesmo com a existência dos pressupostos justificadores da aplicação da teoria da imprevisão e com ocorrência de prejuízos, entendeu o Superior Tribunal de Justiça, por sua 3ª Turma, em 25-6-1991, por votação unânime, em que foi relator o Ministro Eduardo Ribeiro²⁸ que tal não basta, sendo necessário que o enriquecimento seja indevido, seja injustificável, “resultando empobrecimento sensível” para um dos contratantes.

O terceiro pressuposto é a onerosidade excessiva, que sofre um dos contratantes, tornando-se, para ele, insuportável a execução contratual. Este, no meu entender, o único elemento a considerar-se, como em seguida demonstro.

Como visto, torna-se impossível a aplicação da cláusula rebus sic stantibus, ante a não ocorrência de um desses três pressupostos, sendo rigorosos os julgados dos Tribunais brasileiros, nesse sentido.

Antes, cite-se julgado que defende a inaplicabilidade da teoria da imprevisão, se não existir prova da onerosidade excessiva e da impossibilidade de cumprimento da obrigação contratual²⁹.

9.3 Teoria da imprevisão no atual Código Civil brasileiro, no italiano, no alemão e no português

O atual Código Civil brasileiro, em seu art. 478, acolhe a teoria da imprevisão contrariando tendência de nossos Tribunais, que, como visto, não a admitem em casos de inflação.

Esse artigo estabelece que,

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.

Se é verdade que está bem redigido, porque menciona a onerosidade excessiva para uma das partes contratantes, em razão de alea extraordinaria, esse artigo peca em exigir que os aludidos acontecimentos devam ser imprevisíveis. Isso, como vimos, ante a inflação, que, por exemplo, torna a teoria da imprevisão inaplicável.

Em razão disso, propus³⁰ a eliminação desse vocábulo imprevisíveis, com a seguinte justificativa: “Como a inflação é previsível, há decisões, inclusive do STF, que não a admitem em face da teoria da imprevisão, adotada nesse artigo pela aludida expressão ‘e imprevisíveis’”. Essa falha é moderna e modificou a regra justinianeia, ainda que na formação do contrato, segundo adiante demonstrado .

O artigo é de grande importância não fosse o adjetivo “imprevisíveis”, que nele existe em enfraquecimento da posição romana da *laesio enormis*.

Também o Código Civil italiano estabelece, por seu art. 1.467, em sua primeira alínea, os pressupostos da teoria da imprevisão.

Em vez do Código brasileiro e do Italiano acolherem somente a onerosidade excessiva, pura e simplesmente, acolhem a teoria da imprevisão, de difícil aplicação, como venho demonstrando.

Basta, para mim, aplicar a regra de Justiniano, analogicamente, ante o desequilíbrio contratual, por fato superveniente, para que ocorra a resolução do contrato, independentemente de ser causada por fato imprevisível ou imprevisível. O Direito não suporta o enriquecimento sem causa, seja por que motivo for.

À primeira vista, parecia que o BGB (Código Civil alemão), após a reforma do Direito das Obrigações, que teve início de vigência no dia 1º de janeiro de 2002, tivesse acolhido meu posicionamento, exposto, sobre a teoria da imprevisão.

Realmente, em sua primeira alínea, o § 313 acentua que ante “mudanças graves nas circunstâncias que integram a base do contrato, depois de sua celebração” (alea extraordinaria), poderá ocorrer o reequilíbrio contratual, se as partes “tivessem podido prever as mudanças” (aqui a questão da previsibilidade).

Vê-se, nitidamente, nesse artigo, que as alterações nos termos do contrato devem ocorrer depois de sua celebração, como eventos futuros e que as partes não tivessem podido prever essas mudanças. Desse modo, sendo previsíveis essas mudanças, não será aplicável o aludido dispositivo legal.

O Código Civil português (Decreto-lei n. 47.344, de 25 de novembro de 1966), por sua vez, não acolheu, expressamente, a teoria da imprevisão, preferindo cuidar, em seu art. 437º, inciso I, da cláusula rebus sic stantibus e da alea extraordinaria.

Sim, porque considera que a “alteração anormal” das “circunstâncias” em que os contratantes firmaram o contrato concede o direito à parte prejudicada de considerar resolvida a contratação ou a modificação desta com fundamento na equidade. É preciso, também, que fiquem afetados os princípios da boa-fé e as perdas não estejam cobertas pelo próprio contrato.

Trata-se, nesse caso, da boa-fé objetiva, relacionada com o comportamento dos contratantes, e de riscos contratados, como, por exemplo, a tolerância de perdas até 20% do valor contratado.

Esse dispositivo legal é muito importante e mostra a preocupação do legislador português de manter o princípio da comutatividade dos contratos, para que estes não se desfigurem, no futuro, por razões alheias à vontade dos contratantes.

Na verdade, entendo que o Código Civil Português regulou, sim, a teoria da onerosidade excessiva, procurando reequilibrar as relações contratuais, para evitar o enriquecimento indevido.

Por outro lado, esse mesmo Código admite, em seu art. 551^o, a atualização das prestações pecuniárias, quando a lei permitir, se existirem flutuações do valor da moeda. Devem ser, nesse caso, utilizados índices dos preços, para o reequilíbrio, o restabelecimento, da relação existente na data em que foi constituída a obrigação.

10 Onerosidade excessiva e lesão objetiva (enorme)

10.1 Direito romano

Em meu entender, é melhor utilizar o princípio da onerosidade excessiva, fora do âmbito mais amplo da teoria da imprevisão, porque ele mede, objetivamente, o desequilíbrio no contrato, com a insuportabilidade de seu cumprimento por um dos contratantes.

Com essa lesão objetiva, um dos contratantes só tem benefícios e o outro só desvantagens, o que configura, em linhas gerais, a *laesio enormis* do Direito Romano, quebrando-se o princípio fundamental dos contratos, o da comutatividade.

Realmente, no século III da era cristã, com a Constituição de Diocleciano e Maximiliano³¹ teria surgido a ideia de que um contrato poderia resolver-se, quando trouxesse desvantagens para um dos contratantes. Acontecia no

caso de venda de imóvel, quando o vendedor fosse forçado a vendê-lo, em condições desvantajosas, por preço inferior à metade de seu valor real.

Em verdade, Justiniano deve ter interpolado ditos textos em resposta à consulta de Lupus, criando o instituto da lesão, no século VI, tentando mostrar que eles já existiam anteriormente. Admite-se, já, então, a expressão preço justo (*iustum pretium*).

Somente na Idade Média, entretanto, por influência do Direito Canônico, desenvolveu-se a noção de justo preço.

10.2 Justo valor no direito penal

Se alguém vende muito abaixo do valor da coisa, está em estado de necessidade, precisando do valor do preço para viver.

O Código Penal (art. 180, § 1º) repulsa esse pensamento de desigualdade entre o valor do objeto vendido e o preço, quando pune como crime de recepção culposa a aquisição ou recebimento de coisa com “desproporção entre o valor e o preço”, assentando, em tal situação, que “deve presumir-se” que o objeto vendido tenha sido “obtido, por meio criminoso”. A lei penal brasileira, como visto, não tolera essa desproporção, o preço vil, em apoio do princípio da comutatividade contratual.

Também, e por analogia, a Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951 (art. 4º, b), ao tipificar o delito de usura real, reclama a presença de dois elementos, a saber: “o subjetivo, a mostrar o abuso por inexperiência ou leviandade” do outro, e o objetivo, que existe com a desigualdade dos objetos das prestações, que não podem exceder um quinto ou 20% de seu justo valor, pois, além desse limite máximo, é obstado o “lucro patrimonial”.

10.3 Onerosidade excessiva e Código do Consumidor

Aponta Caio Mário da Silva Pereira³² que a lesão apurar-se-á objetivamente, “na desproporção evidente e anormal das prestações, quando um dos contratantes auferir ou tem possibilidade de auferir do contrato um lucro desabusadamente maior do que a contraprestação a que se obrigou”.

E completa esse professor: “Após quase dois mil anos de existência, o instituto da lesão continua presente, na proteção ao contratualmente mais fraco, e tudo indica que veio para ficar”.

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (art. 39, V), considera prática abusiva “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”.

O mesmo Código ressalta entre os direitos básicos do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (art. 6^o, V).

Este último dispositivo legal admite a revisão contratual em face de cláusulas leoninas e ante a onerosidade excessiva causada por fatos supervenientes à realização contratual, sem exigir qualquer possibilidade de previsão pelo consumidor.

Ao Direito repugna a atuação ilícita e mesmo o enriquecimento indevido, pois a lesão está presente neles.

O fenômeno da lesão, no Direito contratual, deve ser encarado objetivamente. Causado o prejuízo, estabelecido o nexo de causalidade e ocorrendo o desequilíbrio nas prestações, deve ser restabelecida a igualdade entre os contratantes, em qualquer relação jurídica, principalmente na de consumo.

Isso porque o agravamento unilateral da prestação de uma das partes contratantes torna excessivamente onerosa sua obrigação e, por via de

consequência, insuportável o cumprimento desta.

10.4 Lesão enorme no Código Civil

Destaque-se, nesse passo, que o Código Civil de 2002 cuidou da onerosidade excessiva, propriamente, nos arts. 478 e 480.

Melhor que se inverta o tratamento desses artigos, pois, em verdade, no art. 480, encontra-se a posição justinianeia, existente no momento da formação do contrato.

Assim, assenta esse artigo que, cabendo, no contrato, as obrigações a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida ou alterado o modo de executá-la para evitar a onerosidade excessiva.

Nesse artigo, a grande lição de Justiniano está presente, quando respondeu à consulta de Lupus, já citada (C. 4, 44, 2 e 8). O contrato, nesse caso, nasce desequilibrado, sem o justo preço, que causa a lesão enorme (onerosidade excessiva).

Também está presente, nesse art. 480, como visto, o espírito das disposições protetivas do Código de Defesa do Consumidor, protegendo o lesado contra práticas abusivas e leoninas, como também ante a onerosidade excessiva nas alterações havidas no contrato.

No art. 478, entretanto, o contrato nasce equilibrado, devendo manter-se assim as coisas (*rebus sic stantibus*). Todavia, sendo esse contrato de execução continuada ou diferida, podem desequilibrar-se as prestações em razão de acontecimentos extraordinários (*alea extraordinaria*), que causem sérios prejuízos a uma das partes em detrimento da outra. O desequilíbrio, aqui, ocorre depois de nascido o contrato, ocorre no futuro. Só entendo,

como já demonstrado, que, havendo o desequilíbrio, pouco importa que tal fato tenha sido, ou não, previsível, ou que tenha nascido com o contrato ou depois dele.

Aplica-se, também nesse caso, e por analogia, a posição justinianeia do art. 480, havendo desequilíbrio futuro, sem que se exija a imprevisibilidade desse fato futuro, que agasalha o princípio moderno da teoria da imprevisão, que distorce o correto entendimento do Direito Romano, mais seguro e objetivo.

Saliente-se que a lesão não necessita de outras circunstâncias, senão a do desequilíbrio econômico do contrato, independentemente de culpa, por motivos alheios à vontade das partes.

11 Revisão judicial

Cabe, no caso de desequilíbrio contratual, causado por onerosidade excessiva, uma revisão nos termos do contrato, que implica a atualização dos valores nele consignados, para que não restem as partes contratantes fora da realidade de seu querer inicial, totalmente alterado pela situação posterior.

Assim, ante a impossibilidade de cumprimento obrigacional, pela onerosidade excessiva, deve a parte prejudicada requerer judicialmente a revisão do contrato, podendo a outra parte opor-se a esse pedido, pleiteando a resolução contratual (extinção do contrato, por motivo alheio à vontade das partes; sem culpa, portanto, e sem qualquer indenização). Desse modo entendo, porque ninguém pode sofrer intervenção revisional em seu contrato, contra sua vontade. Isso implicaria alteração nas cláusulas contratuais, por obra do Poder Judiciário (terceiro), não contratante, que estaria, assim, a criar obrigações não pactuadas.

Não sendo possível a revisão proposta, entendo que o contrato resolve-se³³.

Assim, caso as partes contratantes ou uma delas não concorde com o resultado da revisão judicial proposta e malograda, deverá o juiz declarar resolvido o contrato.

Essa liberdade existe, porque não pode o juiz, pelo mesmo princípio da bilateralidade dos contratos, decidir sobre a alteração, unilateralmente, a não ser que os contratantes tenham estabelecido cláusula de arbitragem. Nesse caso, nada impede que o árbitro seja o juiz de direito ou um terceiro.

Assenta o art. 479 do Código Civil que “a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”.

É preciso tentar-se a revisão, para salvar, de extinção, o contrato; contudo essa revisão não pode ser imposta contra a vontade das partes.

12 Minha posição doutrinária quanto à teoria da imprevisão e à lesão enorme³⁴

Ao Direito repugna a atuação ilícita e mesmo o enriquecimento indevido, pois a lesão está presente neles.

O fenômeno da lesão, no Direito contratual, deve ser encarado objetivamente. Causado o prejuízo, estabelecido o nexos de causalidade e ocorrendo o desequilíbrio nas prestações, deve ser restabelecida a igualdade entre os contratantes.

Isso porque o agravamento unilateral da prestação de uma das partes contratantes torna excessivamente onerosa sua obrigação e, por via de consequência, insuportável o cumprimento desta.

Resumindo, nessa oportunidade, meu entendimento, julgo que a cláusula

rebus sic stantibus pode ser admitida sem a moderna teoria da imprevisão, que reduz a sua intensidade, possibilitando sua aplicação somente em situações futuras e imprevisíveis.

Para mim, portanto, a lesão enorme ocorre quando existe mero desequilíbrio contratual, desde que presentes graves modificações no contrato, pressupondo, assim, a alea extraordinária.

O fundamental é não transformar contrato comutativo em aleatório. Naquele, as partes têm plena noção do que vão ganhar e do que vão perder. Desse modo, nascendo o contrato já portador desse desequilíbrio, ou surgindo, após esse desequilíbrio, com sérios prejuízos (graves) a uma das partes, por acontecimentos alheios à vontade dos contratantes, dá-se a resolução contratual, por onerosidade excessiva, independentemente de ser previsível, ou não, a brusca e anormal alteração dos fatos. Isto, se o contrato não puder ser revisto.

Se não for assim, ninguém poderá contratar seguramente, em regime de inflação, por exemplo, pois o agravamento desta, ou, ainda, a deflação, sendo previsíveis, estarão sempre, a ameaçar os contratantes, com insegurança constante e em verdadeiro clima de risco, como nos contratos aleatórios.

Minha sugestão, portanto, é a de que se elimine essa situação de imprevisibilidade, constante do art. 478 do atual Código Civil brasileiro, riscando-se do seu texto a palavra, imprevisíveis.

Desse modo, o art. 480 cuidará, como cuida, do desequilíbrio econômico, com inspiração no Direito Justiniano, no nascimento do contrato, coibindo cláusulas leoninas e abusivas.

Por outro lado, o art. 478, sem a palavra imprevisíveis, será aplicado nos

graves desajustamentos contratuais, surgidos após a contratação, em decorrência de fatos supervenientes. Aqui, estará por analogia o ensinamento de Justiniano.

E o art. 479 estará presente para possibilitar o salvamento do contrato, por meio de revisão judicial.

Veja-se, finalmente, que o art. 317 do Código Civil, no Direito das Obrigações, cogitando do objeto do pagamento, assenta que, ocorrendo desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, por motivos imprevisíveis, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

A meu ver, deve excluir-se a palavra imprevisíveis, também desse art. 317, pois qualquer motivo grave de desequilíbrio deve ser considerado, independentemente de qualquer imprevisibilidade.

Assim deve ser para que se evite o enriquecimento injusto ou indevido.

O Direito moderno não pode possibilitar esse enriquecimento injustificado, contra o princípio da comutatividade dos contratos, transformando os negócios comutativos em aleatórios.

13 Contrato de adesão e proteção do aderente

Por outro lado, o legislador do mesmo Código inseriu os arts. 423 e 424, que não existiam anteriormente, e que se referem aos contratos de adesão, que serão estudados, quando do tratamento da classificação dos contratos, pois, nesse passo, encontram-se deslocados.

Sim, pois, quando se dispõe, geralmente, sobre matéria contratual, não é de boa técnica que se incluam preceitos atinentes a determinada espécie de

contrato, no caso de adesão, mesmo que abrangentes de aspectos gerais deste.

14 Contrato atípico

O art. 425 possibilita às partes a estipulação de contratos atípicos, desde que observadas as normas gerais dos contratos, no que couber, mas sem ferir as normas de ordem pública, os bons costumes e os princípios gerais de direito.

Essa matéria será estudada na lição relativa à classificação dos contratos e na segunda parte deste livro.

15 Herança de pessoa viva

O art. 426 do Código Civil (correspondente ao art. 1.089 do Código de 1916) retrata o princípio segundo o qual “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”.

Comentando o citado artigo do Código de 1916, pondera Clóvis Beviláqua³⁵ que

O Código Civil, fiel à tradição do nosso direito, condena os pactos sucessórios. Realmente, a sucessão pactícia oferece grandes inconvenientes: a) Determina o surto de sentimentos imorais, porque toma por base de suas combinações a morte da pessoa, de cuja sucessão se trata, sejam os pactos aquisitivos (de sucedendo), sejam renunciativos (de non sucedendo). Inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio (D. 45, 1, fr. 61). b) Contraria o princípio da liberdade essencial às disposições de última vontade, que devem ser revogáveis, até o momento da morte do disponente.

Todavia, Clóvis diz existirem duas exceções,

destruindo a pureza do sistema do Código: a) Nos contratos antenupciais, é lícito aos cônjuges regularem a sua sucessão recíproca. Veja-se a este respeito o volume II deste livro, observação 4, ao art. 257. b) Podem os pais por ato entre vivos, partilhar os seus bens com os filhos (art. 1.776).

Contesta essa afirmação, e bem, J. M. de Carvalho Santos³⁶, principalmente a primeira exceção, pois o aludido art. 257 já proibia realização contrária à disposição absoluta de lei, o que se reafirma com melhor texto, no art. 1.655, do Código Civil de 2002, verbis: “É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei”.

Quanto à segunda apontada exceção, não se configura ela como um pacto sucessório, mas como uma doação inter vivos, que resulta em partilha, sendo beneficiários todos os filhos do doador. Nesse passo, essa partilha-doação já era permitida pelo art. 1.776 do Código de 1916 e é válida, atualmente, pelo art. 2.018, quando feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, “contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários”.

4

ELEMENTOS DO CONTRATO

1 Elementos

O contrato é um acordo de vontade, um negócio jurídico bilateral, que deve apresentar os mesmos elementos essenciais dos atos jurídicos: capacidade do agente, liceidade, possibilidade e determinação do objeto e o consentimento das partes contratantes, segundo inferimos dos arts. 104 e 112 do Código Civil (arts. 82 e 85 do Código antigo), além da forma, que é elemento essencial, quando exigida por lei.

Quanto a esses elementos, lembro que, ante a incapacidade absoluta do agente, a nulidade do ato impõe-se e que, em face de sua relativa incapacidade, é anulável sua manifestação de vontade.

As incapacidades absolutas e relativas das pessoas físicas, naturais, que se elencam, respectivamente, nos arts. 3º e 4º do Código Civil (arts. 5º e 6º do Código anterior), fornecem a proteção necessária aos incapazes, quanto à prática dos atos da vida civil. Dessa forma, os absoluta ou relativamente incapazes fazem-se, respectivamente, representar ou assistir em sua atuação.

Quanto aos contratos, existem alguns novos pontos de proteção que a lei coloca em realce.

Desse modo, ainda que considerando essa capacidade geral em todos os negócios como a mesma dos contratos, em certos momentos veremos que, mesmo completos, alguns desses requisitos de validade, para os contratos,

são de natureza especial. Não seriam, nesse caso, incapacidades para contratar, propriamente, mas falta de legitimação para tanto.

Assim, não estão legitimados os tutores, curadores, testamenteiros e administradores a comprar, mesmo que em hasta pública, consoante dispõe o art. 497 do Código Civil (art. 1.133 do Código Civil antigo), os bens confiados a sua guarda ou administração (inc. I).

Também não pode o ascendente vender bens de seu patrimônio a seu descendente, por impedimento do art. 496 do Código Civil (art. 1.132 do Código anterior), sem a concordância de seus outros descendentes, como também se considera adiantamento dos direitos à herança a doação feita por ascendente para descendente, aduz o art. 544 do mesmo Código (art. 1.171 do antigo).

O mesmo impedimento existe com relação à aludida venda, se não houver expressa concordância do cônjuge do vendedor, salvo se casados sob o regime de separação obrigatória (art. 496 do Código Civil; sem correspondente no Código antigo), sob pena de anulabilidade.

Em caso de doação de um cônjuge a outro, também haverá adiantamento de direitos à herança (art. 544 do Código Civil, não havendo correspondente no Código de 1916).

Para não me alongar na referência de exemplos, que serão estudados em suas respectivas lições, cito a proibição do art. 548 do Código Civil (art. 1.175 do Código antigo), que declara nula a doação de todos os bens, quando o doador não reservar para si parte desse patrimônio ou rendimento suficiente à própria subsistência.

Nesses casos, digamos que a lei não procurou restringir a capacidade de contratar, mas, resguardando certos princípios, inibir essa capacidade geral

de atuação ante um bem maior previsto e entendido como tal pelo legislador. Seria como se, capaz o agente, estivesse ilegitimado ao ato não autorizado pela lei a praticá-lo.

O objeto do contrato deve, por sua vez, ser lícito, possível, determinado, ou, pelo menos, determinável, bem como apreciável economicamente.

Quanto à licitude e possibilidade do objeto, existe o grande tronco de impossibilidades, que as faz nascer. Isso porque, quando a impossibilidade é jurídica, o objeto é ilícito, pois contraria a lei, nulos, por isso, de pleno direito. Suponham que se contratem os serviços de um assassino para matar alguém, por determinado preço. Quando, entretanto, é física essa impossibilidade, a contrariedade não se esboça contra a lei, mas contra a realidade dos fatos. Imaginem que alguém se dispusesse a vender uma mercadoria, que desapareceu do mercado. O ato seria materialmente impossível, fisicamente irrealizável, como se não existisse.

O objeto deve, ainda, ser determinado, ou determinável, pois, caso contrário, ele seria inaproveitável na relação jurídica. Seria o caso de vender a alguém um sítio, sem dizer qual, ou peixes, sem mencionar quantos e quais. Todavia, é possível a determinação futura, no último exemplo dado: a venda de peixes que vierem na rede.

O consentimento, outro substancial elemento do contrato, pode ser expresso ou tácito.

O art. 1.079 de nosso antigo Código Civil estatuiu que, não exigindo a lei que a vontade se manifeste expressamente, nos contratos, ela poderá se exteriorizar tacitamente. Não há artigo correspondente no atual Código Civil.

Consentimento expresso é o que se demonstra por qualquer escrito,

manifestação oral ou gestos. Nesta última hipótese, poderíamos considerar, como aprovação de uma proposição feita em uma assembleia de sociedade ou aquisição de um bem em um leilão, o levantar de braço ou gesticulação análoga.

Considera-se tácito o consentimento quando inferido da prática de atos que, inequivocamente, o demonstrem.

Seria o caso de um herdeiro que, sem aceitar, expressamente, a herança, ingressa no competente inventário e sobre ela discute ou pratica atos de sua administração.

Pode concretizar-se, ainda, o consentimento pelo silêncio. Entretanto, por exemplo, ante uma proposta de um negócio, não se pode exigir que a não concordância implique aperfeiçoamento contratual. É preciso que exista um dever jurídico de manifestação, como, por exemplo, um acionista que deve votar na assembleia de uma sociedade anônima sobre qualquer assunto da ordem do dia. Se permanecer em silêncio, no momento da votação, estará manifestando sua vontade.

Embora o Código Civil de 1916 não se refira, diretamente, ao silêncio como modo de exteriorização da vontade, o atual Código Civil estabelece que “o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”.

Consta entre esses elementos, chamados essenciais, que se mencionam no art. 104 do Código Civil (art. 82 do Código antigo), além da capacidade do agente e da liceidade, possibilidade e determinação do objeto, a forma prescrita ou não defesa em lei. Entretanto, esse elemento não é essencial à validade de todos os atos jurídicos, senão de alguns, previstos em lei, como, por exemplo, no Código Civil: os pactos antenupciais ou a

constituição e translação de direitos reais sobre imóveis, conforme arts. 1.640, parágrafo único, e 108 do Código Civil (art. 134, I e II, do Código antigo), que só se realizam, validamente, por escritura pública; as fundações, como se assenta no art. 62 do Código Civil (art. 24), que se constituem por escritura pública ou testamento; o bem de família (arts. 1.711 e 1.714 do Código, arts. 70 e 73 do antigo), que se institui por escritura pública, que deve ser levada a registro imobiliário, com publicação de editais; existem muitos outros casos de formalidades exigidas pela lei.

Veja, contudo, que a maioria das manifestações de vontade independe de formalidades, como ressalta do art. 107 do Código Civil (art. 129 do anterior).

Por outro lado, o consentimento, que é elemento substancial à validade de todos os negócios jurídicos, não se mostra expresso no art. 104 do Código Civil, como acontecia com o art. 82 do Código anterior, embora todo o capítulo do negócio jurídico, antes dos atos jurídicos do Código Civil anterior a ele se refira, como principalmente, aos defeitos desse mesmo consentimento, que são tratados nos arts. 138 a 165 do Código Civil, arts. 86 a 113 do anterior. Tanto que, se viciado o ato pelo consentimento, autoriza o Código sua anulação em face do art. 171 do Código e art. 147, II, do antigo, ou sua nulidade ante o art. 166 do Código, art. 145 do antigo, admitindo, mesmo, alguns autores, entre os quais me incluo, a inexistência do negócio jurídico, quando lhe faltar o consenso, que propulsiona a exteriorização da vontade, ou qualquer outro de seus elementos essenciais.

Lembre-se, mais, de que o contrato, para valer contra terceiros, que dele não participam, necessita ser registrado no competente Registro Público.

2 Esquema dos elementos

Toda a matéria estudada poderá ser visualizada no esquema adiante:

Elementos essenciais do contrato (art. 104, CC (art. 82, CC antigo)	Capacidade	Incapacidade relativa (Anulabilidade) (arts. 4º – 171, I, CC) (art. 6º – 147, I, CC antigo) Incapacidade absoluta (Nulidade) (arts. 3º – 166, CC) (art. 5º – 145, I, CC antigo)
	Objeto	Lícito (art. 166, II, CC, e 145, II, CC antigo) Possível Determinado (ou determinável) Suscetível de apreciação econômica
	Consentimento	Expresso (escrito, verbal ou por gestos) art. 1079, CC antigo Tácito Pelo silêncio (art. 111, CC)

5

FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

1 Tempo

Os contratos reputam-se realizados quando as vontades dos contratantes se acordam, em uma verdadeira acomodação de interesses. Para tanto, é preciso que exista uma proposta e uma aceitação.

Os contratos formam-se, assim, no momento em que a proposta, também conhecida por oferta ou policitação, é aceita.

Já, pela simples proposta de negócio, o proponente obriga-se, acentua o art. 427 do Código Civil (art. 1.080 do Código anterior), sendo ele considerado inadimplente, se rompê-la, sujeitando-se ao pagamento das perdas e danos se efetivamente causados. Esse mesmo dispositivo legal invocado exclui essa obrigatoriedade da proposta, se o contrário resultar de seus termos, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso, e é certo que o art. 428 do Código (art. 1.081 do anterior), se incumbe de referir alguns casos em que a proposta deixa de ser obrigatória.

De citar-se, nesta oportunidade, a lição de Clóvis Beviláqua³⁷ segundo a qual

o caráter obrigatório da proposta é, hoje, universalmente reconhecido. Mas é preciso firmar quando há realmente proposta. Há proposta quando ela se refere aos pontos essenciais do contrato, e o proponente não se reservou o direito de retirá-la ao receber a aceitação, de modo que, dada a aceitação, esteja formado o contrato.

A analisar os casos previstos no já mencionado art. 428 do Código, 1.081

do anterior, logo no inciso I percebemos clara a ideia de que a proposta, desde que sem prazo, dirigida a pessoa presente, ou por telefone (por telex ou por outro meio de comunicação semelhante, atualmente) deve ser, imediatamente, aceita.

Realmente, suponha que alguém ofereça a seu amigo a venda de seu automóvel, por determinado preço, levando-o, até, a um experimento do veículo, e que, no dia seguinte a esse fato, o mesmo amigo resolva aceitar dita oferta. Tal aceitação não terá qualquer propósito, a não ser que o proponente lhe tenha conferido esse prazo.

O inciso II do examinado artigo figura a hipótese de realizar-se a proposta, também sem prazo estipulado, a pessoa ausente, em outra localidade, e sem possibilidade de resposta imediata. Ora, vê-se, logo, que, por não ter marcado prazo para a resposta, não pode o proponente restar, indefinidamente, no aguardo desta. Assim, passado o tempo suficiente ao conhecimento dessa resposta pelo proponente, ficará este desobrigado.

Por outro lado, refere o inciso III, em sequência, que, em caso de proposta a pessoa ausente, com prazo, a aceitação deve ser expedida dentro dele.

Finalmente, proclama o inciso IV, seguinte, que o proponente pode retratar-se, desde que sua retratação chegue ao destinatário antes ou simultaneamente com a proposta.

Como observamos, em dois momentos pode concretizar-se o negócio pela aceitação da proposta: entre presentes, quando a aceitação deve ser imediata, se não houver prazo para tanto; e entre ausentes, quando, pela falta de contato direto entre proponente e aceitante, por estarem em lugares diversos, a aceitação não puder ser imediata, devendo, se existir

prazo, ser expedida dentro dele; se não existir esse prazo, deve o proponente aguardar tempo razoável para eventual aceitação.

A proposta a quem não está em contato direto com o proponente (ausente) dirige-se por correspondência, cartas, telegramas, mensageiros ou quaisquer outros meios de comunicação indireta.

Cogita-se, nesse ponto, sobre a possibilidade de serem aplicadas, em matéria de contratos eletrônicos, as normas concernentes à comunicação direta, entre pessoas presentes; todavia, tem sido negativa a resposta a essa cogitação em face de não ser a Internet, atualmente, um meio de comunicação instantâneo. Não se pode ter certeza se o e-mail, ou de que maneira, atingirá seu destino.

Considere, entretanto, que, se for evidenciado o recebimento do e-mail, entendendo feita a proposta, que deve ser respondida imediatamente, caso não exista prazo ou circunstâncias que possibilitem resposta posterior.

Tratando-se de contratos eletrônicos, a partir da proposta permanente on-line, por intermédio da home page, a situação é diversa,

em razão da noção de tempo real, a partir de uma presença virtual simultânea das partes, perfeitamente aplicável às relações a distância; nesse caso, pode-se falar em instantaneidade, diante do que o contrato se reputa formado pelo recebimento da resposta pelo proponente, diante de tal técnica de transmissão de dados, na qual o envio e a recepção do sinal que contém a manifestação de vontade, ainda que não simultâneos, tendem a se perfazer em intervalos cada vez mais reduzidos ³⁸ .

Entendo melhor que o contrato se aperfeiçoe com a expedição da resposta de aceitação da proposta.

No tocante à formação dos contratos, ainda, o Código Civil fez incluir o preceito contido em seu art. 429, que menciona a "oferta ao público" como equivalente à proposta, quando encerrar os mesmos "requisitos essenciais

ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos”.

Completa esse mesmo dispositivo, em seu parágrafo único, esclarecendo que, se ressalvada na oferta a possibilidade de sua revogação, esta se dará “pela mesma via de sua divulgação”.

Realmente, uma mercadoria exposta em um supermercado, por exemplo, em que o preço esteja nela marcado, é uma oferta tácita, por tratar-se de um bem de consumo, que o consumidor aceita, concordando com o aludido preço. A compra e venda, desse modo, concretiza-se, como na emptio venditio do Direito Romano: pretium (preço), res (coisa), et consensus (consentimento).

Pode ser, entretanto, que exista ressalva na proposta, por exemplo, que o preço vigorará para os primeiros 30 produtos vendidos.

Pode acontecer, ainda, voltando à matéria do Código Civil, que, por causas inesperadas, não chegue, a tempo, a aceitação ao conhecimento do proponente, caso em que deverá este comunicar tal fato, imediatamente, ao aceitante, sob pena de responsabilizar--se pela indefinição, arcando, então, com os prejuízos decorrentes desse incidente, expressa o art. 430 do Código Civil (art. 1.082 do anterior).

Seria o caso, por exemplo, de um atraso pelo correio, na entrega de uma correspondência.

Se, por outro lado, a aceitação existir fora do prazo ou com alterações (“adições, restrições ou modificações”), será considerada nova proposta, é o que se infere do art. 431 do Código (1.083 do anterior).

Suponha, assim, que ao aceitar uma proposta dentro do prazo, expedindo-a ao proponente, o aceitante modifique a proposta originária, por exemplo, propondo-se a comprar mais mercadorias do que as

oferecidas; nesse caso, a alteração é considerada nova proposta. É difícil saber se o aceitante quer, somente, o total dos objetos a que se propôs comprar ou se se contentaria em receber os da proposta originária, se, por exemplo, não tivesse o proponente possibilidade de obter além do que propusera. Daí melhor considerar-se não aceita a proposta, ante qualquer alteração, que sofra por ocasião da aceitação; a não ser que existam várias propostas em uma mesma, autonomamente, sendo possível a aceitação de uma delas e a recusa da outra, sem quebra da unidade propositiva.

Imagine, noutra feita, que exista um costume, entre comerciantes, um da Capital, outro do interior, segundo o qual, o primeiro, há dois anos, mais ou menos, vem remetendo mercadorias ao segundo, que delas se utiliza em seu comércio, pagando, após, ao primeiro comerciante, o preço constante da oferta.

Nesse caso, podemos entender que se trata de negócio em que a aceitação é tácita, o que, segundo o art. 432 do Código (1.084 do anterior Código Civil), implica reputar-se aperfeiçoado, concluído, o contrato, se a recusa não chegar a tempo. Assim, após todo esse período, em que vários negócios se fizeram, com esse proceder, o destinatário dessas mercadorias, quando não mais se interessar por elas, deverá, incontinenti, comunicar tal fato ao proponente, recusando a remessa.

2 Lugar

O contrato, como vimos, consuma-se com a expedição da resposta, quando realizado entre ausentes; entretanto, considera-se celebrado no local de sua proposição. O art. 435 do Código (art. 1.087 do anterior Código Civil) é claro ao afirmar que “reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto”.

Isso porque é no local da proposta que tem início, com a oferta, o contrato.

Por sua vez, o art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942) é incisivo ao asseverar que, no âmbito do Direito Internacional Privado, “a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”.

Nesse caso, se um brasileiro, por exemplo, propõe a venda de determinado produto seu a um italiano, residentes cada um em seu país, se aceita referida proposta, aplicar-se-á a esse negócio a legislação brasileira.

3 Espécies de proposta

Se a proposta for a exteriorização de vontade do proponente, ela pode ser escrita, oral ou tácita.

As espécies de proposta advêm da forma de sua expressão, como visto.

A proposta escrita é a que se realiza por um documento escrito, uma carta, por exemplo.

A proposta oral é a que se perfaz pela expressão verbal, não escrita, como quando alguém oferece a venda de seu relógio, durante uma festa, de viva voz.

A proposta é tácita, quando é demonstrada por atos inequívocos de proposição, tal como a exposição de objetos, em uma loja, com preços assinalados.

4 Teorias objetivas da expedição e da recepção

Feita a proposta à pessoa ausente, regra geral deve ser a resposta de aceitação expedida dentro do prazo.

Como vemos, nosso Código Civil, como o anterior, adotou, como regra geral, a teoria da expedição, bastando que o aceitante expeça a resposta de aceitação da proposta para que, nesse momento, se aperfeiçoe o contrato. Essa expedição deve ser documentada para que se tenha prova fácil de que ela ocorreu em determinada época, geralmente sendo feita por carta com aviso de recebimento, ficando o aceitante, já com a expedição, documentado. Também o telegrama, com comprovante da data de expedição, é prova bastante nesse sentido.

A teoria da recepção é adotada, excepcionalmente, pelo Código. Assim é que a aceitação, embora expedida, considera-se inexistente, se, antes do recebimento desta pelo proponente ou concomitantemente com ele, chegar a este a retratação por parte do aceitante (arts. 433 e 434, I, do Código; arts. 1.085 e 1.086, I, do Código anterior). Vejamos:

Aceitante _____	Proponente
A _____	P
Expede aceitação da proposta	
_____	Cancelamento _____ Interceptação
(desistência ou retratação da aceitação)	

Também o Código adotou a teoria da recepção, nas hipóteses dos incisos II e III de seu art. 434 (mesmos incisos do art. 1.086 do anterior). Na primeira, percebemos o compromisso do proponente ao aguardo da resposta da aceitação, sem estipulação de prazo. Nesse caso, a aceitação, para a realização do negócio, deve chegar às mãos do proponente, e é por este recebida, em tempo razoável. Se houver decorrido tempo suficiente para o recebimento da resposta pelo proponente, não chegando aquela, restará este sem responsabilidade.

Na mencionada segunda hipótese, ficará sem efeito a aceitação, se ela não for recebida pelo proponente no prazo avençado.

5 Teorias subjetivas da informação e da declaração

Somente farei exposição sobre essas duas mencionadas teorias para que sejam percebidos os inconvenientes de sua adoção.

Pela teoria da informação, o negócio estaria realizado no momento em que o proponente tomasse conhecimento da aceitação; já pela teoria da declaração, o contrato teria seu momento de perfeição a partir da declaração da aceitação.

É difícil saber, em um e em outro caso, quando teria o proponente sido informado da aceitação e quando teria o aceitante declarado aceitar a proposta.

Para a constatação desses momentos, teríamos de basear-nos em estados psicológicos. Daí chamarem-se subjetivas essas teorias, em contraposição às objetivas, da expedição e da recepção, adotadas por nosso atual e anterior Código Civil.

6 Esquema

Policitação (proposta, oferta) e aceitação – arts. 427 e 428, do Código Civil, e arts. 1.080 e 1.081 do Código anterior. Revogação da proposta – perdas e danos (se causados).

Momento da formação do contrato

Entre presentes

Pessoalmente ou por meio de comunicação (art. 428, I, do CC e art. 1.081, I, do anterior)
Aceitação imediata (ou no prazo)

Por correspondência (cartas, telegramas ou mensagens etc., art. 428, II e III, do CC e art. 1.081, II e III, do anterior)
Aceitação em tempo razoável (ou no prazo)

Entre ausentes

Teorias subjetivas

Da informação – proponente conhece aceitação
Da declaração – aceitante declara aceitar

Teorias objetivas

Da expedição – aceitante expede sua aceitação (art. 434, *caput*, do CC e 1.086, *caput*, do anterior)

Da recepção – proponente recebe a aceitação expedida (art. 434, I, II e III do CC, e art. 1.085, I, II e III, do anterior)

6

FORMA E PROVA DOS CONTRATOS

1 Forma

Já vimos que a maioria dos negócios jurídicos independe de forma estabelecida em lei para valer, como menciona o art. 107 do Código Civil (art. 129 do anterior).

Não havendo exigência legal de forma, pode o contrato ser verbal ou escrito, por documento particular ou público. Dizemos, então, que o negócio é não solene, por não necessitar de formalidade especial.

A forma do contrato é o meio ou o conjunto de meios de que se valem os contratantes para exteriorizarem seus interesses, suas manifestações de vontade, na relação jurídica contratual.

Assim, podemos manifestar nossa vontade, quando falamos, escrevemos, gesticulamos, ou silenciemos. Suponha que gesticulemos em um leilão, e que, por esse gesto, adquiramos determinado bem, ou que o leiloeiro bata o martelo para indicar o momento da aquisição desse objeto; aí, formas de manifestação de vontade. Imagine, mais, que em uma assembleia de uma associação seu presidente peça aos presentes que levantem o braço ou permaneçam como estiverem os associados, para que, na primeira hipótese, aprovem, e, na segunda, reprovem determinada proposta que se encontre em votação; se a maioria manifestar-se pelo gesto de erguer o braço, estará concordando com o teor da proposta; se a minoria manifestar-se pela outra forma, pelo silêncio, estará a ela negando validade.

Por outro lado, o contrato será solene, se a lei exigir, para sua validade, forma especial, caso em que terá de revesti-la sob pena de nulidade.

A formalidade exigida em lei constitui-se, desse modo, em requisito indispensável na execução do negócio formal. Assim, se quisermos vender ou doar imóvel de valor superior ao constante do art. 108 do Código Civil (inc. II do art. 134 do Código Civil anterior), deveremos fazê-lo por escritura pública, a qual deverá ser devidamente registrada na matrícula (antes da atual legislação notarial, era transcrita), no competente registro imobiliário da circunscrição do imóvel, para que se atenda à determinação do art. 1.227 do Código Civil, que voltava a referir os termos transcrição e inscrição (art. 530, I, do Código anterior), e do art. 167, I, ns. 29 e 33, da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos). Na última revisão do texto do Código Civil de 2002 foram corrigidas essas falhas terminológicas, também pelo meu alerta e de outros professores.

2 Prova

A prova do contrato é o meio ou o conjunto de meios de que dispõem os contratantes para comprovarem, tornarem evidente, a existência da relação jurídica contratual.

O Código Civil elencou os meios de prova dos arts. 212 a 232 (arts. 135 a 144 do anterior), principalmente, tais como a confissão, os documentos públicos ou particulares, as testemunhas, a presunção, a perícia, as certidões extraídas de peças judiciais e outras oficiais, e os escritos em língua estrangeira, além de outros considerados pela legislação especial.

O Código Civil de 2002 refere uma série de documentos, com seu tratamento jurídico, como é o caso do telegrama (arts. 222 e 223); das reproduções fotográficas, cinematográficas, registros fonográficos, ou,

ainda, quaisquer reproduções mecânicas ou eletrônicas (art. 225); os livros e fichas dos empresários e sociedades (art. 226).

3 Esquema

Forma	Não solene	Regra geral (art. 107 do CC e art. 129 do anterior: quando não há exigência legal de forma) Verbal ou escrito: por documento particular ou público
	Solene (formal)	Exceção (art. 104, III, do CC e art. 82, última parte, do anterior: quando a lei exigir forma especial)
Prova	a) Confissão (art. 212, I, do CC; art. 136, I, do anterior) b) Documento (art. 212, II, do CC e arts. 135 e 136, III, do anterior) c) Testemunha (art. 212, III, do CC e arts. 136, IV, e 141 a 144 do anterior) d) Presunção (art. 212, IV, do CC e art. 136, V, do anterior) e) Perícia (art. 212, V, do CC e art. 136, VI, do anterior) f) Traslados e Certidões (arts. 217 e 218 do CC e arts. 137 a 139 do anterior) g) Escritos em língua estrangeira (art. 224 do CC e art. 140 do anterior); (arts. 151, I, e 157 do CPC, e art. 148 da Lei dos Registros Públicos)	

7

INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS

1 Interpretação da lei e do contrato

Os princípios gerais de interpretação das leis são aplicados, perfeitamente, à interpretação dos negócios jurídicos. As leis são a manifestação da vontade do Estado, emanadas do poder competente, ao passo que os negócios jurídicos refletem a manifestação de vontade das pessoas físicas e jurídicas. A primeira reflete a normatização dos interesses públicos, da coletividade; a segunda abrange a esfera dos interesses particulares.

Para interpretarmos a lei, devemos buscar o entendimento do legislador; para interpretarmos o negócio jurídico, o contrato, é necessário descobrir a intenção das partes.

Assim, o quadro demonstra:

Interpretação	Da Lei (vontade do Estado): buscar o entendimento do legislador
	Do Contrato (vontade do particular): buscar a intenção das partes.

Celso³⁹ lembra que: saber as leis, isto não é reter suas palavras, mas sua força e seu poder (scire leges, hoc non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem). O princípio, no ensinamento referido, acolhe-se no art. 112 do Código Civil (art. 85 do Código anterior), no tocante aos negócios jurídicos, retratando esse dispositivo legal que: “nas declarações de vontade atender-

se-á mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

Vemos, aqui, o verdadeiro trabalho do artista, pois incumbe ao intérprete buscar na materialidade das palavras o verdadeiro espírito que as fez nascer.

Por sua vez, o art. 114 do Código Civil (art. 1.090 do Código Civil antigo) acolhe o princípio de hermenêutica, segundo o qual devem ser interpretados, estritamente, os contratos benéficos, pois que, contendo estes uma liberalidade, não pode esta aumentar-se por obra de interpretação, o que viria a conferir maiores vantagens do que as pretendidas pelo beneficiador. O mesmo acontece com a necessária interpretação estrita da renúncia, que ressalta do primeiro dispositivo legal citado. Também, o mesmo princípio instala-se no art. 819 do Código Civil (art. 1.483 do Código anterior), que reconhece a impossibilidade de a fiança, que deve, sempre, provar-se por escrito, ser interpretada extensivamente; tudo porque é a fiança uma garantia pessoal que presta o fiador ao afiançado, em contrato de que participa este, como devedor. Assim, a fiança é um verdadeiro favor, que não pode ser ampliado por interpretação, que venha a aumentar os ônus de seu conteúdo.

Refiramos, nesse passo, também, ao Código Comercial, que estabelece princípios de hermenêutica, que recomendam, na interpretação dos contratos e nas convenções mercantis, a aplicação dos usos e costumes comerciais (art. 130). Esse mesmo Diploma Legal refere a interpretação das cláusulas contratuais, que devem inspirar-se no princípio da boa-fé, atendendo-se ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, dando importância a eles mais do que à significação material das palavras (art. 131, § 1º). Ainda o § 2º desse mesmo dispositivo legal manda que “as

cláusulas duvidosas sejam entendidas pelas que o não forem e que as partes tiverem admitido”, determinando, mais, que sejam as cláusulas antecedentes e subsequentes, que existirem em harmonia, explicitadoras das ambíguas. O § 3º atesta que “o fato dos contratantes, posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiveram no ato da celebração do mesmo contrato”, sendo que o § 4º aconselha a aplicação do uso e prática comerciais e o costume do lugar, onde deve executar-se o contrato, prevalecendo sempre sobre qualquer interpretação literal. Afinal, o mesmo artigo, em seu § 5º, autoriza ao intérprete, diante da dúvida e da impossibilidade de aplicação das normas declinadas, a interpretação favorável ao devedor.

É certo que o Código Civil de 2002 revogou a Primeira Parte do Código Comercial; todavia, os princípios atrás aludidos permanecem vivos, como verdade a ser seguida.

Lembre-se, mais, de que o art. 113 do Código Civil é uma síntese bem apanhada dos citados arts. 130 e 131 do Código Comercial, assentando que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Nesse caso, cuida-se da boa-fé objetiva, que já estava antecipada em nossa legislação privada, pelo aludido Código mercantil.

8

ESTIPULAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO E PROMESSA DE FATO DE TERCEIRO

1 Conceito

A estipulação em favor de terceiro é o contrato pelo qual uma pessoa obriga-se perante outra a conferir um direito em favor de quem não participa dessa relação contratual.

Exemplo dos mais elucidativos da estipulação em favor de terceiro é o contrato de seguro de vida. Por essa convenção, o segurado contrata com a seguradora, mediante o pagamento de determinada importância mensal (prêmio de seguro) que esta pague, por ocasião da morte daquele, a um terceiro, que é o beneficiário, indicado pelo próprio segurado, uma soma em dinheiro.

Percebemos, facilmente, nesse tipo de contratação, a presença de três figurantes: dois, que contratam realmente; e o terceiro, que, não sendo contratante, auferirá vantagens desse negócio.

Os que contratam são o estipulante e o promitente ou devedor. O primeiro determina a quem caberá o benefício da contratação; o segundo promete transmitir, na época marcada, essa vantagem ao beneficiário. O terceiro, ou beneficiário, é o destinatário dessa vantagem.

Também existe a estipulação ora cogitada, quando um pai (estipulante), por exemplo, determina a uma empresa (promitente ou devedora), de que é acionista, que prometa pagar a seu filho (beneficiário ou terceiro) os

dividendos correspondentes a suas ações, na época em que forem devidos. Basta que essa empresa concorde, por seus legítimos dirigentes, com tal estipulação, para que esteja aperfeiçoado o contrato em favor do terceiro, porque dessa avença não toma parte.

A estipulação em favor de terceiro não era admitida no Direito Romano, justamente porque, por suas regras, o contrato só podia obrigar os contratantes; daí dizerem os romanos que “ninguém pode estipular em favor de outro” (*alteri stipulari nemo potest*).

2 Natureza jurídica

Inúmeras teorias existem para explicar a natureza jurídica da estipulação em favor de terceiro.

Ela é, sem dúvida, um contrato de natureza especial, pois seu principal objetivo é beneficiar quem não é contratante. Isso é o que destoa nessa contratação: a vantagem comercial não se destina a uma das partes, ou a ambas.

Esse contrato é unilateral, pois, uma vez realizada a avença, só o promitente tem obrigação junto ao terceiro; entretanto, a qualquer tempo, pode o estipulante, conforme o avençado e obedecidos os princípios que regem a matéria, revogar ou modificar, por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, a estipulação, antes, contudo, de ser devido o benefício.

Assim, o estipulante tem direito, em certos casos, de revogar unilateralmente o contrato, fazendo, por determinação expressa ao promitente, cessar seus efeitos também por meio de testamento, se quiser o estipulante que eles cessem depois de sua morte.

Ao contrário, querendo sua modificação, quando for possível, pode o estipulante, determinando ao promitente, da mesma forma, reduzir ou

aumentar o valor do beneficiário terceiro, e, até mesmo, substituir esse beneficiário por outro, pois é certo que o terceiro, não fazendo parte da pactuação, não necessita anuir. Ele é, em princípio, meramente passivo, para receber ou não a vantagem, segundo a vontade do estipulante, a não ser que resulte o contrário ao contratado. O terceiro, portanto, não tem direito, antes de devido o benefício, mas mera expectativa de direito.

3 Efeitos

O art. 436 do Código Civil (art. 1.098 do Código anterior), primeiramente cuidando da estipulação em favor de terceiro, deixa claro que não só o estipulante pode exigir do promitente o cumprimento da obrigação, mas também o terceiro, desde que este adira aos moldes contratuais e não seja substituído pelo estipulante, conforme permite o art. 438 do Código Civil (art. 1.100 do antigo), e não seja o promitente ou devedor exonerado pelo estipulante, como possibilita o art. 437 do Código Civil (art. 1.099 do anterior).

A ideia que se tem é a de que o estipulante pode, em princípio, revogar ou modificar a estipulação, desde que não ofenda o direito do terceiro, caso exista.

Analisando o art. 437 já citado (art. 1.099 do Código anterior), vemos que o estipulante pode exonerar o devedor do cumprimento de sua promessa, revogando assim o contrato, tão só, se ao terceiro não conceder, inicialmente, o direito de executar essa convenção. Nesse caso, o beneficiário já é titular desse direito de execução contratual e, portanto, já não pode o estipulante revogar o negócio. Entendo que essa revogação, como a modificação contratual e a substituição do terceiro, referida no artigo seguinte, pode ser manifestada, não só por negócios inter vivos,

como também causa mortis, aplicando-se, nesses casos, o parágrafo único deste último dispositivo legal.

A modificação contratual, pelo estipulante, tanto no valor do benefício (objetiva), quanto na pessoa do beneficiário (subjativa), que importa a substituição desse terceiro por outro, é decorrência lógica do princípio de que quem pode o mais pode o menos. Quem pode revogar o negócio que praticou pode modificá-lo, como bem entender, desde que respeitados os direitos já, porventura, adquiridos.

Quanto à possibilidade de inovar o contrato, constante do mencionado art. 438 (art. 1.100 do Código anterior), deve ela restar expressa na contratação, e se exercerá sem que seja necessária a concordância do promitente e do terceiro. Deve, como é óbvio, ser a modificação comunicada, imediatamente, ao devedor, sob pena de, estando de boa-fé, realizar-se validamente seu pagamento.

Após mostrar a falta de harmonia, no Código anterior (valendo a crítica também para o Código Civil), entre esses artigos que tratam da estipulação estudada, demonstra Silvio Rodrigues⁴⁰ que faltou ao legislador brasileiro diferenciar entre estipulação a título gratuito e a título oneroso, elucidando que, no tocante ao parágrafo único do art. 1.098 do Código anterior (parágrafo único do art. 436 do Código Civil), colocam-se ao terceiro, ao lado das vantagens que lhe são concedidas, obrigações. Caso o beneficiário assumas estas, em razão dos benefícios oferecidos, concretiza-se o negócio, sem que exista qualquer possibilidade de revogação ou de modificação pelo estipulante, sem que, com isso, concorde o terceiro. Faz ver, ainda, esse professor que, ante o art. 1.099 do Código anterior (art. 437 do Código Civil), se a estipulação for a título gratuito, o estipulante "só não a pode

revogar se expressamente abriu mão desse direito, ao conferir ao terceiro a prerrogativa de exigir o cumprimento da promessa”; se for a título oneroso, “não se compreende a exoneração do obrigado ou substituição, do terceiro” (ou, ainda, outra modificação contratual, entendo), “pois isso envolveria um prejuízo para este último, sem qualquer causa que o justificasse”.

Quanto ao art. 1.100 do Código anterior (art. 438 do Código Civil), prossegue o mesmo professor em sua exegese, só deve ser aplicado às estipulações gratuitas, dado que o terceiro, com sua substituição, não sofre prejuízos, pois sua situação é de quem aguarda um benefício.

4 Promessa de fato de terceiro

A) Generalidades

O Código Civil de 1916 cuidava no art. 929, retratando como norma genérica do pagamento, da promessa de fato de terceiro.

Esse art. 929 era, no anteprojeto e no projeto de Código Civil, respectivamente, os arts. 433 e 438 (art. 438 no projeto 634-B, em 1984). Nesse projeto inseriu-se um parágrafo único, adiante analisado.

No Código Civil, a matéria figura em seu art. 439, com o aludido parágrafo único, tendo sido acrescentado o art. 440, sem correspondente no Código de 1916.

b) Conceito

A promessa de fato de terceiro é a obrigação que assume uma pessoa (promitente), perante outra (promissária), a conseguir de uma terceira (terceiro) a realização de um ato ou de um negócio (fato, acontecimento).

Se o terceiro não realizar o fato prometido, quem prometeu por ele deve

pagar perdas e danos ao prejudicado.

Realmente, mostra o caput do art. 439 do Código Civil (art. 929 do revogado Código) essa possibilidade de alguém obrigar-se por fato de terceiro, respondendo por perdas e danos se esse terceiro não executar esse fato.

Assevera Clóvis Beviláqua⁴¹ que

é lícito comprometer-se alguém a obter ato ou fato de outrem. Essa promessa, em sua essência, é uma obrigação de fazer, que, não sendo executada, resolve-se em perdas e danos. E, sob o ponto de vista da relação especial, que prepara, é uma fiança. Aquele que promete fato de terceiro é um fiador, que assegura a prestação prometida.

Como exemplo, podemos citar o fato de um agente teatral, que se obriga, sem ter autorização de determinado ator, à apresentação deste em certo teatro. Se o ator não se apresentar, consoante o que foi contratado, o agente responderá junto ao teatro pelos danos que lhe foram causados. No caso, o agente não falou em nome do ator, como seu mandatário, como seu procurador, mas obrigou-se, em seu nome, à apresentação do mesmo (fato de terceiro), em verdadeira obrigação de fazer (obter junto a esse ator a sua apresentação no citado teatro).

c) Excludentes de responsabilidade

O parágrafo único desse dispositivo legal exclui a responsabilidade do que prometeu, se o terceiro for seu cônjuge, desde que o ato a ser praticado dependa de seu consentimento ou a indenização, dado o regime matrimonial, venha a recair sobre seus bens.

O art. 440 do Código Civil declara a inexistência de qualquer responsabilidade (melhor do que obrigação, no texto) do que prometer fato de terceiro, se este, após assumir a obrigação prometida, deixar de cumprir-

la.

Esse dispositivo legal é óbvio, pois, no momento em que o terceiro assume a obrigação prometida, ele vincula-se inarredavelmente, e quem por ele se obrigou, assemelha-se à figura de mero intermediário. O vínculo jurídico do terceiro o torna parte. Daí ser responsável, caso não cumpra a obrigação assumida.

9

VÍCIOS REDIBITÓRIOS

1 Direito romano

Entre as obrigações do vendedor (venditor), no Direito Romano, existia a de garantir ao comprador (emptor), quanto aos vícios ocultos da coisa, que fosse objeto de compra e venda, e que, por ocasião desse negócio, não fossem por este percebidos.

Ante a constatação desses vícios, chamados redibitórios, passaram os edis (aediles curules), que eram magistrados encarregados de fiscalizar os mercados, a conceder ações que solucionassem esse problema; de um lado, a ação redibitória (actio redhibitoria), pela qual se resolvia o contrato, voltando os contratantes a sua posição primitiva; de outro, a ação do valor menor ou estimatória (actio quanti minoris ou aestimatoria), pela qual o comprador se dispunha a continuar com a coisa comprada, pleiteando, contudo, abatimento em seu preço.

Lembremo-nos, para melhor entendimento de referidas ações, de que redibir provém do verbo latino redhibeo, es, ui, itum, ere, que significa retomar, reaver; daí ação de recuperar o preço pago, restituindo-se ao dono o objeto defeituoso. E de que estimar descende de aestimo, as, avi, atum, are, que quer dizer avaliar, apreciar, derivado de aes, aeris (bronze, cobre, latão, dinheiro); daí ação para calcular o valor do desfalque sofrido pelo comprador, que, querendo ficar com a coisa desvalorizada, em razão de defeito oculto, tem direito a abatimento do preço de sua aquisição.

Segundo Ulpiano⁴² essas ações foram por esses edis admitidas, primeiramente, nos negócios de venda e compra de escravos realizados nas feiras, sob sua jurisdição.

No direito justinianeu, entretanto, essas ações edilícias aplicaram-se não só a casos de vícios redibitórios de bens móveis, como também de imóveis.

A partir da realização negocial, tinha o comprador o prazo de um ano, para promover a ação estimatória, e o de seis meses, para propositura da ação redibitória.

2 Conceito

Os elementos conceituais do vício redibitório encontram-se essencializados nos arts. 441 e 442 do Código Civil (arts. 1.101 e 1.105 do Código Civil anterior).

O primeiro dos dispositivos legais mencionados reflete a ideia de que os vícios redibitórios só existem nos contratos comutativos, ou seja, naqueles em que as partes podem prever suas vantagens e suas perdas, pois, nos contratos aleatórios, o risco da aquisição do objeto, no estado em que se encontra, faz parte integrante do ajuste.

Esse mesmo dispositivo legal ressalta o sentido de que os vícios ou defeitos apresentados pela coisa, objeto do negócio, devem ser ocultos, tornando-a imprópria ao uso a que se destina ou diminuindo-lhe o valor. Na primeira hipótese, quando a coisa perde sua capacidade de utilização, torna-se imprestável; na segunda, ela vê-se reduzida em seu valor econômico.

Existe, por exemplo, vício redibitório, quando alguém compra um automóvel do ano de 1971, mas que, na realidade, é de 1970, adaptado,

se, ao momento da realização do negócio, essa camuflagem não for percebida. Da mesma forma, se alguém comprar uma casa, à beira de um rio, na época das secas, desconhecendo que, na época das águas, ocorrem frequentes inundações que tornam impossível a utilização conveniente e segura desse imóvel.

Por sua vez, o parágrafo único do antigo art. 1.101 admitia a aplicação dessa regra às doações com encargo, a demonstrar, com isso, que essas são onerosas, tal como admitiu, corrigindo esse texto, o parágrafo único do art. 441 do Código Civil, pois, feita a liberalidade ao donatário, exige-se deste uma contraprestação. Sentimos que o benefício auferido torna-se diminuído, com o vício apresentado pelo bem, objeto da doação, e não se justifica a permanência de ônus imposto ao donatário. Assim, cabe a este liberar-se desse ônus, e restituir ao doador a coisa doada, ou, se quiser, pode continuar com a propriedade desta, mas cumprindo, nesse caso, o ônus.

O preceito do artigo analisado completa-se com o do 442 do Código Civil (art. 1.105 do Código anterior), que deixa patente, em nosso sistema, o pensamento romano da rejeição da coisa, com a redibição do contrato, ou do pedido de abatimento em seu preço, caso deseje ficar com ela o adquirente.

Entretanto, o art. 1.106 do Código Civil de 1916 vedava a possibilidade de exercício de ação redibitória, bem como a de pedir abatimento no preço, se o objeto defeituoso tivesse sido vendido em hasta pública.

É certo que, nesse caso, esse artigo referia-se à execução do devedor (chamada de venda forçada), não a leilão de objetos. Desse modo, se o comprador adquirisse a coisa em leilão, pagando o preço correspondente,

poderia reclamar pelos vícios ocultos do objeto adquirido. Mesmo assim, esse preceito legal destoava da lógica do instituto em exame; por isso, foi abolido do atual Código Civil.

Daí podermos dizer que vício redibitório é o defeito oculto em determinado objeto, em um contrato comutativo, que passa despercebido pelas partes, ou só pelo adquirente, no momento da concretização negocial, e que, por tornar a coisa imprestável ao uso a que se destina ou desvalorizada, possibilita ao mesmo adquirente redibir o negócio ou pedir abatimento no preço.

3 Responsabilidade do alienante

A matéria sobre a responsabilidade do alienante do bem defeituoso coloca-se em termos de quem conheça, ou não, esse vício do objeto.

Isso porque, devendo esse defeito ser oculto, dele não pode saber o adquirente, sob pena de estar adquirindo a coisa nesse sentido imperfeito.

Por outro lado, não existindo cláusula expressa no negócio, não poderá o alienante esquivar-se de sua responsabilidade, sob alegação de que desconhecia o vício da coisa alienada, mencionava o art. 1.102 do Código Civil anterior. Aqui, verdadeira contratação aleatória, que destoava do instituto jurídico dos vícios redibitórios, existentes em contratos comutativos. Por essa razão, o atual Código Civil não reeditou esse dispositivo legal.

Assim, sabendo do vício o adquirente, ou não o constatando, por negligência, quando perceptível, ou, ainda, existindo cláusula contratual, excluindo a responsabilidade pelo defeito, por nada responderá o alienante, se estiver de boa-fé.

Contudo, como esclarece a 1ª parte do art. 443 do Código Civil (1ª parte

do art. 1.103 do Código anterior), se o alienante conhecer o vício que pesa sobre o objeto, e o alienar, assim mesmo, deverá repor a situação jurídica ao estado primitivo (redibição), pagando, ainda, as perdas e danos, inevitáveis ante seu dolo.

Entendo que, embora exista a cláusula contratual que exclui sua responsabilidade, provada a má-fé do alienante, anterior ao fechamento do negócio, ele estará obrigado ao ressarcimento dos prejuízos, que se causarem, sob pena de restar o Direito inerte e sem punição aos que agem sob esse estado de espírito. Por essa razão, o citado art. 1.102 do Código anterior aludia à impossibilidade de o alienante alegar a ignorância do vício, pressupondo, com isso, que ele o desconhecia. O desconhecimento é que não podia, nem pode, atualmente, ser alegado como liberação de sua responsabilidade, embora, como já mencionado, não tenha sido tal artigo reeditado no atual Código. Esse desconhecimento pelo alienante faz parte essencial do vício redibitório, é de sua natureza, não necessitando de ser mencionado, diretamente, na lei. Já o art. 447 do Código Civil declara que, “nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção”.

Desse modo, se o vício for desconhecido pelo alienante, estará ele obrigado a repor as partes no estado inicial, anterior à contratação, sem qualquer pagamento de perdas e danos, ante a ausência de culpabilidade.

Acrescenta o art. 444 do Código Civil (art. 1.104 do anterior) que, ainda que venha a perecer, em poder do alienatário (adquirente), o objeto viciado, persiste a responsabilidade do alienante, se esse perecimento ocorrer em razão do defeito oculto desse mesmo bem, já existente ao tempo de sua entrega.

4 Decadência

Os §§ 2º e 5º do inciso IV do art. 178 do Código Civil anterior cuidavam de estabelecer dois prazos de decadência do direito de redibição ou de obtenção de abatimento no preço, em casos de vícios redibitórios, quais sejam, respectivamente: de quinze dias, quanto aos bens móveis, e de seis meses, quando se tratasse de imóveis.

Por seu turno, o art. 445 do Código Civil aumentou esses prazos de decadência para trinta dias, se a coisa for móvel, para um ano se imóvel, contados da entrega efetiva. Se o adquirente já estava na posse do bem, os prazos contam-se da alienação, reduzidos à metade.

Por esse dispositivo legal, ditos prazos devem contar-se a partir da entrega ou da alienação da coisa, portadora do defeito oculto, conforme o caso.

Pode acontecer que, pela natureza do vício, só possa ele ser conhecido no futuro; por essa razão, acrescenta o § 1º do analisado art. 445 que, nesse caso, o prazo será contado a partir do instante em que se tiver conhecimento desse defeito, não indefinidamente, mas “até o prazo máximo de cento e oitenta dias”, com relação aos bens móveis, e “de um ano”, em se tratando de imóveis.

Se a venda for de animais, aduz o § 2º do mesmo artigo, os prazos relativos aos vícios redibitórios devem ser, antes, os que se fixam em lei especial, depois, não existindo esta, os admitidos pelos “usos locais”; finalmente, não existindo regras que cuidem da matéria, nem de ordem consuetudinária, devem aplicar-se as contidas no parágrafo anterior.

Havendo cláusula de garantia, não se aplicam, em seu período de vigência, os prazos mencionados, completa o art. 446 do Código; contudo, o adquirente deve denunciar a existência do vício ao alienante, tão logo seja

conhecido esse defeito, e no prazo de “trinta dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência”.

Assim, pelo aludido artigo, se alguém comprar uma mobília, com garantia de um ano, e constatar qualquer defeito oculto, por exemplo, a existência de cupins nesses móveis, deverá, a contar do descobrimento desse fato, mesmo que em curso o prazo de garantia (no terceiro mês, ainda, suponhamos), denunciá-lo ao alienante, em trinta dias, sob pena de decair desse direito.

10

EVICÇÃO

1 Conceito

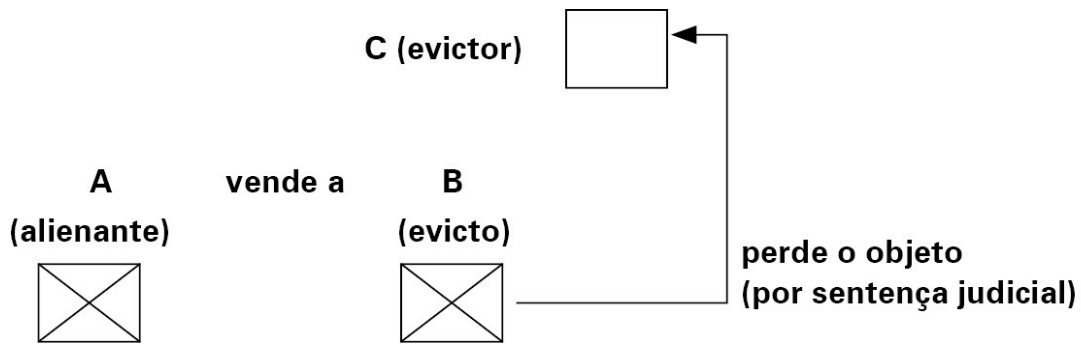
A palavra evicção, do latim evictio, onis, significa recuperação judicial de um objeto; tudo faz crer que seu conceito tenha surgido, entre os romanos, no âmbito da compra e venda (emptio venditio).

Assim, como hoje, o vendedor (venditor) assumia, junto ao comprador (emptor), a obrigação de resguardá-lo dos riscos da evicção, ou seja, de vir a perder o objeto comprado, por atuação de um terceiro, seu legítimo proprietário.

Conceituando a evicção, pode dizer-se que ela é o fato em virtude do qual alguém perde, total ou parcialmente, a posse ou a propriedade de uma coisa, em virtude de sentença judicial, que a atribui a outrem, um terceiro, porque o alienante não era titular legítimo do direito sobre referido objeto.

Suponhamos, neste passo, que alguém transfira a outrem a posse ou o domínio de uma coisa, sobre a qual não tenha legítima titularidade de direito, como no caso de A vender a B algo que não lhe pertença, ou transferir a posse de um objeto, sem tê-la; nessa situação, C, que tem essa titularidade, por ser o dono da coisa vendida, ou o possuidor do objeto transferido, exercerá seu direito sobre mencionado bem, cuja posse ou propriedade será perdida por B, porque o recebera de A com verdadeiro vício ou defeito, mas não da coisa e sim do título de direito sobre ela.

Vejam no esquema seguinte:



Notamos que ocorre, no caso, um defeito de titulação de direito sobre o objeto transmitido. Desse modo, ou o transmitente não é proprietário, ou não é possuidor legítimo da coisa alienada ao comprador, que, por isso, vem a perdê-la.

Como podemos observar, três são os figurantes no palco da evicção: (a) o evictor (do latim evictor, is, vencedor), que é o terceiro, titular de direito sobre o objeto alienado, e que obtém o reconhecimento desse direito por decisão judicial; (b) o evicto (do particípio passado do verbo latino evincere, que é evictus, a, um, vencido), e que sofre a evicção, a perda da posse ou do domínio sobre o bem por ele adquirido; (c) o alienante, que, tendo transmitido esse objeto sem ser titular de direito sobre ele, é responsável, perante o comprador, e deve recolocar o patrimônio deste no estado primitivo, antes da realização negocial.

Vemos, logo, e nessa oportunidade, que, na evicção, duas sortes de relação jurídica despontam: uma entre o alienante e o adquirente; outra entre este, também chamado de evicto, e o evictor.

2 Requisitos

Para que ocorra a evicção, devem concorrer cinco requisitos: (a) vício no direito do alienante; (b) em contrato oneroso; (c) perda da posse ou do domínio do objeto alienado; (d) sendo esse vício ou defeito anterior ao

contrato; e (e) perda da posse ou do domínio decretada judicialmente.

O art. 447 do Código Civil assenta, em sua 1ª parte, que o alienante responde pela evicção, nos contratos onerosos. O mesmo artigo em sua 2ª parte assegura a existência da garantia pela evicção, ainda que ante aquisição realizada por hasta pública. Nesse ponto, inovou o Código de 2002, relativamente ao direito do Código de 1916.

“Diante de tal regra, a pergunta cabível não respondida pelo Código”, pondera Regis Fichtner, apud Caio Mário da Silva Pereira⁴³,

consiste em se saber quem responde pela evicção na alienação em hasta pública, tendo em vista que nessa hipótese a venda não se dá espontaneamente pelo proprietário da coisa, mas sim pelo Estado, a fim de que terceiro seja favorecido. Imagine-se a hipótese de um bem ser alienado em hasta pública após ter sido penhorado para a garantia de uma execução contra o proprietário. Em ocorrendo a evicção, o adquirente do bem deve exigir a indenização pela sua perda do antigo proprietário, ou do credor que obteve o proveito com a venda que veio a ser prejudicada em razão de um direito anterior? Na primeira hipótese, as chances de o adquirente vir a obter a sua indenização são diminutas, tendo em vista o provável estado de insolvência do proprietário que teve bem de sua propriedade levado a hasta pública. Na segunda hipótese, se estará transferindo a responsabilidade pela evicção a quem nunca foi proprietário da coisa evencida.

Também o art. 1.107, caput, do Código Civil de 1916 declarava o aludido primeiro pressuposto para que exista a evicção, mostrando que ela só ocorre em contratos onerosos. O contrato oneroso, por excelência, é o de compra e venda que figurou no exemplo mencionado.

Aliás, nem seria possível imaginar que alguém que adquirisse, por exemplo, gratuitamente, a título de doação, um objeto pudesse depois reclamar perante o alienante, não proprietário, por sua perda.

Em segundo lugar, é necessário que ocorra a perda da posse ou do domínio do objeto transferido, por parte do adquirente; depois, que essa perda se verifique em razão de vício ou defeito no direito de quem o alienou (alienante), perda essa que será decretada por sentença judicial definitiva,

passada em julgado, pois ninguém poderá fazer justiça pelas próprias mãos. Não poderia o legítimo titular (evictor) restabelecer sua posição jurídica senão pela via judiciária, meio competente para que os homens possam pedir a proteção do Estado na defesa de seus direitos.

É bom salientar, como foi visto, que na evicção o que existe é o vício na titularidade do direito do alienante sobre determinado objeto, e não neste, pois que, se neste for o defeito, e se oculto, cuidar-se-á de vício redibitório e não de evicção.

3 Espécies

A evicção pode ser total ou parcial, segundo abranja, ou não, toda a extensão da coisa alienada.

Imaginemos, na evicção total, que alguém venda um automóvel, sem ser o dono. O legítimo proprietário do veículo intentará ação para reavê-lo junto ao adquirente (evicto), que vem a perdê-lo por sentença judicial, em dita demanda. Aqui, vemos a evicção total, a perda total do objeto alienado por parte do evicto. Contudo, se foi promovida a venda desse veículo e o evictor só reclama, nesse processo movido contra o adquirente (evicto), a restituição do aparelho de ar-condicionado de sua propriedade, que se encontra instalado nesse automóvel, temos, nesse caso, a evicção parcial. Realmente, visto que perde o evicto, tão só, o domínio do referido aparelho, a evicção é parcial, pois não abrangeu toda a extensão do objeto alienado (veículo).

De cogitar-se, nesse passo, do art. 455 do Código Civil, antigo art. 1.114, com pequeno acréscimo a final, que torna mais claro o texto anterior, mas sem alteração de sentido.

Nesse artigo, cuida-se da evicção parcial considerável, situação em que o

evicto poderá optar entre a rescisão do contrato e a restituição de parte do preço relativo à perda sofrida. Não sendo considerável a perda, caberá somente direito à indenização.

Difícil, no caso, saber-se o que venha a ser perda considerável. Entendo que a perda parcial é considerável quando o adquirente vier a perder mais do que 50% da coisa adquirida. Todavia, ao juiz caberá decidir, cuidadosamente, sobre a perda sofrida e sobre sua extensão, levando-se em conta a utilidade do objeto perdido. Em última análise, deverá ser ressarcido o adquirente pelo “desfalque” sofrido.

Sim, porque, se a perda chegar a 70% da coisa, ela será considerada total.

4 Responsabilidade pela evicção

A matéria relativa à responsabilidade pela evicção encontra-se, fundamentalmente, programada nos arts. 447, 448 e 449 do Código Civil (arts. 1.107 e 1.108 do Código Civil anterior).

Os arts. 447 e 448 do Código Civil desdobram, com pequenas modificações redacionais, o texto do art. 1.107 do Código anterior, tendo, tão só, o legislador incluído uma 2ª parte do mencionado art. 447, que admite a subsistência da garantia pela evicção, mesmo que a aquisição tenha ocorrido em hasta pública.

O art. 448 do Código Civil reformulou totalmente o preceito do parágrafo único do revogado art. 1.107, quando exige cláusula expressa, se as partes quiserem reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção.

Arnoldo Wald⁴⁴ salienta quatro hipóteses de responsabilidade pela evicção, lamentando a obscuridade redacional do último dispositivo legal

referido, do Código de 1916. O art. 449 do Código Civil apresenta-se com a mesma redação obscura.

Nessas quatro posições, ou o adquirente sabe que a coisa é litigiosa, excluindo, ou não, a responsabilidade do alienante; ou o adquirente não sabe que a coisa é litigiosa, excluindo, ou não, a responsabilidade do alienante.

Na primeira hipótese, se o adquirente sabe do vício, que macula o direito do alienante, relativamente ao objeto que lhe é transmitido, e exclui, expressamente, a responsabilidade de quem alienou essa mesma coisa, é claro que o adquirente está adquirindo bem litigioso. Nesse caso, o contrato apresenta-se com natureza aleatória, pois, ocorrendo a evicção, nada poderá o adquirente reclamar do alienante.

Na segunda hipótese, o adquirente conhece o defeito do direito do alienante; entretanto, não assume o risco da evicção. Por não desconhecer o vício, tal situação exclui a hipótese de dolo do alienante, e, ocorrendo a evicção, não serão devidas, por este, perdas e danos. Contudo, deve o alienante restituir o que deste recebeu, recolocando, assim, a situação jurídica no estado primitivo.

Na terceira hipótese, o adquirente, embora exclua a responsabilidade pela evicção, não sabe da litigiosidade da coisa, que lhe foi transferida. Com isso, caracteriza-se o dolo do alienante, por ocultar esse alienante do adquirente o vício de seu direito. Verdadeiro dolo omissivo do alienante, em face do que, como houve exclusão expressa da responsabilidade pelas perdas e danos, o art. 449 do Código Civil (art. 1.108 do Código anterior), tão somente, autoriza a reposição da situação jurídica no estado anterior, e deve ser pelo alienante, tão só, restituído ao adquirente o que deste

recebeu.

Claro que parece, entretanto, que, neste último posicionamento, melhor seria que essa reposição, pura e simples, ocorresse somente em caso de desconhecer também o alienante a litigiosidade do objeto, pois, caso contrário, como apontado atrás, ocultando esta, estaria o Código autorizando a exclusão de sua responsabilidade em face do dolo por omissão, o que repugna à lógica do sistema jurídico. Não se pode, em sã consciência, admitir que alguém possa, com fundamento legal, tirar proveito de sua própria torpeza.

Na quarta hipótese, o adquirente desconhece o vício do direito do alienante, não excluindo a responsabilidade deste pela evicção, e o adquirente tem direito à restituição do que pagou, mais as perdas e danos, ante a má-fé do alienante, se ocultou mencionado vício, sendo que entendemos não devido esse ressarcimento por prejuízos, se não tiver havido ocultação do mesmo vício, dolo do alienante.

5 Direitos do evicto

Por seu turno, o art. 450 do Código Civil apresenta-se com o mesmo caput e incisos do art. 1.109 do Código anterior; admitindo que, salvo estipulação em contrário, o evicto tem direito, além da restituição integral do preço ou das importâncias que pagou, à indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir (I), à indenização pelas despesas dos contratos e perdas pelos prejuízos que resultarem diretamente da evicção (II); e terá direito, ainda, às custas judiciais (III), como também aos honorários de seu advogado (acréscimo ao inciso III), o que, a meu ver, é dispensável podendo, mesmo, todo o inciso ser eliminado, pois cuida de matéria processual, e com redundância. Mas àquele artigo do Código Civil

acrescentou-se, ainda, um parágrafo único (antigo art. 1.115, com redação quase nova), pelo qual, seja qual for a espécie de evicção, total ou parcial, o preço deverá ser o do valor da coisa, “na época em que se evenceu, e proporcional ao desfalque sofrido, no caso de evicção parcial”.

Por outro lado, mesmo que a coisa evicta esteja deteriorada, permanece o princípio de que a indenização pelo alienante seja integral; a não ser que essa deterioração tenha sido causada intencionalmente pelo adquirente, por dolo deste assegura o art. 451 (antigo art. 1.110). Não se enquadra nesse dispositivo, portanto, culpa do adquirente ou ilicitude de terceiro.

O art. 452 (antigo art. 1.111), entretanto, ressalva que o adquirente, tendo tido vantagens em razão dessa deterioração, e não tendo sido condenado a indenizá-las, deverá deduzir valor dessas vantagens, para evitar-se locupletamento indevido.

No tocante às benfeitorias necessárias ou úteis realizadas pelo adquirente, não reembolsadas (melhor que abonadas, como na lei) a este, por ocasião da sentença, terá o alienante de pagá-las (art. 453). Se houve reembolso dessas benfeitorias, na sentença, tendo sido realizadas pelo alienante, deverá o valor delas ser deduzido na ação contra este (art. 454).

O adquirente de boa-fé terá, assim, direito a ser reembolsado pelas benfeitorias úteis e necessárias, inclusive por eventuais acessões (semeadura, plantação ou construção), podendo levantar as benfeitorias voluptuárias sem dano à coisa em que realizadas.

6 Denúnciação da lide ao alienante

Para que possa o adquirente exercer o direito, que lhe resulta da evicção, menciona o art. 456 do Código Civil (art. 1.116 do Código Civil anterior), deverá notificar do litígio o alienante, imediato, ou qualquer dos

anteriores, ação essa que lhe foi proposta pelo legítimo titular de direito sobre o objeto, que lhe foi alienado, na forma estabelecida pela lei processual.

O art. 456 vem com parágrafo único, que faculta ao adquirente “deixar de oferecer contestação, ou usar recursos”, caso não atenda o alienante à denúncia da lide, e desde que seja “manifesta a procedência da evicção”.

Quer, aí, o mesmo Código informar que tanto a evicção como o exercício do direito pelo adquirente, ante esta, devem realizar-se judicialmente.

Esclarece, a propósito, Washington de Barros Monteiro⁴⁵ que a evicção

é, realmente, perda da coisa em virtude de julgamento. Proposta ação tendente a evencer a coisa transmitida ao adquirente, a evicção está iminente; cabe assim a este denunciar a lide ao alienante para que intervenha no processo e defenda a integridade da coisa que alienou, como de sua obrigação.

O art. 125 do CPC declara que a denúncia da lide é admissível, promovida por qualquer das partes.

Melhor do que a redação do CPC de 1973, em seu art. 70, que declarava a denúncia obrigatória.

Segundo lição de J. J. Calmon de Passos⁴⁶ com a denúncia, objetiva-se

permitir ao autor ou ao réu denunciante obter, no mesmo processo e pela mesma sentença que o privar do bem de sua posse ou propriedade, ou que lhe impuser a obrigação de ressarcir perdas e danos, o reconhecimento do seu direito de, regressivamente, ser reembolsado, pelo terceiro denunciado, daquilo de que foi desfalcado seu patrimônio, por força da decisão desfavorável proferida na demanda originária, em que ocorreu a sentença.

E prossegue:

Por força da denúncia da lide, o processo albergará duas demandas: uma, a originariamente proposta e que deu margem à denúncia; outra, a lide entre o denunciante e o denunciado, na qual aquele pretende ver tornado certo o seu direito regressivo, obtendo condenação do denunciado a respeito.

Esta segunda demanda, conexa à primeira e a ela vinculada procedimentalmente, tem sua autonomia e o comportamento das partes, no que lhe diz respeito, deve ter o adequado tratamento, à luz dos princípios que disciplinam o procedimento das ações condenatórias em geral, bem como a cumulação subjetiva e a conexidade de pedidos.

Daí por que,

na verdade, a sentença única decide duas lides conexas: a do denunciante e seu adversário primitivo e a do denunciante com o denunciado, tendo por objeto a fixação da responsabilidade pela indenização dos danos havidos em decorrência da sucumbência na demanda.

11

CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

1 Generalidades

Estudaremos agora a classificação dos contratos, mas com o intuito de mostrar suas classes mais importantes, para que, a respeito deles, mostre-se uma visão de conjunto.

Assim, o bom entendimento dessa classificação geral oferece subsídios notáveis à compreensão dos caracteres de cada figura contratual, que será objeto de nossa futura análise.

Daí não me preocupar muito com grande sistematização da matéria, mas com seu tratamento essencial, sugerindo inicialmente algumas rápidas noções de seu desenvolvimento, no Direito Romano.

2 Direito romano

Ao lado das obrigações de natureza contratual, mais arcaicas, do *ius civile* (*nexum*, empréstimo de dinheiro ou espécie de penhor, em que a garantia de cumprimento obrigacional era o próprio corpo do devedor, e *sponsio*, que criava entre as partes um vínculo de natureza religiosa), surgiu o sistema de contratos dos *ius gentium*, desapegado de formalismos e com base nas relações, que foram estabelecidas entre os cidadãos romanos e os estrangeiros.

Por esse sistema, os contratos classificavam-se em *re*, *verbis*, *litteris* e *consensu*, e é certo que o primeiro aperfeiçoava-se, pela entrega, pela

tradição (traditio) da coisa (res); o segundo, verbalmente (pelo pronunciamento de palavras); o terceiro, por escrito; e o último, pelo consentimento dos interessados.

Essa classificação, que é do Direito Romano clássico (de fins da República, século II a.C., até fins do Principado, século III d.C.) atribui-se a Gaio⁴⁷ (século II d.C., falecido após 178 d.C.).

Por sua vez, os contratos verbis e litteris, ambos solenes, com causa civilis (com formalidades), coadunavam-se com a noção de contrato do primitivo Direito Quiritário. Assim, essas obrigações, contraídas por palavras solenes e por escritos (obligationes verbis et litteris contractae), acolhiam-se no ius civile, sendo utilizadas pelos cidadãos romanos (cives).

Com o passar do tempo, tornaram-se insuficientes esses modelos contratuais, surgindo, então, em suprimento desse sistema, os contratos inominados, que alargaram as possibilidades de contratação, por meio das fórmulas de Paulo⁴⁸ do ut des (dou para que dê), do ut facias (dou para que faça), facio ut des (faço para que dê), facio ut facias (faço para que faça). Esses contratos eram protegidos por ação de caráter geral (actio praescriptis verbis), ao passo que os nominados, por ações especiais.

3 Contrato preliminar e definitivo

Contrato preliminar, também conhecido por pré-contrato, promessa de contratar, contrato preparatório ou compromisso, é a convenção de que se valem as partes, em uma fase inicial de entabulamento de negócio, para obrigarem, ou uma delas, à outorga futura de um contrato definitivo.

No âmago dessa classe contratual, tal situação é preparatória à realização de nova avença.

Suponha que um grupo de pessoas resolva constituir, futuramente, uma

sociedade para exploração de um ramo de comércio e realize, para tanto, um protocolo de intenções, onde estipule várias atividades preliminares, como projeto de viabilidade econômica, outro de viabilidade jurídica, pesquisas de mercado etc. Nesse estágio, destinam os futuros sócios numerários para essas despesas iniciais.

Estamos em face de um contrato preliminar, porque as partes obrigam-se a realizar dita sociedade, caso esses projetos e providências iniciais justifiquem sua intenção.

Lembra Antonio Chaves⁴⁹ que, geralmente, os interessados discutem a respeito de um negócio, não convindo sua realização definitiva, no momento, às vezes, ante a espera “de época mais apropriada, da remoção de algum obstáculo, de preços mais convenientes, da alteração ou da promulgação de algum dispositivo legal previsto para breve”, acentuando que, comumente, querendo tais interessados firmar essa prévia posição, para não se perder toda essa inicial tratativa, resolvem “contratar um contrato”. Nesse contrato, consignam, então, as bases do negócio definitivo ou a simples obrigação de sua contratação futura; por exemplo, “depois de vencido determinado prazo, superada uma eventual dificuldade, obtida no Governo certa concessão”.

Aduz a seguir esse autor que o

objeto do contrato preliminar é a celebração de um futuro contrato que será solutório, uma vez que dá cumprimento às obrigações assumidas no contrato anterior, e ao mesmo tempo, constitutivo, pelas novas relações que dele resultarão em caráter definitivo.

Em certos casos, o contrato preliminar, preenchendo certos requisitos legais, essenciais do contrato definitivo visado, chega a confundir-se com ele, conferindo direito real sobre o objeto da contratação, a possibilitar a

concretização negocial futura, por via judicial (adjudicação compulsória), como acontece com o compromisso de compra e venda de imóvel, para pagamento em prestações, com todas as suas condições negociais plenamente estabelecidas, ou com a promessa de cessão de direitos desse compromisso, com os mesmos requisitos cumpridos, quando devidamente registrados. Se não houver esses registros, os aludidos contratos podem ser cumpridos, desde que não existam direitos reais de terceiros sobre o imóvel.

Por outro lado, o contrato definitivo, como já pudemos sentir, é o que se delinea, em seus principais contornos, no preliminar, contendo este, às vezes, as próprias cláusulas daquele, mas de modo incompleto. Sim, porque, se as partes tivessem desde o início todas as condições contratuais para realizar o negócio, não fariam avença preliminar, mas definitiva.

Quanto ao contrato preliminar, o Código Civil de 2002 cuidou de suas bases nos arts. 462 a 466, estabelecendo, logo, que, exceto relativamente a sua forma, deve ele apresentar-se com os mesmos requisitos essenciais do contrato definitivo, a ser celebrado (art. 462).

O art. 463 do Código Civil concede a qualquer dos contratantes o direito de exigir a realização do contrato definitivo, marcando prazo para tanto, desde que não exista, no preliminar, cláusula de arrependimento, e que esteja este registrado no registro competente.

Ao findar esse prazo, sem que tenha sido executado o contrato preliminar, ou pedirá o interessado o suprimento judicial da manifestação de vontade do inadimplente, podendo o juiz concedê-lo, validando, definitivamente, esse contrato preliminar, se a tanto não se opuser “a natureza da obrigação” (art. 464), ou, então, considerá-lo desfeito, pedindo

perdas e danos (art. 465).

Por outro lado, menciona o art. 466, se a promessa de contrato for unilateral, o credor deverá, sob pena de ela perder seus efeitos, manifestar-se no prazo nela estabelecido, ou, não existindo esse prazo, no que lhe for, razoavelmente, marcado pelo devedor.

4 Contratos típicos, atípicos e mistos

Se compulsarmos nosso Código Civil, no Título VI, relativo às várias espécies de contratos (Título V, no Código anterior), veremos ali tratados: o de compra e venda, o de troca, o de doação, o de locação, o de empréstimo, o de depósito, o de mandato, entre outras figuras contratuais. Todos eles são contratos típicos, pois se encontram regulamentados na lei.

Quando o contrato não possui essa regulamentação, chama-se atípico, como o de estabulação (guarda, cuidados especiais, nutrição e higiene de um animal), o de pensão para animais (incumbência, por algum tempo, de manter, de criar, ou de custodiar um animal), o de alimentos (encargo de prover o sustento de uma pessoa, a título oneroso ou gratuito), o de publicidade (obrigação de publicar ou de tornar público, pelos veículos de comunicação, um objeto ou uma pessoa), entre outros.

Os romanos conheceram os contratos nominados e os inominados, ou seja, os que possuíam e os que não possuíam um nome específico. Então, os contratos nominados tinham tratamento legislativo próprio; atualmente, entretanto, tal nem sempre acontece, e essas expressões são obsoletas.

Já tive⁵⁰ oportunidade de mostrar que, a explicar-se presentemente essa terminologia, deverá ser ela entendida com a devida ressalva da doutrina, pois, muitas vezes, o contrato tem nome e não é nominado. Para que essa figura exista, necessário torna-se que se encontre ela, devidamente,

regulamentada em lei, não bastando apresentar-se com um nome.

Daí ser preferível a referência a contratos típicos ou atípicos, sendo certo que os primeiros ajustam-se, os segundos não, em qualquer dos tipos, dos moldes, dos modelos contratuais estabelecidos em lei.

Por isso mesmo que tipicidade significa presença, e atipicidade ausência de tratamento legislativo específico.

Veja, mais, que, após o surgimento de nosso Código Civil de 1916, com suas figuras contratuais típicas, outras leis esparsas, extravagantes, regularam a estrutura de contratos, que, de atípicos, passaram à categoria dos típicos; assim, por exemplo, o contrato de incorporação, que foi tipificado pela Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Ainda, continua atípico, sem regulamentação legal, por exemplo, o negócio fiduciário, além de outros, embora perfeitamente lícitos.

Ressalto, nesta feita, que o Código Civil tornou típicos, regulamentando-os, os seguintes contratos: estimatório (arts. 534 a 537); comissão (arts. 693 a 709); agência e distribuição (arts. 710 a 721); corretagem (arts. 722 a 729); transporte (arts. 730 a 756).

De ponderar, desse modo, que os contratos atípicos, em número cada vez maior, com o progresso, nascem das necessidades de acomodação dos mais variados interesses, enquadrando-se na área perigosa da liberdade contratual, pois o que não está modelado, estruturalmente, na lei, surge espontaneamente da discussão negocial dos interessados que, em sua liberdade, no mais das vezes, ferem um o direito do outro. Daí ter ressaltado em minha citada monografia sobre o assunto que a lei, pelo menos, já que não pode regular todos os contratos, que vão surgindo, necessita fixar moldes para os atípicos, mesmo que genéricos, no âmbito da

teoria geral dos contratos, para que a liberdade contratual privada não vá além de seus limites. Daí a teoria geral dos contratos atípicos, que esbocei na Parte II deste livro.

No tocante aos contratos atípicos possibilitou o atual Código Civil, por seu art. 425, sua realização, desde que observadas as normas gerais nele fixadas, tendo, por seu turno, regulamentado, a par dos contratos típicos, programados no Código Civil de 1916, outros que tipiciza, tais como: o contrato estimatório, nos arts. 534 a 537; o contrato de comissão, nos arts. 693 a 709; o contrato de agência e distribuição, nos arts. 710 a 721; o contrato de corretagem, nos arts. 722 a 729; o contrato de transporte, nos arts. 730 a 756; o contrato de transação, nos arts. 840 a 850; o de compromisso, nos arts. 851 a 853. Esclarecemos que o instituto do compromisso, constante do Código Civil anterior (arts. 1.037 a 1.048) e do juízo arbitral, tratado no Código de Processo Civil (arts. 1.071 a 1.102), foram substituídos pelo novo regime jurídico de arbitragem, no plano interno e internacional, com o advento da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (o art. 44 dessa lei revogou os então existentes, referidos)⁵¹

Dos contratos típicos do Código Civil anterior, deixou o Código Civil de cuidar do contrato de edição e de representação dramática, que se encontram regulados, atualmente, por legislação autônoma, sobre direitos do autor, em especial pela Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998; do contrato de parceria rural, regulado, também, por legislação especial, pela Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra), em seu Título III, Capítulo IV, e pela Lei n. 4.947, de 6 de abril de 1966, em seu Capítulo III, leis estas que foram regulamentadas pelo Decreto n. 59.566, de 14 de novembro de 1966.

No tocante à gestão de negócios, o Código Civil inseriu-a entre os atos

unilaterais (arts. 861 a 875), e, no que concerne ao contrato de sociedade, cuidou dele no Livro II, relativo ao Direito de Empresa, Título II (arts. 981 a 1.141), com maior amplitude, no Direito privado.

Em princípio, desse modo, enquanto esse tratamento legislativo não surge, têm valor jurídico os contratos atípicos, quando não contravierem a lei, os bons costumes, a ordem pública e os princípios gerais de direito.

Cabe, dessa maneira, ao Poder Judiciário, mais essa grande tarefa: controlar os excessos contratuais que desfiguram os interesses normais dos contratantes e fazem das convenções verdadeiros instrumentos de escravização do homem.

Ao lado dos contratos típicos e atípicos, figuro os mistos, que são aqueles que, segundo classificação já por mim⁵² proposta, reúnem, em seu corpo, dois ou mais contratos típicos, dois ou mais contratos atípicos, ou, ainda, simultaneamente, as duas categorias mencionadas.

Assim, podemos distinguir, classificando os contratos quanto a sua tipicidade, de um lado, os contratos típicos que são formas singulares típicas, regulamentadas legalmente; de outro lado, os contratos atípicos, que são expressões singulares, atípicas, sem tratamento legal, mas admissíveis juridicamente; e, finalmente, os contratos mistos que são, somente, os que mesclarem formas típicas ou atípicas, mutuamente, ou umas e outras.

Os contratos atípicos mistos formam uma unidade indivisível, um todo uno e complexo.

5 Contratos unilaterais e bilaterais

Quando conceituei o contrato, disse que ele é um negócio jurídico

bilateral, pois nasce de um acordo de vontades.

Negócios jurídicos há, entretanto, unilaterais, que, também, surgem de uma manifestação bilateral de vontades.

Se o contrato se forma com vontades, em posição de cada lado da relação jurídica negocial, poderia parecer incongruente a referência a contrato unilateral.

Certo é, porém, que a classificação, ora estudada, encara o contrato sob o aspecto das obrigações dos contratantes, nele assumidas, sob o ângulo dos efeitos que dele fluem.

Daí posso dizer que, nos contratos unilaterais, somente uma das partes tem obrigação, como acontece no mútuo, em que, realizado o empréstimo, por exemplo, de uma soma em dinheiro, nasce tão somente a obrigação do mutuário, que recebeu a soma emprestada, de devolvê-la ao mutuante, prestador desta.

Contudo, alguns contratos, tipicamente unilaterais, como a doação, apresentam, em alguns casos, embora sua natureza unilateral, bilateralidade de obrigações.

Nessa hipótese, malgrado alguns autores chamarem esses contratos de unilaterais imperfeitos, entendo que eles mudam de classe, passando a bilaterais, como a doação com encargos em que, ante o cumprimento da doação pelo doador, exige este, com a conseqüente concordância do donatário, a realização de uma obrigação por parte deste último.

Suponhamos, assim, que alguém doe a outrem um terreno, para que, nele, o donatário, médico recém-formado, construa um pronto-socorro, existindo o consentimento deste no cumprimento dessa obrigação; ora, a doação, com essa duplicidade de obrigações, perde sua característica

genérica de ser um contrato unilateral para pertencer à classe dos bilaterais. De um lado, existe a doação; de outro, a obrigação de cumprir o encargo imposto.

Já nos contratos bilaterais, ambas as partes atribuem-se obrigações, como na compra e venda, em que o vendedor obriga-se a entregar o objeto vendido ao comprador e este, ao pagamento do preço avençado.

De ver-se, mais, que só nesses contratos bilaterais caberá a exceção de inadimplemento (*exceptio non adimpleti contractus* – exceção de contrato não cumprido), contida nos arts. 476 e 477 do Código Civil (art. 1.092 do Código Civil anterior), em que se estipula que o contratante que não cumprir sua obrigação não poderá exigir o cumprimento da do outro.

Eliminou-se do revogado art. 1.092, citado, seu parágrafo único, por ser inútil, repetindo preceito de ordem genérica quanto ao inadimplemento contratual, que sempre acarreta rescisão da avença, com cobertura dos prejuízos causados. Todavia, esse preceituado renasce no art. 475, como causa de resolução, quando, na verdade, é de rescisão, ante o descumprimento contratual ilícito.

Pode acontecer, ainda, que exista o cumprimento da obrigação, mas de modo insatisfatório, o que possibilita a utilização do mesmo princípio (*exceptio non rite adimpleti contractus*).

O art. 477 do Código Civil refere a hipótese de sobrevir a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, depois de concluído o contrato, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou. Nesse caso, pode a outra parte recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que a outra satisfaça sua prestação ou ofereça garantia suficiente para cumpri-la.

O contrato bilateral ou sinalagmático caracteriza-se pela existência de obrigações recíprocas entre os contratantes. Nessa relação obrigacional, tais contratantes devem-se mutuamente; cada qual é credor e devedor do outro, ao mesmo tempo.

Desse modo, dada a correlação das prestações, cada contratante pode exigir do outro o cumprimento obrigacional (*ius et obligatio sunt correlata*).

Nessa contratação bilateral, o contratante que não cumpre sua obrigação não pode exigir o cumprimento da do outro. Este poderá defender-se ante esse inadimplemento contratual arguindo a exceção do contrato não cumprido, conhecida como *exceptio non adimpleti contractus*, já mencionada.

Acentua Marcel Planiol⁵³ como todos os juristas que cuidam da matéria relativa aos contratos bilaterais ou sinalagmáticos, que somente nestes pode ser invocada a aludida *exceptio*, supondo ela que “uma das partes vem reclamar da outra a execução de sua obrigação, sem oferecer ela mesma aquilo que ela deve”. Esses contratos, completa, devem, desse modo, ser executados, de acordo com a expressão popular francesa, *donnant, donnant*.

Em monografia clássica, Miguel Maria de Serpa Lopes⁵⁴ enumera os requisitos à aplicação da *exceptio* em estudo: (a) “a propositura de uma ação de um contraente contra outro visando à realização coativa da prestação por este devida e não cumprida”; (b) o “estado de inadimplência ou de *inexata*” adimplência em que se encontre o demandante; e (c) a situação do demandado-excipiente não ter ainda cumprido a sua prestação, “estando o seu inadimplemento dependente do exceto”.

Por outro lado, existe a chamada *exceptio non rite adimpleti contractus*,

em que

não mais se cogita de uma execução tardia, senão de uma prestação que se executa mal, com deficiências, seja porque a coisa que lhe forma o objeto se encontra contaminada de um vício prejudicial à sua utilização econômica ou seja pela razão de não se encontrar em conformidade com os termos previstos no contrato,

ensina o mesmo jurista, escudado em tantas outras lições.

“Em síntese”, conclui Serpa Lopes,

a exceptio non rite adimpleti contractus não passa de uma outra face do instituto da exceptio non adimpleti contractus, do qual substancialmente não difere, considerando-se o alargamento que a Doutrina e a Jurisprudência têm introduzido

nesta última mencionada exceção.

Daí por que ambas as exceções são admitidas em nosso Direito positivo.

Lecionam, ainda, Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp e Martín Wolff⁵⁵ que a exceptio non rite adimpleti contractus (exceção de contrato não cumprido convenientemente), que é igual à exceptio non adimpleti contractus, já cogitada, pode ser usada pelo devedor contra o credor que “só tenha cumprido em parte, ou só de modo defeituoso”, objetivando que a prestação seja “completada ou melhorada de modo conveniente”, ou seja, nos moldes contratados.

Destaque-se, nesse ponto, julgado da 2ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, em 2 de junho de 1982, por votação unânime, em que foi Relator o então Juiz Rangel Dinamarco⁵⁶ com fundamento em outros decisórios, segundo o qual

é pacífica a jurisprudência no sentido de que os vícios de qualidade ou de quantidade estão alheios à disciplina legal dos redibitórios. Quem entrega menos, ou quem entrega aliud pro alio, não está executando integralmente, ou não está mesmo executando o contratado. Não cumprido, assim, o contrato pelo vendedor, não tem o comprador a obrigação de cumprir sua parte.

Nesse caso, suponhamos que uma empreiteira tenha descumprido sua obrigação de bem construir, mostrando-se seu serviço com defeitos ou irregularidades; ainda que entregue a obra, responderá perante o proprietário desta, que poderá suspender, por exemplo, o pagamento do saldo devedor, relativo à remuneração do serviço. Nesse caso, não foi cumprida convenientemente a obrigação.

As exceções do contrato não cumprido ou mal cumprido acarretam a possibilidade de o executado, pelo credor inadimplente, contra ele defender-se com a suspensão de seu cumprimento obrigacional.

6 Contratos gratuitos e onerosos

Nos contratos gratuitos, a liberalidade é a tônica; neles, somente uma das partes contratantes obtém vantagem, como acontece na doação pura e simples, pois o doador desfaz-se de um bem de seu patrimônio, em favor do donatário, que nada retribui; também no empréstimo (mútuo ou comodato), embora o prestador não desfalque seu patrimônio, priva-se de usar o que é seu para beneficiar quem recebe a coisa emprestada, dinheiro ou um automóvel, por exemplo. Como se observa, ante o benefício criado por um dos contratantes, em favor do outro, nenhum ato compensatório do beneficiado existe.

Nos contratos onerosos, entretanto, essa compensação de vantagens existe. Assim, o benefício auferido por uma das partes contratantes leva a que a outra parte obtenha também uma vantagem. O contrato de locação, por exemplo, é essencialmente oneroso, pois o locador de um imóvel, seu proprietário, cede o uso dele ao locatário, inquilino, que, com isso, recebe um benefício, mas, em contrapartida, paga o aluguel contratado, que é a vantagem do locador.

Sob outro prisma, podemos dizer que, nos contratos gratuitos, somente existe ônus, desvantagem, para um dos contratantes, e que, nos onerosos, à obrigação de um existe a obrigação do outro, a serem cumpridas. Em razão de uma, há sempre um correspectivo.

Comparando a classe dos contratos, ora estudada, com a dos unilaterais e bilaterais, percebemos, logo, alguma identidade entre elas, pois os bilaterais são, sempre, onerosos, dada a existência de obrigações para ambos os contratantes, o que implica para eles cumprimentos obrigacionais recíprocos. Quanto aos unilaterais, geralmente são gratuitos, podendo a regra sofrer exceção. Tal é o caso do mútuo, com juros, em que a vantagem obtida pelo mutuário, que recebe soma em dinheiro do prestador, é compensada com o ônus de pagar a este referidos juros. Assim, só o mutuário tem obrigação de restituir ao mutuante (prestador) o dinheiro emprestado e os respectivos juros; daí continuar o contrato na classe dos unilaterais, mas, pagando os aludidos juros, terá, também, essa desvantagem, que se compensa com a do mutuante, que fica por algum tempo sem seu capital.

De aludir-se, nesse ponto, a regra contida no art. 392 do Código Civil (art. 1.057 do Código Civil anterior), que deixa transparecer essa estreita ligação entre as apontadas classes.

Em sua primeira parte, o art. 1.057 do Código Civil, de 1916, enfocava que, nos contratos unilaterais, mas querendo o legislador referir-se aos gratuitos, o contratante, beneficiado pelo contrato, respondia por simples culpa, só respondendo por dolo o que dele não auferira vantagem. O art. 392 do atual Código Civil corrigiu esse texto, substituindo a expressão contratos unilaterais por contratos benéficos.

Desse modo, quando da análise, por mim⁵⁷ já realizada, desse mesmo artigo, pude enfatizar que, no comodato, por exemplo, que é um contrato pelo qual se efetua o empréstimo gratuito de coisa infungível (insubstituível por outra da mesma espécie, quantidade e qualidade), como um touro de raça, o beneficiário é o comodatário, que recebe o bem cedido em sua utilização pelo comodante. O comodatário responde por simples culpa, se descumprir suas obrigações contratuais, por ser o beneficiado, pois seria injusto que o que presta o benefício, sofrendo, com isso, uma desvantagem, respondesse por ela. Entretanto, por dolo responderá o comodante, que, prestando esse benefício, não pode prejudicar, intencionalmente, o beneficiado.

A segunda parte do mencionado art. 1.057 do Código anterior rezava, por outro lado, que, nos contratos bilaterais, referindo-se aos onerosos, como acontece na compra e venda e na locação, em que os contratantes se encontram em igualdade de condições, responderá cada um deles por culpa. A igualdade de situação das partes contratantes decorre da equivalência das prestações. Na compra e venda, o vendedor entrega o objeto vendido e recebe o preço, que mede seu valor. Na locação de uma coisa, seu proprietário cede o uso dela ao locatário, inquilino, recebendo deste o valor equivalente a tal utilização, o aluguel. Por seu turno, o art. 392, citado, do Código Civil, também corrigiu o texto anterior, substituindo a locução contratos bilaterais por contratos onerosos.

7 Contratos comutativos e aleatórios (de risco)

Os contratos bilaterais e onerosos podem ser comutativos ou aleatórios (de risco).

Nos comutativos, existe equivalência de prestações, ou seja, as partes

contratantes, logo ao nascer do contrato, sabem o que vão ganhar e o que vão perder, têm a previsibilidade de seus interesses contratuais; nos aleatórios (o próprio nome está dizendo), a álea está presente, a sorte está lançada no contrato.

Como vemos, nos contratos aleatórios ou de risco, as partes não podem prever, quando realizam o contrato, a extensão de seus benefícios ou de suas perdas. O contrato de seguro de vida é típico dessa categoria, ante a imprevisibilidade da morte do segurado.

Às vezes, o valor da prestação jurídica resta indeterminado momentaneamente, como condição do negócio; tal nos contratos já conhecidos no Direito Romano: *emptio spei* (venda de esperança) e *emptio rei speratae* (venda de coisa esperada). Na primeira categoria, enquadra-se, por exemplo, a venda de uma safra de café, o resultado de uma pesca, existentes ou não. Assim, por esse tipo de contrato as partes sujeitam-se a esse risco, o vendedor de receber o preço, sem estar determinada, imediatamente, a coisa vendida e o comprador de, pagando esse preço, correr o risco de nada receber. A safra e o resultado da pesca podem ser altamente compensadores, ou não, como podem inexistir. Nesse caso, o risco pode ser total, matéria que é tratada no art. 458 do Código Civil (art. 1.118 do Código anterior). Esse dispositivo legal refere-se, expressamente, ao contrato aleatório de venda de coisas futuras, em que o adquirente deve assumir o risco de que essas coisas não venham a existir, recebendo o alienante, em qualquer caso, a totalidade do preço avençado, desde que não tenha concorrido com culpa.

Entendendo como sinônimas as expressões contratos aleatórios e de risco, pondera Miguel Reale⁵⁸ que a modificação relativa ao texto do art. 1.118 do Código Civil de 1916 é bastante profunda, pois, justifica esse

professor, não prevê para essa espécie contratual, tão somente, a “entrega de coisas futuras, mas toda e qualquer prestação que, por sua natureza ou convenção, possa importar risco, explicável em função da estrutura do negócio jurídico”.

Com essa extensão de tratamento, todo e qualquer contrato de risco ou aleatório, que venha a existir, estará enquadrado no art. 458, até os que se relacionam com a pesquisa de nosso petróleo, por exemplo, tendo direito a Petrobras ao que lhe for devido, nos termos contratuais, mesmo que a empresa exploradora, nacional ou estrangeira, não venha a encontrá-lo no local da pesquisa.

A venda de coisa esperada, contudo, *emptio rei speratae*, não se sujeita a inexistência do bem vendido e o risco é parcial. É preciso que este, pelo menos, venha a existir, conforme a previsão contratual, para que se aperfeiçoe o contrato, tendo o vendedor, nesse caso, direito ao recebimento da totalidade do preço, a não ser que tenha existido culpa de sua parte. O art. 459 do Código Civil (art. 1.119 do Código anterior) trata da matéria, alertando que o adquirente assume o risco de receber o objeto futuro na quantidade que for. O que vemos aqui é que, pelo menos, deve existir a coisa, no futuro, que foi objeto do contrato. O que podemos admitir, ainda, é que o adquirente, na contratação, fixe o limite de existência do objeto, fazendo constar, por exemplo, no contrato de aquisição de uma colheita, que ela não seja inferior a 30% da que existiu anteriormente. As partes podem, também, livremente, fixar no contrato o valor, a espécie e a qualidade do objeto da contratação (coisa esperada).

Por seu turno, os arts. 460 e 461 do Código Civil (arts. 1.120 e 1.121 do Código anterior) referem-se à venda de coisas existentes, mas expostas a

risco. Assim, por exemplo, se uma das partes vende coisa que não se encontra em seu poder, assumindo o comprador o risco da existência ou não, total ou parcial, do objeto vendido, no dia do contrato; mesmo se inexistir esse objeto, será devido ao alienante todo o valor avençado, desde que não exista culpa por parte deste.

De ressaltar, neste passo, que o aludido art. 458 do Código Civil, além de mencionar que o contrato aleatório pode ter por objeto coisas futuras (como o art. 1.118 do Código anterior), acrescenta a expressão ou fatos futuros, aumentando a abrangência do texto; ele também dá ao alienante não só direito “a todo o preço” (como no aludido artigo do Código de 1916), mas também “de receber integralmente o que lhe foi prometido”.

Os arts. 460 e 461 do Código Civil (arts. 1.120 e 1.121 do Código anterior) referem-se a coisas existentes, mas expostas a risco. Se este for assumido pelo adquirente, o alienante terá direito “a todo o valor” (anteriormente, falava-se em “todo o preço” – art. 1.120 do Código de 1916), mesmo que no dia do contrato a coisa não existisse, sem que os contratantes tivessem disso ciência, pois, caso contrário, existiria dolo, que jamais poderia ser premiado pela Ciência do Direito.

8 Contratos de adesão

No contrato de adesão, há que ressaltar, primeiramente, que as partes contratantes não discutem o conteúdo negocial, uma vez que uma organiza suas cláusulas e condições e a outra, sem qualquer possibilidade de alterá-las, concorda, aderindo a essas regras.

Conceituando tal espécie contratual, Orlando Gomes⁵⁹ entende-a como

o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte,

para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas.

Acontece, assim, que a Administração Pública, as concessionárias de serviços públicos, outras, geralmente grandes empresas, ou, ainda, grupos econômicos, por estarem em posição de oferecimento constante ao público de seus serviços e bens, programam determinado tipo de contrato, que serve para todos os seus clientes, igualando uma forma de relacionamento. Não podemos negar que, embora oferecendo grave perigo, esse meio de contratação é extremamente útil, e, às vezes, até necessário, pois, em certos casos, seria sumamente impossível exigir de grande empresa a contratação individual com cada um de seus incontáveis clientes.

Convenhamos que esse contrato padronizado deve ter seu conteúdo gravado em texto de lei ou, pelo menos, refletir o entendimento coletivo, e racional, do lugar em que surgir, apresentando prudente dose de comutatividade, para que se evite a superioridade escravizante de um contratante sobre o outro.

Após evidenciar que a expressão contrato de adesão tem o “sentido limitado de aceitação inevitável de condições uniformes unilateralmente formuladas” e de apontar a omissão de nosso sistema legislativo quanto à regulamentação desse contrato, menciona Orlando Gomes⁶⁰ como principais dessa categoria, na área do Direito Privado, entre nós, o contrato de transportes, o de seguros, o de fornecimento, o de crédito e financiamentos, o da promessa de venda e o de trabalho.

Com a demonstração dessa unilateralidade de formulação das normas contratuais, poderia parecer que o contrato de adesão ressepte-se da manifestação bilateral de vontade, pois só uma das partes estaria a exteriorizá-la; entretanto, tal argumento não procede, dado que o

contratante, que adere, está também manifestando, expressa ou tacitamente, seu consentimento às cláusulas e às condições preestabelecidas.

O que ocorre, isso sim, é o imenso perigo de que se imponham à coletividade, por grupos fortes, dominantes do mercado, negócios altamente desvantajosos a ela.

Contudo, para evitar que as regras contratuais impostas cristalizem-se em contratos leoninos, é preciso que o Estado intervenha, antes, regulamentando, ainda que genericamente, os contratos de adesão; depois, especificamente, cada um deles que for surgindo, com regulamentação própria; depois, ainda, fiscalizando, com rigor extremo, o desenvolvimento judiciário de cada um deles. Deve, assim, o juiz, como figura tutelar da liberdade contratual, e, mais ainda, ante a quase inexistência desta no contrato de adesão, proteger o aderente contra os abusos que se possam perpetrar no estabelecimento dessas regras impostas.

É certo que o Código Civil incluiu algum tratamento a essa matéria, em seus arts. 423 e 424; todavia, não o fez em maior abrangência do tema.

Esses arts. 423 e 424 objetivaram certa garantia ao aderente, em face do ofertante, determinando o primeiro desses dispositivos que, havendo "cláusulas ambíguas ou contraditórias", a interpretação acolhida deverá ser a "mais favorável ao aderente". No segundo dos citados artigos, declara o legislador nulas as cláusulas que admitirem "a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio". É nítida a orientação de trazer ao Código Civil parte do espírito do Código de Defesa do Consumidor.

É bom que façamos, nesse passo, distinção entre contrato de adesão e

contrato por adesão.

Como aponta Claudineu de Melo⁶¹ quando cuida do contrato de distribuição,

é justamente o fato de não se permitir a conclusão de contratos individuais, entre fabricante e cada um dos membros da rede distribuidora, vedando-se-lhes o ajuste de condições diversas daquelas impostas a todos os parceiros, aliada à liberdade do distribuidor de contratar ou não, que atribui ao ajuste da distribuição o caráter de contrato por adesão, e não o de contrato de adesão. Há uma nítida e evidente diferença entre contrato de adesão e contrato por adesão. No primeiro, uma das partes adere compulsoriamente às disposições nele contidas, independentemente de sua vontade; e, no segundo, a parte adere às suas disposições conforme sua conveniência e interesse. A característica comum a ambos é a aderência, por um contratante, a cláusulas e condições que são impostas pelo outro contratante; e se diferenciam pelo fato de que no contrato por adesão o aderente tem absoluta liberdade de contratar ou não, enquanto no contrato de adesão o aderente é compulsoriamente obrigado a contratar. Diferenciam-se, portanto, no consentir: no contrato por adesão o contratante consente ou não, e no contrato de adesão esta faculdade lhe é suprimida.

Por seu turno, ensina Orlando Gomes⁶²:

o que caracteriza o “contrato de adesão” propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido. Assim, quem precisa viajar, utilizando-se de determinado meio de transporte, há de submeter-se às condições estipuladas pela empresa transportadora, pois não lhe resta outra possibilidade de realizar o intento. A alternativa é contratar ou deixar de viajar, mas se a viagem é necessária, está constrangido, por essa necessidade, a aderir às cláusulas fixadas por aquele que pode conduzi-lo. Esse constrangimento não configura, porém, “coação”, de sorte que o contrato de adesão não pode ser anulado por esse vício do consentimento. As circunstâncias em que se realizam influem na interpretação e aplicação de suas cláusulas, notadamente as impressas. Tal é uma das principais razões por que a doutrina se interessa pelos “contratos de adesão”, embora não tenham características próprias de uma categoria dogmática. A situação de constrangimento que se cria para uma das partes é porque a outra desfruta de um “monopólio de fato” ou de “direito”, no exercício do qual os serviços que se propõe a prestar através de uma rede de contratos, de operações em massa, conservam a natureza de serviços prestados por particulares. Desde, pois, que o interessado não possa prescindir do serviço, nem se dirigir a outrem que o preste ao menos em condições diversas, é forçado a contratar com o monopolista. É pressuposto, pois, do contrato de adesão o monopólio de fato, ou de direito, de uma das partes que elimina a concorrência para realizar o

negócio jurídico. Se a situação não se configura desse modo, poderá haver contrato "por adesão", jamais "contrato de adesão".

No caso do contrato de concessão de veículos a motor, por exemplo, não se cuida de contrato de adesão, mas por adesão. Não existe qualquer ideia de monopólio nele, qualquer imperativo de contratação ou necessidade de contratar, pois a concessionária pode não aceitar a proposta de credenciamento, não tendo interesse ou não tendo condições financeiras de investir no negócio.

9 Contratos consensuais, reais e formais

São consensuais os contratos que se realizam pelo só consentimento das partes interessadas, classe em que se enquadra a quase totalidade das avenças.

Assim, a compra e venda de bens móveis, quando consentida pelos contratantes, vendedor e comprador, perfaz-se, consuma-se, torna-se perfeita, embora o domínio dos bens móveis só se transmita pela tradição, segundo o disposto no art. 1.267 do Código Civil (art. 620 do Código anterior), o que nada tem a ver com esse aperfeiçoamento contratual. Por isso, nem o vendedor, nem o comprador perdem o domínio de seus objetos, antes de entregá-los; contudo, perfeito o contrato, por seu consentimento, sujeitam-se a sua rescisão, com responsabilidade pelo pagamento de perdas e danos, em caso de seu inadimplemento.

Os contratos são reais, quando houver necessidade, para sua existência, da entrega (tradição) do objeto da prestação, que neles se insere. Daí a palavra real, que provém de res, rei, do latim, que significa coisa.

Vejam, dessa maneira, os contratos de empréstimo (mútuo e comodato) e de depósito; sem a entrega do bem emprestado ou que se

destina a ser guardado por alguém, não há contratação. Por mais que consintam os interessados na realização desses negócios, o que é também necessário, sem a tradição, eles não chegam a existir na esfera jurídica, não se completam, não se aperfeiçoam.

São conhecidos como formais, ou solenes, os contratos que se aperfeiçoam, com o cumprimento de certas formalidades especiais, exigidas por lei, como a compra e venda de bens imóveis, ou de direitos a eles relativos, de valor superior ao estipulado em lei, na expressão do art. 108 do atual Código Civil (art. 134, II, do Código anterior). Isso se não dispuser a lei em contrário. Nesse caso, ainda, deve cumprir-se a solenidade de levar dito contrato a registro imobiliário, para que tenha força translativa do domínio do imóvel, seu objeto⁶³.

10 Contratos principais e acessórios

Contratos principais denominam-se os que são independentes, que têm existência autônoma, por si mesmos, como a compra e venda, a locação, o mútuo, o comodato e a quase totalidade das convenções.

São acessórios, ou adjetos, por outro lado, os contratos que dependem de outro (principal), ou o acompanham, assegurando a realização obrigacional deste; tal é o caso da fiança, do penhor e da hipoteca. Instituída, assim, a fiança, em uma locação de imóvel, os fiadores responsabilizam-se pelo pagamento dos aluguéis e seus encargos, caso o locatário, o inquilino, não cumpra essa obrigação, que é sua. Fica, desse modo, mais garantido o locador, em regra proprietário do imóvel, quanto ao recebimento desses valores.

11 Contrato com pessoa a declarar

Previu, ainda, o Código Civil o contrato com pessoa a declarar, regulamentando-o nos arts. 467 a 471.

Assim, os dois primeiros dispositivos possibilitam que um dos contratantes, “no momento da conclusão do contrato”, reserve a si a faculdade de indicar a pessoa que, em seu lugar, vai “adquirir os direitos e assumir as obrigações” decorrentes do contrato; e é certo que, se não houver prazo estipulado no contrato, essa comunicação deverá ser feita ao outro contratante, no prazo de cinco dias, a contar dessa “conclusão”, devendo, ainda, a aceitação pelo indicado obedecer à mesma forma utilizada para o contrato, sob pena de ineficácia.

Cumprida a nomeação, nos termos desses artigos, estabelece o art. 469 a posição do nomeado, de adquirir direitos e de assumir obrigações, a partir da data da celebração do contrato.

O art. 470, em seus dois incisos, patenteia que o contrato somente produzirá seus efeitos entre os contratantes originários, caso não exista indicação de pessoa, ou se a que for nomeada recusar-se a aceitá-la, ou, ainda, se a pessoa nomeada era insolvente, com o desconhecimento de tal fato pela outra, no momento da indicação.

Também os efeitos contratuais existirão só entre os contratantes originários, aduz o art. 471, se “a pessoa a nomear era incapaz ou insolvente”, ao ensejo da nomeação.

12 Esquema da classificação

Pelas chaves, adiante retratadas, podemos melhor gravar o que foi objeto de nosso estudo, no tocante às principais classes dos contratos:

1. **Preliminar (entabulamento inicial, visando ao definitivo)**
Definitivo (concretização da avença preliminar, se houver)
2. **Típico (ou nominado) (possui regulamentação legal)**
Atípico propriamente dito ou puro (figura singular atípica, sem regulamentação legal)
Misto
 - a) com elementos, somente, típicos;
 - b) com elementos, somente, atípicos;
 - c) com ambos.
3. **Unilateral (obrigações para uma das partes)**
Bilateral (obrigações para ambas as partes) (art. 476 do CC; art. 1.092 e parágrafo único, CC anterior)
4. **Gratuito (vantagens para uma das partes) (art. 392 do CC; art. 1.057, CC anterior)**
Oneroso (vantagens para ambas as partes)
5. **Comutativo (equivalência de prestações) (arts. 458 a 461 do CC; arts. 1.118 a 1.121 do CC anterior)**
Aleatório (álea, risco, para ambas as partes)
6. **De adesão (um contratante adere às cláusulas e condições impostas pelo outro, porque tem que realizar o contrato)**
Por adesão (adere, mas pode não aderir, se julgar conveniente)
7. **Consensual (aperfeiçoa-se pelo consentimento)**
Real (aperfeiçoa-se pela entrega do objeto)
Formal (aperfeiçoa-se pelo cumprimento das formalidades legais)
8. **Principal (existe independentemente dos demais contratos)**
Acessório (contrato que não pode existir sem outro, que, geralmente, garante)
9. **Com pessoa a declarar (reserva de direito a declarar pessoa em lugar do contratante)**

12

EXTINÇÃO DO CONTRATO

1 Conceito

Iniciando pelo significado do vocábulo extinção, vemos que ele provém do latino *extinctio, onis* ou *exstinctio, onis* (supressão, destruição, morte, apagamento), do verbo *extinguo* ou *extingho, is, tinxí, tinctum, ere* (extinguir, apagar, destruir, esgotar, matar, exceder), derivado de *ex* (prefixo) acrescido do verbo *stingho, is, stinxí, stinctum, ere*, com o mesmo significado do anterior.

Desse sentido etimológico, temos que a extinção do contrato opera seu desaparecimento do mundo jurídico.

Resta indagar, porém, se o apagamento, tão só, da possibilidade de exigir o objeto da prestação contratual pode considerar-se como extinção do negócio.

Parece-me que, nesse caso, ocorre mera neutralização, pois, embora o contrato exista, as obrigações nele assumidas já não podem ser exigidas. É o caso, por exemplo, da ocorrência de prescrição, em que o credor já não pode exigir do devedor o cumprimento da prestação, embora a obrigação de pagar continue a existir como obrigação natural. Assim, a obrigação contratual, que, antes, era civil, não se extingue, mas se transforma em natural, permanecendo, pois, o contrato; ocorrendo futuramente o cumprimento obrigacional espontâneo, ele é válido e, aí sim, restará extinto o negócio.

2 Espécies

Sem o intuito de polemizar, em que pesem as opiniões contrárias de doutos juristas, declinarei, nesta oportunidade, as espécies de extinção do contrato, na classificação que proponho.

Assim, o contrato extingue-se: (a) por imperfeição a ele anterior, que causa sua nulidade ou anulabilidade; (b) pela execução, com o cumprimento de todas as obrigações contratuais; (c) pela inexecução culposa, quando ocorre rescisão unilateral ou bilateral; (d) pela inexecução não culposa voluntária, no caso de rescisão unilateral e bilateral; ou, finalmente, (e) pela inexecução não culposa involuntária, quando se trata de resolução.

Analisando cada uma das classes propostas, sentimos, na primeira, que o contrato pode nascer já gravado de uma causa de nulidade ou anulatória, até, às vezes, de inexistência, que provoque sua extinção. Basta, então, que um menor de 16 anos firme um contrato, ou que, neste, o objeto seja ilícito, para que se decrete sua nulidade; ou, ainda, que um menor, com 17 anos, assim atue, sem estar, devidamente, assistido por seu representante legal, para que possa ser anulada a avença. A inexistência do contrato ocorrerá quando faltar qualquer de seus elementos essenciais, como, por exemplo, a vontade dos contratantes.

Por outro lado, quando o contrato se extingue pelo cumprimento de todas as obrigações nele assumidas pelas partes, alcança ele suas finalidades, restando cada interessado com o que lhe é devido. Veja, desse modo, que o meio mais comum de extinção obrigacional e, conseqüentemente, do contrato é o pagamento, seja puro e simples, seja forçado ou por execução judicial, seja, ainda, por outras modalidades previstas em nossa legislação,

como a consignação em pagamento, a novação, a sub-rogação, a imputação, a remissão, a dação, a compensação, a transação, o compromisso arbitral (hoje, arbitragem) e a confusão.

Quanto à inexecução da obrigação contratual, entretanto, há que perquirir-se sobre a existência, ou não, de culpa, que acarrete o evento extintivo do negócio, pois, sem ela, a regra é de que voltem as partes contratantes ao estado primitivo, anterior à avença; ao passo que, com ela, é preciso ressarcir as perdas e danos e cumprir as demais consequências desse inadimplemento. Tudo porque o princípio vigente, em nosso sistema legislativo das obrigações, é o de que, não havendo culpado, o dono deve sofrer as perdas e os prejuízos (*res perit domino*, a coisa perece para o dono).

Aliás, lembre-se de que esse princípio, que se grava na sistemática obrigacional de nossos dias, inspirado nos textos romanos, já se fazia presente no Código do monarca da Babilônia, Hamurabi, que reinou de 1728 a 1686 a.C. e que, em seu § 244, estatui: "Se alguém alugou um boi, ou um asno, e, se nos campos, o leão os matou, a perda é para o dono." Aqui, bem se pode perceber que a obrigação é de restituir um boi, ou um asno, por quem os tomou em locação de seu dono; e que o leão, matando o objeto dessa locação, simboliza a ausência de culpa por parte do locatário, que, dificilmente, à época, com as armas de que dispunha, poderia proteger aqueles ditos animais contra esse ataque, ainda com maiores dificuldades se fosse em campo aberto.

Quando a inexecução da obrigação contratual dá-se culposamente, encontramos-nos em face da rescisão, ou seja, da ruptura do negócio, que pode ser unilateral ou bilateral, quer exista descumprimento obrigacional por uma das partes, ou por ambas, respectivamente. É a situação prevista

no art. 475 do Código Civil, adiante analisado.

Se, entretanto, essa inexecução for ausente de culpabilidade, cuida-se de resilição ou de resolução, conforme o caso.

A resilição pode ocorrer por vontade bilateral dos contratantes, tomando o nome de distrato, ou por um só deles, sendo, nesse caso, unilateral. No primeiro caso, por exemplo, podem as partes, por suas vontades, de comum acordo, distratar uma compra e venda; no segundo, suponhamos ser as arras (ou sinal) penitenciais, qualquer dos interessados pode desistir do negócio, exercendo seu direito de arrepender-se, restituindo-as, em dobro, se for quem as recebeu, ou as perdendo, se for quem as deu, caso não exista outra estipulação contratual.

Na resilição não há pagamento de indenização, em face da denúncia, porque esta é autorizada.

Quem resile ou denuncia exerce regularmente esse direito de resilir ou de denunciar.

Cuidando, inicialmente, do distrato, o art. 472 do Código, com melhor redação, reproduz a 1ª parte do art. 1.093 do Código Civil de 1916, eliminando a 2ª parte deste, que atesta a validade da quitação, realize-se pela forma que for. Diga-se, aliás, que foi benéfica tal supressão, pois que deslocada a matéria. Por isso, assim agindo, o legislador do Código inseriu-a no limiar do art. 320, no capítulo do pagamento, onde assenta que a quitação poderá, sempre, existir em instrumento particular.

O art. 473 do mesmo Código admite que a "resilição unilateral" se faça, "nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita", por "denúncia notificada" ao outro contratante. Entretanto, não é só a lei que pode autorizar a resilição (ou denúncia), mas também o contrato. Será este,

então, retratável.

A novidade desse artigo está em seu parágrafo único, que atesta que, conforme a natureza do contrato, tendo um dos contratantes realizado investimento de monta a possibilitar a execução a que se propôs, fica sobrestado o efeito dessa denúncia, até que transcorra um prazo compatível com a "natureza" e o "vulto" desses investimentos.

Essa suspensão de efeito implica atenuação no princípio pacta sunt servanda. É o caso, por exemplo, de uma empresa concessionária de veículos que é autorizada pela produtora a instalar um grande showroom em seu estabelecimento, no quarto ano de vencimento de seu contrato, não podendo denunciá-lo, após o final de seu prazo (5 anos). Nesse caso, poderá o juiz determinar a continuidade do prazo contratual pelo tempo necessário à recuperação do investimento feito.

A resolução, por seu turno, é a extinção do contrato, por inexecução de suas obrigações, mas independentemente da vontade dos contratantes, que, por não a manifestarem, estão isentos de culpa.

Tal acontece, por exemplo, quando ocorre impossibilidade total, definitiva, da execução obrigacional, como na obrigação de dar coisa certa, infungível, pelo perecimento do objeto (incêndio de um automóvel), como, também, na obrigação do ato prometido (pintor que não pode pintar um quadro, porque quebrou seu braço). Pode acontecer, ainda, que o contrato seja extinto pela morte do devedor, quando sua obrigação não se transferir a seus herdeiros ou sucessores, e não for, pois, personalíssima.

Apresento⁶⁴, em seguida, esquematicamente a matéria:



3 Outros casos de extinção contratual

a) Generalidades

Não tendo o Código Civil anterior cuidado, em local apropriado, dos casos de extinção do contrato, a matéria encontra-se, nele, espalhada, existindo, por exemplo, referência ao distrato, em seu art. 1.093, no capítulo dos contratos bilaterais.

O atual Código Civil, ao contrário, agrupou, em capítulo próprio à extinção do contrato, o distrato e a denúncia (respectivamente, resilição bilateral e

unilateral), nos arts. 472 e 473; a cláusula resolutiva, nos arts. 474 e 475; a exceção de contrato não cumprido, nos arts. 476 e 477; e a resolução por onerosidade excessiva, nos arts. 478 a 480.

Embora não residam aí todas as causas extintivas do contrato, preocupou-se o pré-legislador desde 1975 em regular, destacadamente, algumas de significativa importância.

b) Cláusula resolutiva

Com relação à cláusula resolutiva, enuncia o art. 474 do Código que, sendo expressa, “opera de pleno direito”, e que, sendo tácita, só por meio de interpelação judicial.

Podemos claramente perceber, entretanto, que essa cláusula está vinculada ao inadimplemento contratual, o que, a meu ver, e dentro do espírito da classificação que propus, impede-a de chamar-se resolutiva ou resolutória. Melhor seria que a cognominássemos cláusula rescisória. Entre nós, por exemplo, o Decreto-lei n. 745, de 7 de agosto de 1969, que dispõe sobre os contratos disciplinados no art. 22 do Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, de compra e venda de lotes, com pagamento em prestações, estabeleceu, em seu art. 1^o, a impossibilidade de sua rescisão, ainda que deles conste “cláusula resolutiva expressa”, forçando a interpelação judicial ou extrajudicial, do comprador, em mora, com o prazo mínimo de 15 dias, antes do qual não será considerado inadimplente, se cumprir, nele, suas obrigações então vencidas.

Como bem pudemos sentir, as partes contratam, no pacto comissório, a rescisão, pura e simples, do contrato. O evento futuro e incerto é a realização ou não do pagamento, que confere ao vendedor a opção mostrada, independentemente de pagamento das perdas e danos; daí a

resilição, e não a rescisão da avença.

O pacto comissório é, assim, verdadeiramente, uma espécie de cláusula resilitiva expressa, pois nele não há prática de negócio ilícito, inadimplemento culposo, mas a autorização das partes ao exercício de um direito.

Já a cláusula resolutória, ou resolutive, como tratada no atual Código, não existe sem lesão e sem conseqüente ressarcimento de prejuízos.

Acentua Darcy Bessone de Oliveira Andrade⁶⁵ que a cláusula resolutória expressa é sempre estimulada por um pressuposto: "O inadimplemento culposo (culpa presumida) de um dos contratantes"; por isso, entendo que essa cláusula deveria rotular-se de rescisória.

Por seu turno, o art. 475 estabelece que a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir pelo cumprimento deste, cabendo sempre, em qualquer das hipóteses, perdas e danos.

Esse artigo cuida, na verdade, de rescisão contratual, como era previsto corretamente pelo parágrafo único do art. 1.092 do Código revogado, pois ante o descumprimento contratual culposo, o ato ilícito está presente, com as devidas perdas e danos. Só se cuida, como vimos, de resolução, quando a extinção do contrato ocorre por motivos alheios à vontade dos contratantes.

Há, no dispositivo legal, uma opção que se oferece ao credor: manter o contrato ou considerá-lo rescindido, sempre com direito aos prejuízos decorrentes do descumprimento contratual.

c) Exceção do contrato não cumprido

Quanto à exceção do contrato não cumprido, o atual Código repete, em

seus arts. 476 e 477, as duas partes do art. 1.092 do Código Civil anterior, com ligeira modificação redacional, mas sem qualquer alteração do sentido, eliminando, contudo, o parágrafo único deste. A matéria foi, por mim, já estudada no Capítulo 11, "Classificação dos Contratos", quando da análise dos contratos bilaterais.

d) Resolução por onerosidade excessiva e revisão contratual

Relativamente à resolução do contrato por onerosidade excessiva, o atual Código firmou como princípio a possibilidade de devedor, em desvantagem, nos contratos de execução continuada ou diferida, pedir a resolução do contrato, caso não se modifiquem, equitativamente, as condições contratuais, toda vez que ocorrer o desequilíbrio econômico na posição das partes contratantes, "em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis", segundo se depreende de seus arts. 478 e 479 com esse termo "imprevisíveis", adotou o CC a teoria da imprevisão que, como vinha demonstrando em minhas obras, deve ser afastada, retirando-se essa palavra "imprevisíveis" do nosso texto legal.

Tudo é previsível, daí ser melhor considerar a teoria da onerosidade excessiva, cuja aplicação, pela quebra do contrato, desequilibra a sua base, quer por fato previsível ou não.

O citado art. 478 declara: "Os efeitos da sentença" que decretar a resolução do contrato "deverão retroagir à data da citação".

É certo que a resolução por onerosidade excessiva só pode ocorrer nos contratos comutativos de execução continuada ou diferida, o que quer dizer que a previsão inicial das partes, de saberem o que iriam ganhar e perder, resta quebrada, no correr do tempo, por substancial aumento valorativo no objeto da prestação contratada, do momento da perfeição do negócio ao de

sua efetiva execução.

O atual Código introduziu esse instituto dos mais louváveis, porém com muita parcimônia, com excesso de cautela, pois entendo que a apontada onerosidade deve ser admitida, judicialmente, quando flagrante, pelo próprio juiz, independentemente de provocação da parte interessada.

Também entendo, como já acentuei na parte relativa aos princípios do direito contratual (9 – imprevisão – cláusula rebus sic stantibus – e 10 – onerosidade excessiva), que a lei reduz, indevidamente, a aplicação desse princípio, só possível em face de acontecimentos imprevisíveis. A teoria da imprevisão engessa o art. 478, que deveria aplicar-se sempre havendo o desequilíbrio contratual, independentemente de qualquer causa, imprevisível ou não.

Por sua vez, o art. 480 do atual Código admite que, sendo leonino o contrato (com obrigações só para uma das partes), a parte prejudicada possa pedir a redução do quantum devido, ou, ainda, a modificação do modo de seu pagamento, no intuito, sempre, de que se evite a resolução pelo excesso oneroso.

No art. 479 do Código Civil, o legislador procura salvar da extinção o contrato, mostrando que sua resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o demandado a modificar equitativamente as condições do contrato.

Se o juiz vier a decidir essa demanda, ele o fará como árbitro, sujeita a decisão à concordância das partes contratantes, pois o juiz não pode ser parte no contrato.

Por outro lado, há certas circunstâncias em que seria desastroso considerar o contrato resolvido, sem uma oportunidade concreta de sua revisão, podendo no meu entender, o juiz encaminhar as partes à decisão

arbitral (arbitragem), em cujo processo as contratantes podem livremente defender suas posições junto ao árbitro ou árbitros.

13

ARBITRAGEM

1 Generalidades

O Código Civil de 1916 regulava o instituto jurídico do compromisso, em seus arts. 1.037 a 1.048, bem como o faz o Código Civil atual, em seus arts. 851 a 853, tendo o Código de Processo Civil de 1973 tratado do juízo arbitral, em seus arts. 1.071 a 1.102.

Já o Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850, dispunha sobre solução arbitral de litígios entre comerciantes, fosse a arbitragem voluntária ou obrigatória. Esta última, por contrariar a própria índole do instituto, foi revogada pela Lei n. 1.350, de 14 de setembro de 1866. Sim, porque, contra a vontade das partes, só é possível a decisão judicial, nunca arbitral.

Com o advento da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996⁶⁶, ficaram revogados, por seu art. 44, os aludidos artigos do Código Civil de 1916, cuidando-se, nessa nova legislação, da arbitragem sob moderna roupagem, a valer tanto no plano interno como no internacional. O Código Civil, nos citados três artigos, admite o compromisso, judicial e extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas capazes de contratar, e a cláusula compromissória, “para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial”. Embora esta frase esteja no art. 853, aplica-se ela a toda matéria arbitral, que vem tratada, integralmente, na Lei n. 9.307, de 1996.

Aponta Maristela Basso⁶⁷ que, pouco antes da edição dessa Lei n.

9.307/96, já estava constatada

uma tentativa de revitalização da arbitragem no Brasil, com a promulgação do Decreto Presidencial n. 1.902, de 9 de maio de 1996, que promulgou a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, celebrada no Panamá em 1975. Essa já introduziu nova mentalidade acerca da arbitragem, determinando, no art. 1º, que: "é válido o acordo das partes em virtude do qual se obrigam a submeter a decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam surgido entre elas com relação a um negócio de natureza mercantil. O respectivo acordo constará do documento assinado pelas partes, ou de troca de cartas, telegramas ou comunicações por telex".

Com a nova lei não há mais diferenças entre a arbitragem nacional e a internacional, estando submetidas, assim, ao mesmo regramento.

Desse modo, o juízo arbitral tanto pode existir com compromisso como com a cláusula arbitral ou compromissória.

Há muito tempo, venho sentindo o acúmulo de processos, em nossos tribunais, e a necessidade de um meio rápido e racional de solução de problemas de natureza contratual. Meus alunos, principalmente, vêm percebendo essa minha preocupação, quando lhes dizia que a arbitragem é a forma ideal para solução dos conflitos, no futuro.

Esse futuro é, hoje, a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, que ampliou e modernizou as regras insuficientes que plasmavam nos Códigos Civil de 1916 e de Processo Civil.

Destaca Carlos Alberto Carmona⁶⁸ que não se pode negar, em princípio, que a arbitragem tenha condições de superar o processo estatal em termos de rapidez. Sabendo-se que as partes podem escolher o procedimento a ser seguido, fica claro que muitos atos poderão ser simplificados em cada caso para evitar demora inútil.

A atual solução legislativa chegou a tempo; pois, como sempre disse, é melhor que um técnico escolhido pelas partes resolva suas pendências, do

que o Poder Judiciário, quando este necessitar de técnicos (peritos e assistentes) para decidir.

Sim, porque muitas vezes as matérias a serem decididas, judicialmente, levam os juízes a consultar técnicos, embora não fiquem adstritos aos laudos destes. Melhor transformar esses técnicos em árbitros escolhidos pelas partes e aceitar suas decisões. No mundo dos negócios, esta solução é quase indispensável; pois, como diz o brocardo, "justiça tarda é justiça falha".

Mesmo a matéria julgada pelo Poder Judiciário deve ser mais rápida, com a diminuição do potencial de recursos e com aceleração do procedimento de execução, reduzindo-se as hipóteses de contrariedade (embargos etc.) com criação de ônus ao executado (depósitos para recorrer etc.).

2 Conceito

A arbitragem é um acordo de vontades de que se utilizam os contratantes, preferindo não se submeter à decisão judicial, com o objetivo de dirimirem seus conflitos de interesses presentes ou futuros, por meio de árbitro ou de árbitros.

A Lei n. 9.307/96 admite, em seu art. 1º, que as partes capazes de contratar poderão utilizar-se da arbitragem para dirimir suas lides, relativas a direitos patrimoniais disponíveis. Não poderão, portanto, exemplificativamente, ser objeto de arbitragem as questões que versem sobre direitos da personalidade, direitos de família, como os relativos a alimentos, direitos de menores e os que se relacionem com interdição.

Poderíamos, impropriamente, chamar a arbitragem de uma espécie de transação realizada por terceiros, pois as partes, em vez de elas próprias realizarem o acordo, deferem essa situação de harmonizar seus conflitos a

um decisor árbitro, e não a um juiz.

3 Regras arbitrais

Já o Código Civil de 1916, por seu revogado art. 1.040, inciso IV, admitia que, no compromisso, pudessem ser os árbitros autorizados a julgarem “por equidade, fora das regras e formas de direito”.

Atualmente, essa autorização existe, de maneira ampla, no art. 2º da Lei n. 9.307/96, que admite a arbitragem de direito ou de equidade, conforme estabeleçam as partes.

Assim, podem as partes escolher as regras de direito a serem aplicadas na solução arbitral, respeitados os bons costumes e a ordem pública.

Podem, ainda, as partes convencionar que a solução da lide seja fundamentada nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio.

Quando o árbitro estiver autorizado a decidir conforme as apontadas regras arbitrais, estará preso a elas, de que dependerão os fundamentos da decisão arbitral. Sendo a arbitragem de direito, devem ser observadas, estritamente, pelo árbitro, as regras jurídicas escolhidas, pelas partes, aplicáveis na solução do caso, sejam de direito escrito, artigos de códigos ou de leis especiais, sejam relativas à essência jurídica contida nos princípios gerais de Direito, ou no direito consuetudinário (usos e costumes), sejam regramentos internacionais de comércio.

Essas regras jurídicas enunciadas na lei não são, entretanto, taxativas, podendo as partes escolher qualquer das formas pelas quais se expressa o Direito, como, por exemplo, também, a jurisprudência, que é um costume judiciário, a tendência majoritária do entendimento doutrinário, ou, ainda, a

escolha de critério analógico.

Tudo leva a esse posicionamento ante a elástica disposição legal analisada, que, ao permitir o julgamento por equidade, autoriza o árbitro, nesse caso, a abandonar as regras jurídicas, decidindo conforme seu próprio entendimento, criando a regra como se fosse legislador, decidindo o que entende justo na solução do caso concreto. Assim, sem se cingirem às normas e formas de Direito, podem os árbitros criar o justo entre as partes, fazendo justiça, segundo seu próprio entendimento.

4 Cláusula arbitral

Convenção de arbitragem, como já conceituada, é o acordo firmado pelas partes, em um contrato ou em um outro documento, pelo qual elas preferem que seus conflitos de interesses, que possam surgir, no futuro, em razão da mencionada contratação, venham a ser solucionados em juízo arbitral.

Existem, atualmente, espécies de convenção de arbitragem: a cláusula arbitral ou compromissória e o compromisso arbitral, previstos no art. 3º da Lei n. 9.307/96.

Nos artigos seguintes, essa mesma lei cuida de conceituar essas espécies e de programar seus efeitos.

A cláusula arbitral ou compromissória é o acordo que as partes incluem no contrato ou em documento, nacional ou internacionalmente firmado, obrigando-se a submeter ao juízo arbitral os conflitos de interesses, que possam advir dessa contratação.

Por ser cláusula, ela faz parte de um contrato ou de um documento, em que exista esse acordo das partes, preferindo a arbitragem como forma de solucionar seus futuros conflitos.

A relação jurídica entre as partes deve ficar comprovada ou por contrato ou por documento, para que exista a cláusula arbitral, estipulada por escrito, em qualquer deles.

Sim, porque o § 1º do art. 4º da Lei n. 9.307/96 é claro ao possibilitar a cláusula compromissória, também em documento apartado do contrato, mas “que a ele se refira”.

Desse modo, a título de exemplo, se, em uma carta, mesmo posterior a uma contratação, houver referência a esta com a inserção da cláusula arbitral, será esta plenamente válida e eficaz.

Assim, mesmo que seja nulo o contrato ou o documento, em que exista a cláusula arbitral, continuando a existir a relação jurídica entre as partes, permanece válida e eficaz a cláusula compromissória, sendo aplicada à solução das dúvidas decorrentes dessa relação.

Determina-se, na lei, ainda, que a cláusula compromissória só tenha eficácia, nos contratos de adesão, se o aderente tomar a iniciativa de instituir o arbitramento ou concordar, expressamente, com ele, em documento específico. Entendo, todavia, que, havendo essa iniciativa do aderente, deverá haver, também, a concordância por escrito do outro contratante.

Pode parecer que esse posicionamento do legislador tenha desnaturado o contrato de adesão, pois as condições ou cláusulas gerais do contrato de adesão devem ser iguais, como bem pondera Orlando Gomes⁶⁹:

Um dos sujeitos redige-as antecipadamente para sua utilização nas eventuais relações jurídicas que trará com pessoas indeterminadas. O esquema é, normalmente, a obra exclusiva de uma das partes dos contratos seriados. Destinam-se as cláusulas gerais imutavelmente a constituir o conteúdo obrigacional dos contratos celebrados para o nascimento de prestações idênticas, mas exercem igualmente uma função normativa no sentido de que regulam inevitavelmente, de modo

uniforme, a conduta das partes e os seus interesses no curso da relação, sem serem disposições legais.

Porém, como já salientei, a Lei n. 9.307/96 cuida da cláusula arbitral como contratação autônoma, nada tendo a ver com as cláusulas e condições do contrato em que se veja inserida.

O art. 8º da Lei n. 9.307/96 é expresso ao assentar que “a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

Daí por que, não sendo aceita a arbitragem pelas partes contratantes, poderá manter-se íntegro o contrato, no caso analisado, de adesão.

Na cláusula compromissória, podem as partes referir-se às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada. Nesse caso, a arbitragem deverá ser instituída e processada de acordo com essas regras. Esta norma, constante do art. 5º da Lei n. 9.307/96, é cogente, pois esse mesmo dispositivo legal garante que a arbitragem será (imperativamente) instituída e processada.

Registre-se, nesse passo, informação sobre alguns importantes órgãos e entidades arbitrais existentes, com suporte em Maristela Basso⁷⁰ que menciona:

É surpreendente o número de entidades dedicadas à arbitragem comercial que estão surgindo, tanto nos países de tradição romano-germânica, como nos da Common Law. Razão pela qual, em 1985, foi criada uma Federação de Instituições de Arbitragem Comercial, cuja finalidade principal é de incentivar e estreitar o relacionamento entre seus membros e facilitar a troca de informações. Além dessa, existe também, em Londres, a Chartered Institute of Arbitrators, cujo propósito é promover a coordenação e cooperação entre instituições arbitrais internacionais. Luiz Olavo Baptista cita como importantes instituições a American Arbitration Association (AAA), a Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI), a London Court of Arbitration. No Brasil, cita o Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio Brasil-Canadá e, com certeza, citaria a Câmara de

Mediação e Arbitragem de São Paulo (in Arbitragem comercial, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 40 – obra escrita com J. C. de Magalhães). No âmbito do Mercosul, visando a agilizar a solução dos conflitos individuais, está sendo criado o Tribunal de Mediação e Arbitragem do Coadem – Colégio e Ordem dos Advogados do Mercosul, órgão que congrega os advogados dos países do Mercado Comum do Sul.

Cito, ainda, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Federação do Comércio do Estado de São Paulo, criada, em 12 de dezembro de 1996, bem como a Câmara de Mediação e Conciliação da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – CAMFIESP, criada em 13 novembro de 2006, cujo corpo de árbitros integro.

Quando não houver acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, deverá a parte interessada interpelar a outra para que se dê início ao arbitramento. Essa interpelação será comprovada por qualquer documento, como, por exemplo, carta pelo Cartório de Títulos e Documentos (mais segura, no meu entender), convocando o interpelado para firmar o compromisso arbitral em dia, local e hora.

Sugiro que o local do encontro seja, sempre, um tabelião, perante algum de seus integrantes oficiais, para que se possa, eventualmente, lavrar escritura pública de não comparecimento do interpelado ou de seu comparecimento e recusa de firmar o compromisso.

No art. 6º da Lei sob análise, alude-se a manifestação desse intento, “por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação”. Entendo que o convite por via postal é perigoso, ainda que com aviso de recebimento (AR), pois sempre será difícil comprovar o conteúdo da mencionada carta, o que não ocorre com a entrega por Cartório ou com recibo na cópia do original entregue.

Se, existindo referida cláusula compromissória, a parte convocada não

comparecer ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, a outra parte interpelante estará autorizada a ingressar no juízo competente, com a ação de que cuida o art. 7º dessa Lei n. 9.307/96, com o objetivo de que se lavre o citado compromisso, designando o juiz audiência especial para tanto.

O procedimento dessa demanda está delineado nos sete parágrafos desse mencionado art. 7º.

Assim, o demandante deverá indicar, com precisão, o objeto da arbitragem, anexando o documento onde estiver contida a cláusula compromissória.

Será, então, designada audiência de tentativa de conciliação. Frustrada esta, tentará o juiz obter das partes a celebração do compromisso arbitral, de comum acordo. Não sendo isso possível, decidirá o juiz.

Não havendo na cláusula disposição sobre nomeação de árbitros, o juiz, ouvidas as partes, decidirá a respeito, podendo nomear árbitro único.

Não comparecendo o demandante à mesma audiência, sem justo motivo, extinguir-se-á o processo sem julgamento de mérito. Se a ausência for do demandado, o juiz, ouvido o demandante, decidirá sobre o conteúdo do compromisso, nomeando um único árbitro.

A sentença, que julgar procedente o pedido, terá valor de compromisso arbitral.

5 Compromisso arbitral (judicial ou extrajudicial)

Pode acontecer que as partes contratantes já estejam a litigar ou na iminência de fazê-lo.

Não se cuida, no compromisso, como visto, de acordo para solucionar

futuros conflitos de interesses entre as partes, como na cláusula arbitral, mas de lide existente entre elas, seja judicial ou extrajudicialmente.

Portanto, compromisso arbitral é o acordo que as partes contratantes fazem para dirimirem, por meio de árbitro ou árbitros, problema ou dúvida, surgidos de sua contratação, pendentes ou não de decisão judicial.

Como visto, o compromisso arbitral já estava regulado pelo Código Civil de 1916, sob o título de compromisso, e pelo Código de Processo Civil de 1973, sob a expressão juízo arbitral, como único modo, então, de resolver conflitos de interesses de forma arbitral. Foi um primeiro passo.

O compromisso é, portanto, um contrato escrito, para dirimir conflitos de interesses, advindos de um outro contrato, anteriormente existente entre as partes interessadas.

Há duas espécies de compromisso arbitral, o judicial e o extrajudicial.

Se o conflito de interesses, se a lide, é objeto de demanda judicial, podem as partes resolver a pendência, no próprio processo, por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, em que estiver em curso a demanda.

Se, por outro lado, esse conflito existir fora do processo, ou na iminência de litígio, entre as partes interessadas, poderão estas compor essa lide, por meio de documento particular, firmado também por duas testemunhas, ou por escritura pública.

Lembre-se, nesse passo, de que essa situação, constante, atualmente, do art. 9º da Lei n. 9.307/96, já estava regulada pelos revogados arts. 1.038, em sua primeira parte, do Código Civil de 1916, e 1.073, do Código de Processo Civil de 1973.

No compromisso arbitral devem constar, obrigatoriamente: o nome, a profissão, o estado civil e o domicílio do árbitro ou dos árbitros, ou, se for o

caso, a identificação da entidade à qual as partes incumbiram a indicação de árbitros; bem como a matéria, objeto da arbitragem e o lugar em que será proferida a sentença arbitral (art. 10 da Lei n. 9.307/96).

Matéria parecida constava do revogado art. 1.039 do Código Civil de 1916, em que era obrigatório indicar, também, os substitutos dos árbitros, caso tivessem estes de substituir aqueles, por falta ou impedimento. No revogado art. 1.074 da Lei Processual determinavam-se, sob pena de nulidade do compromisso, a indicação, ainda, do valor do objeto do litígio, e a declaração de responsabilidade pelo pagamento dos honorários dos árbitros e das despesas processuais.

Atualmente, só os requisitos apontados no aludido art. 10 da Lei n. 9.307/96 são essenciais, obrigatórios, imprescindíveis, pois, sem que se saiba quem são os árbitros e qual a controvérsia que as partes querem dirimir, não há que falar-se em compromisso. O texto desse art. 10 contém norma de ordem pública, sendo indiscutível a indispensabilidade dos requisitos nele mencionados (seu caput assenta: “Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: [...]”).

O art. 11 da mesma lei, em caráter facultativo, possibilita que possam constar, ainda, no compromisso arbitral: o local, ou locais, em que se desenvolva a arbitragem; a autorização para que o árbitro ou árbitros julguem por equidade, se assim entenderem as partes; o prazo para a entrega da sentença arbitral; a identificação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando as partes julgarem conveniente; a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e a fixação dos honorários do árbitro ou dos árbitros.

Havendo fixação dessa verba honorária pelas partes, no compromisso arbitral, este valerá como título executivo extrajudicial; não havendo, serão fixados esses honorários pelo Poder Judiciário, por seu órgão que seria competente para conhecer da demanda, a requerimento do árbitro.

A falta de fixação, no compromisso, dos honorários dos árbitros e sua forma de pagamento eram requisito essencial, conforme os revogados inciso VI do art. 1.040 do Código Civil de 1916 e inciso IV do revogado art. 1.074 do Código de Processo Civil.

Embora não seja essa fixação imperativo legal, em face da nova legislação, como mencionado, é recomendável que ela exista; pois, desse modo, valerá como economia de tempo, evitando-se que a referida fixação se faça judicialmente.

O art. 12 da Lei n. 9.307/96 menciona três causas de extinção do compromisso arbitral: se houver escusa por qualquer dos árbitros, antes de aceitar sua nomeação e tendo as partes declarado não aceitar substitutos; se falecer ou ficar qualquer dos árbitros impossibilitado de dar seu voto, havendo declaração expressa das partes de não aceitar substituto; se tiver expirado o prazo constante do art. 2^o, inciso II, e o prazo complementar de dez dias concedido ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, por interpelação feita ao árbitro, para prolação e entrega da sentença arbitral.

Como visto, havendo fixação de prazo, em que deva ser exarada a solução dos árbitros, deverá ser observado, rigorosamente, sob pena de completa invalidez da sentença arbitral proferida fora dele.

No compromisso arbitral, as partes interessadas costumam fazer, aos árbitros, quesitos (perguntas), principalmente sobre o ponto discordante, atribuindo às respostas as consequências que quiserem.

Como o compromisso arbitral é um contrato, os contratantes podem estabelecer cláusula penal (multa), até 20% sobre o valor da contratação, em caso de descumprimento da sentença arbitral. Esse limite de percentual não está estabelecido em lei, resultando do meu entendimento sobre o razoável, o justo, nessa matéria. Nada impede, portanto, que as partes contratantes queiram fixar outro percentual, mais elevado, sujeitando-se ao crivo do julgamento pelo Poder Judiciário, respeitado, sempre, o limite do art. 412 do Código Civil (art. 920 do Código Civil de 1916), que, como norma de ordem pública, impede que a multa seja superior ao valor da obrigação principal.

É conveniente, ainda, que as partes, para evitar empate de decisões arbitrais, nomeiem um ou mais árbitros, mas sempre em número ímpar, como determinava o revogado art. 1.076 do Código de Processo Civil de 1973.

6 Impugnabilidade excepcional de decisão arbitral e hipótese de nulidade desta

O árbitro é um “juiz de fato e de direito”, menciona o art. 18 da Lei n. 9.307/96, não ficando seu decisório, sua sentença sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Na legislação revogada (inc. II do art. 1.040 do Código Civil de 1916 e art. 1.078 do Código de Processo Civil), as partes podiam sujeitar a decisão arbitral a recurso, que deveria ser interposto ao tribunal de instância superior. O revogado art. 1.041 do Código Civil de 1916 mencionava, como o referido art. 18, que “os árbitros serão juízes de fato e de direito”, mas acrescia que sua decisão não ficava sujeita a recurso, a não ser que as partes convencionassem, expressamente, em contrário.

Nessa revogada legislação, em princípio, não cabia recurso da decisão arbitral, a não ser que constasse esse cabimento da convenção dos interessados ou nos casos previstos em lei, nas três hipóteses que eram previstas no revogado art. 1.046 do Código Civil de 1916: quando ocorresse invalidez (nulidade ou anulabilidade) do compromisso ou quando os árbitros decidissem após sua extinção ou, ainda, quando se comprovasse excesso de poderes do mediador. O parágrafo único desse dispositivo legal mandava que, nesses casos, o recurso fosse precedido do depósito do valor da multa ou da prestação de fiança idônea, que garantisse seu pagamento.

Essa pena (multa) só restava sem efeito se fosse provido (julgado procedente) o recurso, completava o art. 1.047 do Código Civil de 1916, também revogado.

Havia, portanto, antes da legislação atual, o compromisso sem recurso e com recurso.

Não se admite, hoje, que fique a decisão arbitral sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário; todavia, pode ser impugnada, judicialmente, a sentença arbitral se for nula, por ocorrência de qualquer das hipóteses constantes do art. 32, da lei sob análise, ou seja: se emanar de quem não podia ser árbitro, se não contiver os requisitos do art. 26 da Lei de Arbitragem, se proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, se nela não for decidido todo o objeto da lide, posto para solução, se proferida fora do prazo (estas circunstâncias já estavam previstas no revogado art. 1.100 do Código de Processo Civil, que também mencionava hipóteses de nulidade do então laudo arbitral: se os árbitros fossem nomeados sem observância das normas legais ou contratuais, se proferida a decisão por equidade, não havendo a autorização da lei).

O art. 32 da lei atual declara, ainda, nula a sentença arbitral quando ficar comprovado que houve prevaricação, concussão ou corrupção passiva do árbitro; e quando não forem respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

A nulidade, fundada em qualquer das mencionadas hipóteses, poderá ser pleiteada, perante o Poder Judiciário, no prazo de até 90 dias, a contar do recebimento da notificação da sentença arbitral, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimento (§ 1º do art. 33), podendo ser arguida mediante impugnação se houver execução judicial (§ 3º do art. 33 e art. 535 do Código de Processo Civil). O § 4º do art. 33 autoriza a parte interessada a ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem.

7 Árbitros

O árbitro, como visto, é o “juiz de fato e de direito”, que decide, por sentença arbitral, sobre conflito de interesses entre contratantes, que nele confiam, de acordo com as normas legais sobre arbitragem e com as normas contratuais estabelecidas pelas partes interessadas.

Qualquer pessoa capaz pode ser árbitro, desde que mereça a confiança das partes em lide.

O legislador determina que, havendo pluralidade de árbitros, devem eles ser nomeados em número ímpar, o mesmo acontecendo com os respectivos suplentes.

Todavia, se essa nomeação for em número par, os árbitros estão autorizados, por lei (§ 2º do art. 13), a nomear mais um árbitro. Se as

partes não concordarem, deverão requerer ao Poder Judiciário a aludida nomeação, observando-se, no que couber, o procedimento constante do art. 7º da mesma Lei n. 9.307/96.

Destaque-se que o § 4º do art. 13 da Lei de Arbitragem sofreu modificação pela Lei n. 13.129, de 2015. Estabelecia esse parágrafo que se fossem nomeados vários árbitros, deveriam por maioria eleger o presidente do Tribunal arbitral. Quando não houvesse consentimento, o presidente seria o mais idoso.

A nova redação estabelece que as partes o elegerão de comum acordo.

Os árbitros, enquanto exercerem suas funções ou atuarem em razão delas, equiparam-se aos funcionários públicos, no tocante aos efeitos da legislação penal (art. 17), devendo proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição (§ 6º do art. 13).

Logo, as pessoas impedidas ou suspeitas não podem exercer a função arbitral, podendo ser recusadas, segundo o procedimento previsto nos arts. 14 e 15. Os árbitros têm, em princípio, os mesmos deveres e responsabilidades dos juízes de direito.

Em caso de escusa, falecimento, impossibilidade de exercício das funções, ou recusa do árbitro, assumirá seu substituto, na forma do que dispuserem o compromisso ou as regras do órgão arbitral, se invocadas na convenção, ou, ainda, por determinação judicial, nos moldes constantes do art. 7º, conforme o caso. Todavia, não haverá árbitro substituto se as partes interessadas assim declararem na contratação arbitral.

O árbitro ou tribunal arbitral poderá solicitar às partes adiantamento de verba para despesas e diligências que entender necessárias (§ 7º do art. 13).

8 Procedimento arbitral

A Lei n. 9.307/96 regulamentou, detidamente, o procedimento arbitral, com fundamento na autonomia da vontade (arts. 19 a 22).

Esse procedimento inicia-se quando aceita a nomeação do árbitro ou dos árbitros, conforme o caso. Sendo vários árbitros, esse início ocorre a partir da aceitação do último.

Dando ampla liberdade aos interessados, possibilita a mesma lei que a arbitragem obedeça ao procedimento por eles estabelecido, em sua convenção arbitral. Podem as partes reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, ou, ainda, delegar ao próprio árbitro ou tribunal arbitral a regulamentação do procedimento.

Nota-se que a convenção arbitral é um verdadeiro instrumento democrático, elaborado pelas partes, em pleno exercício de sua liberdade contratual, escolhendo as regras que entendem melhores para a solução de suas controvérsias. Essa convenção é, na essência, a revitalização da *lex privata*, ditada pelas próprias partes, na solução de seus próprios problemas (a convenção faz lei entre as partes).

A lei geral, por outro lado, cuida dos interesses humanos, de modo global, devendo adaptar-se, quando de sua aplicação pelo Poder Judiciário, às circunstâncias particulares de cada caso concreto, para sua solução.

A arbitragem possibilita maior grau de justiça, na solução dos conflitos particulares, por ser diretamente ligada aos interessados, que podem escolher as normas e os árbitros, para a resolução de seus problemas.

No procedimento arbitral, poderá o árbitro ou tribunal arbitral solicitar esclarecimentos, tomar depoimentos das partes, ouvir testemunhas, determinar perícias ou realização de outras provas, devendo determinar as

regras procedimentais, quando não estiverem estipuladas, e tentar a conciliação das partes, no início do mesmo procedimento.

Quando houver necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, poderão ser elas requeridas pelos árbitros ao órgão competente do Poder Judiciário, conforme autoriza o § 4º do art. 22.

Como ficou patenteado, a legitimação para a propositura dessas medidas não é só das partes, mas também dos árbitros.

A legitimação ativa das partes surge quando não são atendidos os reclamos delas, pelos árbitros, que se negam a intentar ditas medidas.

É certo, entretanto, que nem as partes nem os árbitros poderão, nesses requerimentos ao Poder Judiciário, questionar matéria que deva ser objeto da decisão arbitral, como a matéria de mérito, que é da competência exclusiva do juízo de arbitragem.

As partes poderão postular por meio de advogados, tendo, sempre, direito a designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral (§ 3º do art. 21).

Nas questões arbitrais, não só na elaboração da convenção arbitral, os advogados representam peça de real importância, principalmente pela constante presença de aspectos jurídicos e pela necessidade de orientação dos interessados. Em muitas oportunidades, em que as questões sejam de caráter jurídico, sua presença como árbitros escolhidos pelas partes é fundamental, de acordo com a especialidade de cada um.

No procedimento arbitral devem ser observados os mesmos princípios do procedimento judicial, tais o do contraditório, o da igualdade das partes e o do livre convencimento do árbitro, como se assenta no § 2º do art. 21.

9 Sentença arbitral

A sentença arbitral é o ato decisório escrito dos árbitros, que produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença judicial. Sendo condenatória essa decisão, constitui-se em título executivo, conforme estatui o art. 31 da lei sob estudo.

O prazo para lavratura dessa sentença arbitral é de seis meses, a contar da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro, salvo outro prazo que seja estipulado na convenção arbitral, pelas partes. As partes e os árbitros podem prorrogar esse prazo, de comum acordo (art. 23).

A sentença arbitral deverá conter, obrigatoriamente: o relatório, com o resumo dos fatos da lide e o nome das partes; os fundamentos da decisão, com a menção da análise das questões de fato e de direito e de ter sido, ou não, julgado o caso por equidade; os dispositivos em que se fundaram os árbitros para resolver as questões propostas, estabelecendo prazo para cumprimento do decisório, quando for o caso; bem como a data e o local da decisão (art. 26).

A decisão arbitral, como visto, deve objetivar, sempre, controvérsia sobre os direitos disponíveis; todavia, se, durante a arbitragem, surgir qualquer controvérsia sobre existência, ou não, de direitos indisponíveis, que possam influir na decisão arbitral ou se possa esta depender deles, essa matéria será encaminhada para decisão do Poder Judiciário, suspendendo-se o procedimento arbitral, até o julgamento definitivo dessa questão prejudicial.

A sentença arbitral, a par da solução do conflito de interesses, deverá objetivar a responsabilidade das partes a respeito das custas e despesas com a arbitragem, bem como fixar eventual responsabilidade por litigância de má-fé.

Tenha-se presente, entretanto, que os árbitros deverão ater-se, primeiramente, ao que dispuser a convenção dos interessados, que contém as normas que devem ser seguidas.

Cópia da sentença arbitral deverá ser enviada às partes “por via postal ou por outro meio de comunicação, mediante comprovação de recebimento ou, ainda, entregando-a diretamente às partes mediante recibo”, determina o art. 29.

Nesse passo, é importante que os árbitros fiquem com comprovante dessa cientificação das partes, que evidencia não só a entrega da decisão, mas o conhecimento de seu conteúdo. Por isso, em caso de os árbitros terem dificuldade de obter o recibo dos destinatários, a comprovar o recebimento dessa cópia, estarão mais seguros se fizerem a entrega pelo Cartório de Títulos e Documentos. Caso, no texto desse decisório, exista alguma matéria considerada sigilosa, então a comunicação registal deverá ater-se, simplesmente, a convocar a parte interessada para receber, diretamente do árbitro, a aludida cópia.

A partir da comunicação da sentença arbitral, inicia-se o prazo de cinco dias para que a parte solicite ao árbitro ou ao tribunal arbitral eventuais correções de erros materiais e esclarecimento sobre dúvida, obscuridade ou contradição do decisum. Essa solicitação deverá ser decidida no prazo de dez dias, promovendo-se, se for o caso, as alterações e aditamentos necessários; sempre com amplo conhecimento das partes (art. 30).

10 Sentenças arbitrais estrangeiras

A Lei de Arbitragem conceitua a sentença arbitral estrangeira a que seja proferida fora do território nacional.

Anteriormente a essa lei, exigia-se a homologação da sentença arbitral

estrangeira pelo órgão judiciário competente, no país em que tivesse sido proferida, para poder ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Pela lei atual, para ser reconhecida essa mesma sentença ou executada no Brasil, basta, unicamente, sua homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.

Esse reconhecimento ou execução far-se-á de acordo com os tratados internacionais que tenham eficácia no ordenamento interno. Na ausência desses tratados, deve aplicar-se, estritamente, o preceituado na Lei n. 9.307/96.

O procedimento para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira está regulado na lei de arbitragem em seus arts. 34 a 40, aplicando-se, no que couber, o disposto nos arts. 960 e 965 do Código de Processo Civil.

A homologação deve ser requerida pela parte interessada, nos moldes do art. 319 do mesmo Código Processual, devendo ser instruída conforme determinação do art. 37 da Lei de Arbitragem, ou seja, com o original da sentença arbitral ou cópia certificada e autenticada pelo consulado brasileiro, com tradução oficial, bem como com o original da convenção de arbitragem, ou cópia certificada, com tradução oficial.

A lei menciona, ainda, as situações em que poderá ser negada a homologação (incisos dos arts. 38 e 39).

11 Constitucionalidade da Lei n. 9.307/96

Como visto, a Lei de Arbitragem representa um avanço, colocando o Brasil em posição de igualdade com os países mais desenvolvidos.

Representa essa lei a realização mais rápida de justiça, para aqueles que

necessitam da pronta solução de seus conflitos, na continuidade de seus negócios, utilizando-se de árbitros, diretamente capacitados ao julgamento dessas lides, no mais das vezes deduzidas no Poder Judiciário.

Como bem acentuou Miguel Reale⁷¹ essa lei implica verdadeira privatização da Justiça, afastando o organismo estatal e valorizando a manifestação da vontade.

Realmente, não se cuida de suprimir matéria do conhecimento e do julgamento do Poder Judiciário, mas de conceder às partes interessadas a oportunidade de, pela livre atuação de suas vontades, escolherem as regras jurídicas mais convenientes a serem aplicadas por árbitros de sua escolha.

É certo que o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, assenta que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; todavia, no caso da arbitragem, ela é escolhida pelas partes interessadas, que a preferem à solução judicial. Existem julgamentos de natureza técnica que melhor se realizam por especialistas da área do que pelo Poder Judiciário. Por exemplo, o defeito de uma máquina que tenha de ser detectado por um engenheiro jamais poderá contar com a justa decisão judicial, sem que o juiz de direito conte com a participação de peritos a informá-lo.

Nesse caso, como em outros, a utilização do mecanismo judiciário torna-se altamente desgastante, principalmente às partes, que necessitam de soluções rápidas e eficazes.

Ao dizer-se na lei que o árbitro é juiz de fato e de direito, isso não implica que o árbitro esteja usurpando a função jurisdicional. As partes sempre resolveram melhor as suas controvérsias, por meio de transação, compondo-se amigavelmente. Pelo revogado compromisso, os interessados

elegiam árbitros para a solução de seus problemas, quando não queriam ou não podiam resolvê-los, por si mesmos.

Assim, ou os interessados resolvem eles mesmos seus conflitos de interesses (transação) ou os resolvem por meio de árbitros particulares (arbitragem), ou perante o Poder Judiciário.

Todavia, ao fundo das relações humanas estará sempre vigilante o Poder Judiciário, para evitar lesões e descumprimentos da convenção arbitral.

Com esse entendimento, o legislador de arbitragem não afastou a participação do Judiciário, como facilmente se nota pelo disposto nos arts. 7º; 11, parágrafo único; 13, § 2º; 16, § 2º, em confronto com o mencionado art. 20, §§ 1º e 2º; arts. 22, §§ 2º e 4º; 25 e 33, caput e parágrafos; e 35.

Realmente, nesses dispositivos legais, respectivamente, pode haver requerimento ao Poder Judiciário, que seria competente para julgar, originariamente, a causa, para a instituição de arbitragem, quando houver resistência de uma das partes, existindo cláusula arbitral ou compromissória; para fixar honorários dos árbitros; para nomear árbitro desempataador, quando os árbitros forem em número par, sem acordo nesse sentido; para nomear árbitro substituto, se as partes não tiverem dele prescindido em sua convenção arbitral; para substituição do árbitro em caso de acolhimento de arguição de sua suspeição ou impedimento, de sua incompetência, bem como de nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção arbitral; para ouvir judicialmente depoimentos da parte ou de testemunhas, quando desatendida a convocação arbitral; para obtenção de medidas coercitivas ou cautelares, quando necessárias; para dirimir controvérsia acerca de direitos indisponíveis questionados no juízo arbitral; para decreto de nulidade de decisão arbitral; como, ainda, no caso de

homologação, pelo Superior Tribunal de Justiça, para reconhecimento ou execução, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira.

Salientou Sálvio de Figueiredo Teixeira⁷² que considera injustificadas as manifestações, ainda que de respeitáveis juristas, que apontam a inconstitucionalidade da Lei n. 9.307/96. Ele acentua que, no art. 33, § 3º, dessa nova lei, se permite requerimento ao juiz togado, sempre que for necessária a decretação de nulidade da sentença arbitral. Com a arbitragem, acrescenta, o Poder Judiciário limita sua manifestação a situações em que se verifica lesão de uma das partes interessadas ou descumprimento do acordo arbitral. Aponta, ainda, que a execução coativa da decisão arbitral só ocorre perante o Judiciário.

Deve restar claro, finalmente, que a lei faculta, não impõe, às partes esse meio arbitral de composição de lides e que as regras, nesse procedimento arbitral, são idênticas para as partes, que as escolhem livremente.

O risco de ser contrária ou favorável a decisão arbitral é o mesmo originado do julgamento pelo Poder Judiciário.

Em caso de ilicitudes, vícios e irregularidades, o Poder Judiciário sempre estará presente para evitar ou reparar as lesões, ou para reprová-las o inadimplemento das obrigações arbitrais.

As convenções arbitrais nascem dos acordos dos interessados, tendo seus limites na lei, que assegura a presença do Poder Judiciário, para evitar, como visto, que a liberdade contratual possa, por excesso de uma parte, escravizar a outra.

Ao Poder Judiciário, na arbitragem, não cabem as decisões, mas a intervenção para coibir abusos, nos casos indispensáveis, previstos na lei.

PARTE II

TEORIA GERAL DOS CONTRATOS ATÍPICOS

14

BREVES CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No vasto campo do Direito Civil, entre os contratos, surge o empolgante tema relativo aos contratos nominados ou inominados, também chamados típicos ou atípicos.

Desde os primórdios da civilização, as pessoas mantêm relações jurídicas as mais variadas e, principalmente, pelas convenções, sendo o contrato tão antigo quanto o próprio ser humano.

É de ver que as regulamentações legais dos institutos jurídicos surgem depois de seu aparecimento, reafirmando-os perante a sociedade, que os criou pelos usos e costumes. Daí o fato de ser o Direito a própria vida humana em relacionamentos contínuos. A atuação dos seres humanos cria, modifica e extingue os fenômenos jurídicos.

O Direito é uma ciência que nasce da sociedade, daí a expressão famosa segundo a qual *ubi societas ibi ius* (onde está a sociedade está o direito). Realmente, sem sociedade não pode haver direito, porque ela o dinamiza e o faz ser uma célula em constante transformação, como um fogo sagrado, que as pessoas mantêm aceso pelo tempo como condição de sua própria existência.

Infere-se, pela observação científica, que os primeiros contratos foram verbais e regularam-se pelos usos e costumes do lugar onde nasceram. Com o florescer da Civilização, deu-se um crescente aumento das formas de contratar, com o aparecimento da técnica, das invenções, do progresso,

enfim.

As necessidades socioeconômicas foram tornando-se, cada vez mais, volumosas, transformando aquela primitiva forma de vivência humana em uma portentosa e intrincada maneira de viver. Como se assistíssemos a um bombardeio atômico, num crescendo de um pequeno núcleo à proporção fora do alcance do ser humano.

O progresso é, assim, uma força incontrolável que, alimentada pelas necessidades socioeconômicas, não pode parar, caminhando, mais e mais, para um emaranhado de situações.

Com o passar do tempo, os usos e costumes foram sedimentando certas formas contratuais, as quais a sociedade preferiu e tornou tradicionais. Pelo surgimento dessas contratações, fizeram-se necessárias normas de conduta humana, que, por sua complexidade, reclamaram uma regulamentação sistemática, que veio sendo aperfeiçoada até nossos dias. Com essa transformação constante, nasceram as várias espécies de contrato até a época moderna, fixando-se, com suas normas, no direito positivo dos vários países, existindo, ainda, infinitas formas contratuais, clamantes por regulamentação, que são impossíveis, mesmo, em sua grande gama, de regularem-se, porque se confundem com a própria vida, em constantes mutações.

Nessa evolução, o fator preponderante, responsável por esse estado de coisas, é a liberdade de contratar, que atingiu seu apogeu no século XIX, acenando ao futuro com o princípio da autonomia da vontade.

Como ensina Alfredo Buzaid¹

o século XIX assinala o período em que a liberdade contratual atinge o apogeu. Reflete-se na teoria do contrato aquele clima de liberdade, que foi o índice marcante do pensamento jurídico democrático e da filosofia política individualista. O contrato supõe a liberdade. O contrato,

escreveu Esmein, por sua natureza, respira a liberdade. E quando, no começo do século XX, se falou da doutrina da autonomia da vontade, isto é, da liberdade contratual, como tendo preponderado de modo absoluto, no decurso do século XIX, exagerou-se a importância que lhe deram os redatores do Código Civil e a jurisprudência. As restrições à liberdade contratual, que resultavam de disposições legais particulares e do princípio da nulidade de convenções contrárias à ordem pública e aos bons costumes, foram sempre consideráveis. Feita esta reserva, é certo que o século XIX foi um século de grande liberdade contratual.

E completa o mesmo Paul Esmein²: “As restrições à liberdade contratual resultam de disposições legais específicas e do princípio da nulidade das convenções contrárias à ordem pública e aos bons costumes, que sempre foram importantes”.

A liberdade no âmbito contratual revolucionou os meios jurídicos, e foi responsável, ainda, pelo desaparecimento dos formalismos exagerados vindos dos romanos. A liberdade de contratar abriu novos horizontes aos indivíduos, que iniciaram a criação de inúmeros contratos, nos moldes de suas necessidades atuais, aumentando o elenco de convenções inéditas, ao lado dos contratos tradicionais, que chegaram até nós por meio da mencionada depuração pelo tempo, sedimentando-se no ordenamento jurídico positivo, com regulamentação particular.

Essas novas figuras contratuais, que vão nascendo das necessidades apontadas, reclamarão, a seu tempo, uma regulamentação legislativa sistemática e peculiar.

A força contratual nasce, justamente, do poder de uma das partes de exigir da outra o implemento de uma obrigação, desde que tenha cumprido a sua.

Assim, ante a impossibilidade do legislador de regulamentar todas as formas contratuais, que vão surgindo no mundo moderno, abre-se um campo fértil à liberdade das partes. Nesse clima de liberdade, a autonomia

da vontade semeia novas formas de progresso, procurando resolver os problemas advindos das necessidades, sempre crescentes, de ordem socioeconômica, sendo os indivíduos impelidos aos mais variados pactos, que se mesclam em um colorido sui generis.

Contudo, importante é que essa liberdade seja condicionada, pois a liberdade, sendo um bem nas mãos de pessoas de bom senso, pode transformar-se em um mal, quando dirigida por forças que escravizam o ser humano, de uma forma ou de outra.

Dessa maneira, a liberdade está condicionada a certos princípios de convivência intersubjetiva, para que se não verifiquem abusos e para que se reafirme, sempre, a ideia de que o Direito pode não ser a própria Justiça, mas para ela deve tender.

O direito de um há que chegar até o limiar do direito de outrem, para que haja o respeito mútuo entre as pessoas, numa reafirmação constante da ideia segundo a qual o Direito deve harmonizar sua vida.

DIREITO ROMANO

1 Contratos inominados

Os romanos não aceitavam, nos primeiros tempos, uma categoria geral de contratos, dado que estes se apresentavam com um único fundamento e tipicidade. Assim, a distinção entre contratos nominados e inominados tinha em Roma importância capital, pois os contratos-tipo, romanos, impediam a existência de qualquer pacto que não estivesse admitido pelo costume e consolidado segundo o Direito dos Quirites, e os contratos que não figurassem, expressamente, nesse rígido sistema ficavam à margem da proteção jurídica. Eram conhecidos como pactos (pacta).

Esse formalismo romano configurou os tipos clássicos de contrato, desde os primeiros, admitindo, tão somente, as formas solenes de convenções, seladas pelo acordo de vontades, obedecido o rigorismo de suas formalidades.

Essa limitação na maneira de contratar existiu até a época do Imperador Justiniano.

Os mencionados tipos clássicos de contrato eram garantidos cada um por sua respectiva ação civil, que levava o mesmo nome do contrato que assegurava.

No entanto, a criação de novas figuras contratuais, nascidas das necessidades socioeconômicas, no passar dos tempos, desencadearia o processo de abrandamento do rigor do antigo quadro quiritário dos

contratos.

Plantava-se, assim, a semente da liberdade de contratar e contratual, que viria revolucionar o mundo dos negócios.

Albert Salivas e Amédée Bellan³, escudados em pesquisas no Digesto Romano, Digestum Vetus, definem os contratos nominados e inominados, de forma a nos dar perfeita noção da compreensão destes entre os romanos: “Os contratos nominados são aqueles admitidos pelo antigo direito civil, tendo um nome particular (*proprium nomen*) e produzindo uma ação que tem o mesmo nome (L. 7, § 1^o, D, 2, 14)”.

E prosseguem:

Os contratos inominados são os pactos sinalagmáticos tendentes a uma troca de prestações, que não eram providos de uma ação especial pelo antigo direito civil, mas para os quais os jurisconsultos acabaram por decidir que eles se transformariam em contratos garantidos pela ação geral *praescriptis verbis*, quando uma das partes havia executado o pacto.

Firmou-se, dessa forma, um princípio geral, segundo o qual, se duas pessoas contratam obrigações mútuas e uma delas cumpre a sua, surge, concomitantemente, para a outra, a obrigação de contraprestar, cumprindo, também, essa obrigação.

Os contratos inominados foram qualificados por Ulpiano⁴ como *contractus incerti* (contratos incertos) e por Gaio⁵ como *negotia nova* (negócios novos), os quais se enquadraram nas quatro categorias reconhecidas pelo Direito Romano, que são, segundo divisão de Paulo⁶ (1^a) do *ut des*; (2^a) do *ut facias*; (3^a) *facio ut des* e (4^a) *facio ut facias* (respectivamente: dou para que dê; dou para que faça; faço para que dê; faço para que faça).

Na primeira figura contratual, existe uma dupla transferência de propriedade, uma equivalência de prestações, ou seja, uma dação contra uma dação; na segunda forma de contratar, existe uma dação contra um

fazimento, segundo a qual ocorre a transferência de propriedade contra a prestação de um ato; na terceira forma, existe uma inversão da segunda, pois ocorre a prestação de um ato contra a transferência de uma propriedade, um fazimento contra uma dação; na quarta, como na primeira, existe uma equivalência de prestações, aqui, uma dupla prestação de ato, um fazimento contra um fazimento.

Essas quatro espécies regularam, entre os romanos, os contratos inominados, que não se enquadravam nos tipos existentes.

2 Evolução dos contratos

Ao lado das obrigações de natureza contratual do *ius civile* (*nexum*, empréstimo de dinheiro, e *sponsio*, que criava entre as partes um vínculo de natureza religiosa), surgiu o sistema de contratos do *ius gentium*, desapegado de formalismos exagerados e com base nas relações, que se estabeleceram entre os cidadãos romanos e os estrangeiros.

Por esse sistema, os contratos classificavam-se em *re*, *verbis*, *litteris* e *consensu*, e é certo que o primeiro se aperfeiçoava, pela entrega, pela tradição (*traditio*), da coisa (*res*); o segundo, verbalmente (pelo pronunciamento de palavras); o terceiro, por escrito; e o último, pelo consentimento dos interessados.

Essa classificação, que é do Direito Romano Clássico (de fins da República, século II a.C., até fins do Principado, século III d.C.), atribui-se a Gaio⁷ do século II d.C. (falecido após 178 d.C.).

Por sua vez, os contratos *verbis* e *litteris*, ambos solenes, com causa *civillis* (com formalidades) coadunavam-se com a noção de contrato do primitivo Direito Quiritário. Assim, essas obrigações contraídas por palavras solenes e por escrito (*obligationes verbis et litteris contractae*) acolhiam-se

no *ius civile*, e eram utilizadas pelos cidadãos romanos (*cives*).

O Direito Romano custou a sair das fórmulas contratuais rígidas dos *Quirites*, para ir, pouco a pouco, granjeando o ar puro da liberdade, que purificou suas instituições contratuais.

Como vimos, o primitivo formalismo exagerado dos romanos, que não admitia proteção jurídica aos contratos *inominados*, teve como limite final a época de Justiniano. Sim, porque, com o passar do tempo, esses modelos contratuais tornaram-se insuficientes, e surgiram, então, em suprimento desse sistema formalístico, o dos contratos *inominados*, de Paulo, como já evidenciado, que alargaram as possibilidades de contratação. Desse modo, ao entrar da época clássica, admitiram-se alguns abrandamentos desse rigorismo de forma, dando-se à parte que cumpria sua prestação o direito de exigir da parte inadimplente uma indenização, não tendo direito, entretanto, de exigir a contraprestação, o que enfraquecia o pacto, que não tinha, assim, força de contrato.

No entanto, essa ideia evoluiu, com a evolução paralela do conceito de ação, inicialmente com os pactos do *ut des* e do *ut facias*, pois a parte que cumpria sua obrigação, nesses pactos, transferia a propriedade de uma coisa, e, ante o inadimplemento da outra, sofria perda em seu patrimônio. Em face dessa discrepância, surgiu um meio jurídico para o reclamo da coisa transferida, para que não houvesse um *locupletamento ilícito*, para que a parte inadimplente não visse aumentar seu patrimônio à custa do alheio.

Assim, nasceu a *condictio ob rem dati* (*ob causam datorum*) ou *causa data*, *causa non secuta*. Consistia em ação destinada a obter a restituição do que se tinha dado à outra parte, no cumprimento do contrato, que se

podia estender àquela, em que ocorria doação.

Aqui está a origem do contrato inominado, pois foi com esses primeiros abrandamentos que o pacto teve força de contrato, propriamente, dando à parte cumpridora de sua obrigação o direito de exigir a contraprestação e não, simplesmente, a indenização pelos danos sofridos.

Embora esse tipo de ação apresentasse inconvenientes, como nos demonstram Salivas e Bellan⁸, já se tinha dado um passo no desenvolvimento da matéria estudada, para um caminhar no futuro, no crescendo do progresso das civilizações.

Foi, assim, com esse princípio de equidade que a convenção adquiriu força obrigatória.

Como vimos, a *condictio ob rem dati* não se aplicava aos pactos *facio ut des* e *facio ut facias*.

Em fins da República, pela *actio doli* ou *actio de dolo*, criou-se a medida contra o inadimplemento nesses contratos, embora fosse limitada a possibilidade de obter-se a reparação pelos prejuízos experimentados, mostram-nos os mesmos Salivas e Bellan, embora Paulo não admitisse a essas hipóteses a ideia de contrato, dando a elas essa única possibilidade de utilização da *actio doli*, existindo, contudo, um texto de Alexandre Severo que consagra a fórmula ampla e extensiva a todas as hipóteses de contrato inominado, consoante um seu *rescriptum*⁹.

Pela *actio de dolo*, a parte que realizava sua obrigação de fazer, que tinha prometido à parte faltosa, podia desta exigir a contraprestação, dação ou fazimento, fosse o caso de pacto *facio ut des* ou o de *facio ut facias*.

Numa fase posterior, os juristas viram a necessidade premente de aceitar como contratos todos os pactos sinalagmáticos, cumpridos por uma das

partes. Isso ocorreu em princípios da era imperial, quando esses juristas, entre eles Aristão, sob o Império de Trajano, assim agiram escudados no princípio da equidade¹⁰.

Todavia, quando parecia que eles se encaminhavam a uma solução, as escolas dos Sabinianos e dos Proculianos divergiram apresentando soluções diversas, no tocante às ações que deveriam ser propostas em face do descumprimento obrigacional.

Os Sabinianos¹¹, presos ao formalismo, negavam a natureza civil desses pactos, e apresentaram como solução as ações de dolo, de caráter penal e infamante, quando se comprovava atuação dolosa, e o pretor podia, em caso negativo, conceder uma ação *in factum*.

Os Proculianos apresentavam como única solução, como remédio de direito, à parte, que tivesse cumprido sua obrigação, pretendendo exigir da inadimplente a contraprestação, a *actio praescriptis verbis*, cujo nome foi criado por Labeão, o fundador desta escola. Esse nome devia-se ao fato de constar na *demonstratio* da fórmula o ato de que se originava a obrigação. Em caso de impossibilidade do cumprimento dessa contraprestação, deveria ser paga indenização em dinheiro.

No tocante a essas posições doutrinárias, lembra Raymond Monie¹² que

os jurisconsultos do final do Império, que seguem Proculianos como Labeão (D. 19, 5, fr. 1, 1, e fr. 19, par.; e por Ulpiano, D. 18, 1, fr. 50), ou Sabinianos, como Javoleno (D. 19, 5, fr. 10), Juliano (D. 19, 5, fr. 13,1) ou Gaio (D. 19, 5, fr. 22), estavam cientes de que cabia ao pretor conceder ações *in factum* para sancionar as novas operações jurídicas, mas, a partir do fim do primeiro século a.C., uma parte da doutrina se mostra favorável à concessão de fórmulas *civis*.

A aplicação do sistema dos Sabinianos apresentava sérias dificuldades, e era certo que a utilização da *actio doli* levava ao condenado a infâmia; ela não se exercia contra os herdeiros do autor do dolo, além de outros

inconvenientes.

Assim, o êxito sorriu aos Proculianos, cujo sistema admitiu-se a partir do início do século II da Era Cristã, e era a princípio aplicado aos pactos do *ut des* e do *ut facias*, sendo, após, aplicado ao pacto *facio ut facias*, e, finalmente, no reinado de Alexandre Severo, ao pacto *facio ut des*.

Aplicou-se, dessa forma, às convenções inéditas a *actio praescriptis verbis* que aparece com vários nomes, como *actio incerti*, *actio civilis incerti*, *actio in factum civilis*¹³, e estes nomes não são devidamente técnicos para definirem a natureza jurídica da ação referida, portanto desaconselháveis.

Cumprir notar que, em fins do século III da Era Cristã, já estava, totalmente, aceita a prevalência da doutrina do contrato inominado, com força obrigatória e com ação própria: *praescriptis verbis*.

3 Principais contratos inominados

Entre os principais contratos inominados do Direito Romano, desponta a figura da *permutatio* (permuta, troca), em virtude da qual uma parte contraente transfere a outra a propriedade de uma coisa, recebendo desta outra, em transferência, uma coisa equivalente, como contraprestação. Essa fórmula é típica do contrato inominado romano do *ut des* e era confundida com a *emptio venditio* (compra e venda). Daí estas expressões¹⁴: *Permutatio vicina est emptioni* (a permuta é vizinha da compra e venda); *Non placet permutationem rerum emptionem esse* (a permuta não deve considerar-se como compra).

Outro contrato inominado romano é o estimatório (*aestimatum*), pelo qual uma das partes entregava a outra uma coisa, com a obrigação da parte que a recebia, alternativamente, de pagar por ela determinado preço, em prazo estipulado, ou de restituí-la, sendo certo que podia, em vez de

adquiri-la, vendê-la, e ficar, neste caso, com a diferença entre o preço estimado e o da venda.

Os romanos conheceram, também, o contrato precarium, pelo qual uma das partes entregava a outra, por solicitação desta, a posse de uma coisa determinada, para que dela se utilizasse como bem entendesse, restituindo-a quando seu dono a exigisse.

O precarium, no Direito pós-clássico e no justinianeu, colocava-se entre os contratos inominados e era protegido pela actio praescriptis verbis¹⁵.

Destaco, ainda, o contrato incipiendum dare, que consiste na tradição de uma coisa a uma pessoa, para que esta a examine com cuidado e lhe fixe o valor.

Como vimos, os romanos utilizavam-se, para obterem a contraprestação dos contratos inominados, da ação direta, de natureza civil, praescriptis verbis, a qual consolidou, de forma definitiva, o caráter de contrato das convenções inominadas.

Por outro lado, se o problema dos romanos foi o de forçar o aparecimento das formas de contratos inominados, o nosso é de não deixá-las ao livre-arbítrio das partes, ante o perigo de uma liberdade não condicionada.

A importância do assunto é indiscutível, e a matéria necessita de uma regulamentação, para que os contratos inominados sejam mencionados na lei, por meio de um tratamento genérico de princípios que, orientando sua formação, limitem a autonomia da vontade privada, evitando-se, com isso, abusos e enriquecimento indevido.

Isso o que venho¹⁶ defendendo desde 1965.

O Código Civil (art. 425) admite expressamente a utilização de contratos atípicos; contudo, sem uma regulamentação própria, pois esse Código

estabelece que essas figuras contratuais atípicas devam reger-se pelo regime jurídico geral dos contratos típicos.

16

OBRIGAÇÕES NOS CONTRATOS

As obrigações, depois de sentidas em sua teoria geral, hão de integrar-se nos contratos, como sua verdadeira parte essencial, determinando sua natureza jurídica.

É bom lembrar, neste passo, que a obrigação é relação jurídica transitória, de natureza econômica, pela qual o devedor fica vinculado ao credor, e deve cumprir determinada prestação pessoal, positiva ou negativa, cujo inadimplemento enseja a este executar o patrimônio daquele, para satisfação de seu interesse.

Desse modo, a relação jurídica implica um complexo de direitos e de obrigações entre os interessados.

Aliás, essa conceituação encontra raízes no Direito Romano, quando Paulo¹⁷ mostrou que sua "essência" não consiste em que se faça nossa uma coisa corpórea ou uma servidão, mas em que se obrigue outrem a nos dar, fazer ou entregar alguma coisa (*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciant, sed ut alium nobis obstringant ad dandum aliquid, vel faciendum vel prestandum*).

Completando essa conceituação, assentam os jurisconsultos de Justiniano¹⁸ que obrigação é "o vínculo jurídico por necessidade do qual nos adstringimos a solver alguma coisa, segundo os direitos de nossa cidade" (*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*).

As características conceituais da obrigação continuaram, praticamente, as mesmas, diferenciando-se a obrigação do Direito Moderno pelo conteúdo econômico da prestação, se bem que, nessa época romana, diferenciava-se vínculo de natureza pessoal, como cogitado antigamente, na Lei das XII Tábuas, de 450 a.C.), de vinculação jurídica (*vinculum iuris*).

Esse conceito de obrigação resta vivo em cada contrato, pois, sempre, neste haverá um credor no aguardo do cumprimento, pelo devedor, de uma prestação jurídica de dar, fazer, ou não fazer, alguma coisa, no interesse daquele, que tem, como garantia dessa execução, o patrimônio do mesmo devedor.

Destaco, nesse estágio, o princípio constante do art. 476 do Código Civil (art. 1.092, 1ª parte, do Código Civil anterior), segundo o qual nenhuma das partes que contrata poderá exigir o cumprimento obrigacional da outra, se não cumprir sua obrigação.

Sentimos, perfeitamente, essa relação jurídica obrigacional no conceito de contrato, que, primorosamente, por exemplo, insere-se no art. 1.321 do Código Civil italiano, de 1942, a entendê-lo como “o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir, entre si, uma relação jurídica patrimonial”.

No momento em que se forem investigar as prestações contratuais de dar, de fazer e de não fazer é que a natureza jurídica das contratações surgirá clara e indene de dúvidas.

Nesse estágio, a título de exemplo, não se pode dizer que convenção, em que se mesclam obrigações de dar e de fazer, seja um contrato de compra e venda ou de locação de coisas, que implicam obrigações de dar contra dar, com regramento próprio na legislação.

Isso porque, ao aplicarem-se as regras da compra e venda, e da locação de coisas, em que se vislumbram prestações de dar, o fazer e o não fazer destoam, sem regra específica a ser aplicada.

CONCEITO DE CONTRATO ATÍPICO

Os romanos conheceram os contratos nominados e os inominados, ou seja, os que possuíam e os que não possuíam um nome específico. Assim, os contratos nominados tinham um tratamento legislativo próprio; hoje, entretanto, tal nem sempre acontece, e, portanto, essas expressões tornaram-se obsoletas.

Assim, a aplicar-se, presentemente, essa terminologia, deverá ela ser entendida com a devida ressalva da doutrina, pois, muitas vezes, o contrato tem nome, no ambiente de sua utilização, e não é nominado, dado que não se encontra devidamente regulamentado em lei.

Daí ser preferível a referência aos contratos típicos e atípicos, sendo certo que os primeiros ajustam-se, os segundos não, em qualquer dos tipos, dos moldes, dos modelos contratuais estabelecidos em lei.

Por isso mesmo que tipicidade significa presença, e atipicidade ausência, de tratamento legislativo específico.

Ressalto, neste passo, que a palavra típico advém do termo latino *typus*, i, que significa tipo, modelo, molde, original, retrato, forma, exemplar, imagem, classe, símbolo, cunho, representação, que serve de tipo, de característico, e *typus* vem do grego *typos* (o que foi forjado, batido), do verbo grego *typto* (bato, forjo).

O art. 1.322 do Código Civil italiano, § 2º, por seu turno, aponta, de modo indireto, como inominados ou atípicos, todos os contratos que ainda não

pertencem aos tipos, que possuem disciplina particular, desde que realizem interesses merecedores de proteção pelo ordenamento jurídico.

Para a exata conceituação dessas categorias, refiro os ensinamentos de Francesco Messineo¹⁹ baseados no texto da legislação civil italiana, segundo os quais “o contrato é, in concreto, nominado, quando se enquadra exatamente nas estatuições (cogentes ou imperativas), que disciplinam o correspondente tipo”, sendo certo que,

em verdade, tomada, literalmente, a expressão contrato inominado equivaleria a um contrato que não tem um nome no sistema legal; mas, definitivamente, o não possuir um nome depende, a seu turno, do fato de que o referido contrato não está sujeito a disciplina própria; e é este último o exato conceito de contrato inominado.

A tipicidade, que distingue os contratos nominados dos inominados, é fator preponderante nesta matéria, e a tipicidade advém do elemento causa, do escopo contratual.

Sobre tipicidade, manifesta-se Pontes de Miranda²⁰

a tipicidade tem causas históricas, por muito fundada no direito romano, porém não só a vida jurídica nos tempos posteriores e nos dias de hoje, atuou e atua, como também o trato dos negócios, em caracterizações inevitáveis. O tráfico jurídico não só tipiza ou corrige o tipo. Por vezes, suscita tipos novos (e.g., no direito brasileiro, a duplicata mercantil), ou negócios jurídicos atípicos. A vida muda. Embora os princípios permaneçam, mudam-se estruturas e conteúdos de negócios jurídicos.

Assim, quando falamos em contrato típico, ministra Angelo Piraino Leto²¹ com as palavras de Sacco, queremos dizer: “contrato que se insere em uma figura que tem uma disciplina legal particular”. Por outro lado, é contrato atípico aquele que não possui uma disciplina legislativa, possuindo “uma causa nova e diversa, relativamente ao disciplinado pela lei”.

Os contratos típicos recebem do ordenamento jurídico uma regulamentação particular, e apresentam-se com um nome, ao passo que

os atípicos, embora possam ter um nome, carecem de disciplina particular, não podendo a regulamentação dos interesses dos contratantes contrariar a lei, a ordem pública, os bons costumes e os princípios gerais de direito.

Como sintetiza Silvio Rodrigues²² “contratos nominados ou típicos são aqueles a que a lei dá denominação própria e submete a regras que pormenoriza”, prosseguindo a conceituar os contratos inominados ou atípicos como os que “a lei não disciplina expressamente, mas que são permitidos, se lícitos, em virtude do princípio da autonomia privada. Surgem na vida cotidiana, impostos pela necessidade do comércio jurídico”.

Posso dizer, finalizando, que os contratos são típicos, quando possuem regulamentação específica na lei, e atípicos, quando não a possuem.

18

VONTADE DOS CONTRATANTES NOS CONTRATOS ATÍPICOS

Nos contratos atípicos, se não há regulamentação legal, as partes devem acautelar-se na fixação das normas contratuais, para que estas possam valer, desde que não contrariem os princípios gerais de direito, os bons costumes e as normas de ordem pública.

Portanto, nesses contratos, especificamente, só os contratantes devem regulamentar, por si mesmos, seus próprios interesses, em clima de boa-fé e de igualdade.

Como já alertei, enquanto o legislador não criar normas gerais aos contratos atípicos, as normas gerais dos contratos em espécie não podem a eles ser aplicadas.

As figuras atípicas, assim, merecem uma disciplina, à parte, com princípios próprios, como o vislumbrado por mim, em meus trabalhos, principalmente o da indivisibilidade das prestações. Isso porque a pluralidade de obrigações fora dos tipos contratuais, ainda que parcialmente, desnatura a natureza típica, porventura existente, na contratação, reclamando unidade de tratamento.

Lembra Maria Helena Diniz²³ que

os contratos inominados ou atípicos afastam-se dos modelos legais, pois não são disciplinados ou regulados expressamente pelo Código Civil ou por lei extravagante, porém são permitidos juridicamente, desde que não contrariem a lei e os bons costumes, ante o princípio da autonomia da vontade e a doutrina do *numero apertus*, em que se desenvolvem as relações contratuais. Os particulares, dentro dos limites legais, poderão criar as figuras contratuais que necessitarem no

mundo dos negócios.

E acrescenta: “Por não haver normas que os esquematizem e regulamentem especificamente, os contratantes deverão minudenciar as cláusulas contratuais o mais que puderem.”

Indispensável é, nesse ponto, a lição de Orlando Gomes²⁴ segundo a qual

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

19

CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS ATÍPICOS

É por demais complexo o problema da classificação dos contratos atípicos e deve ser compreendido com certa tolerância, uma vez que juristas de renome internacional têm trabalhado de forma exaustiva para sua solução, muitas vezes sem resultado prático, mas com contribuição teórica merecedora de aplausos, pois colocam eles, em plano internacional, esse problema para ser solucionado e cogitado por outros ângulos de vista, abrindo o campo dos debates livres e construtivos, que é a meta propulsora da Ciência Jurídica.

Colaborando nesse sentido, Francesco Messineo²⁵ apresenta classificação dos contratos sob exame, adiante resumida.

Contratos inominados em sentido estrito ou puros: (a) com conteúdo completamente estranho aos tipos legais (por exemplo, contrato de garantia); (b) com, somente, alguns elementos estranhos aos legais, enquanto outros, com função prevalente, são legais (por exemplo, contrato de bolsa simples).

Contratos inominados mistos: (c) com elementos todos conhecidos (elementos legais), dispostos em combinações distintas (tomada mais de uma das figuras contratuais nominadas), elementos que podem estar entre si em relações de coordenação ou subordinação. Essa categoria é a mais numerosa, integrada por contratos unitários. A causa do contrato misto é, igualmente, mista, e advém de uma ou mais causas heterogêneas entre si.

Por outro lado, o mesmo Francesco Messineo²⁶ expõe o agrupamento sistemático dos contratos inominados, da lavra de Ludwig Enneccerus, com pequeno acréscimo de ideias por Heinrich Lehmann, sendo essa sistematização, em seu entender, a que mais se impõe pelo rigor, pela organilidade e pelo fato de ter ela recebido maiores adesões, sendo certo que a procurarei sintetizar, na medida do possível, como adiante.

Contratos inominados (mistos, em sentido amplo): (a) Contratos combinados, ou contratos gêmeos: um dos contratantes obriga-se a várias prestações principais, que correspondem a diversos tipos de contrato, enquanto o outro contratante promete uma contraprestação unitária (por exemplo, comida e alojamento por uma contraprestação única, transporte marítimo de pessoa, com alimentação). Compõem-se de dois tipos contratuais mesclados em um todo unitário (as partes contratuais são inseparáveis); (b) Contratos de tipo dúplice ou contratos híbridos: todo conteúdo do contrato enquadra-se em dois tipos contratuais diversos, de tal modo que se manifesta como contrato, quer de uma, quer de outra espécie (por exemplo, contrato de portaria, onde existem tanto elementos da locação – uso de local a título oneroso – quanto elementos de contrato de trabalho – prestação de serviços a título oneroso); (c) Contratos mistos, em sentido estrito: o contrato contém elementos, que se mostram, cada um derivando de forma autônoma de outro tipo contratual nominado, e são, pois, elementos legais e conhecidos, dispostos em combinações originais de coordenação ou subordinação. Assim, existe a fusão de causa de dois ou mais contratos nominados, ou de elementos de contratos nominados com atípicos, ou de, somente, elementos atípicos, e é certo que existe em todos eles uma causa mista, que deve ser, sempre, unitária (por exemplo, a doação pode conter uma venda – *negotium mixtum cum donatione*, ou seja,

pode concluir-se, vendendo-se a coisa abaixo de seu valor, consentidamente; um negócio pode implicar compra e venda; renúncia de crédito litigioso para a aquisição de uma coisa; um contrato de trabalho pode conter uma sociedade; o transporte de pessoa em vagão-leito implica não só transporte, mas também locação de coisa).

No Brasil, é de destacar a classificação de Orlando Gomes²⁷ segundo a qual os contratos atípicos dividem-se em atípicos propriamente ditos e mistos. E acrescenta:

Ordenados a atender interesses não disciplinados especificamente na lei, os contratos atípicos caracterizam-se pela originalidade, constituindo-se, não raro, pela modificação de elemento característico de contrato típico, sob forma que o desfigura dando lugar a um tipo novo. Outras vezes, pela eliminação de elementos secundários de um contrato típico. Por fim, interesses novos, oriundos da crescente complexidade da vida econômica, reclamam disciplina uniforme que as próprias partes estabelecem livremente, sem terem padrão para observar. Os contratos mistos compõem-se de prestações típicas de outros contratos, ou de elementos mais simples, combinados pelas partes. A conexão econômica entre as diversas prestações forma, por subordinação ou coordenação, nova unidade. Os elementos que podem ser combinados são: contratos completos, prestações típicas inteiras, ou elementos mais simples. Nesses arranjos cabem: um contrato completo e um elemento mais simples de outro; um contrato completo e uma prestação típica de outro; prestações típicas de dois ou mais contratos; prestações típicas de contratos diversos e elementos simples de outros. Uma vez que os contratos mistos constituem subdivisão dos contratos atípicos, não se incluem na categoria os que se formam de elementos de outros contratos, mas já se tornam típicos.

Entendo, todavia, que os contratos que se formam de elementos de vários contratos típicos não são típicos, mas atípicos mistos, como adiante demonstrarei.

De ver, ainda, que Orlando Gomes²⁸ em sequência, enquadra em três classes os contratos mistos: (1) contratos gêmeos; (2) contratos dúplices; (3) contratos mistos stricto sensu, escudando-se nas lições de Enneccerus.

“Nos contratos gêmeos e nos contratos dúplices”, continua esse professor

baiano,

há pluralidade de prestações típicas de vários contratos que se misturam. Nos contratos gêmeos, a diversas prestações de uma das partes corresponde contraprestação única, enquanto nos contratos dúplices, a diversas prestações correspondem várias contraprestações. Aqueles são mais simples, estes mais complexos. O contrato misto, *stricto sensu*, segundo Enneccerus, contém elemento que representa contrato de outro tipo. Trata-se de contrato simulado, não o considerando contrato misto alguns escritores. Entre os contratos mistos não devem ser incluídos os que Enneccerus denomina contratos de duplo tipo, e contratos típicos com prestações subordinadas de outra espécie.

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

De minha parte, continuo entendendo que o somatório, em um, de dois ou mais contratos completos, em que circunstâncias sejam, não possibilita a consideração de cada avença como típica; isso porque as prestações desses contratos mesclam-se em um todo, sem possibilidade de separação. Todas as obrigações assumidas formam um só contrato, misto, ensejando sua rescisão, por exemplo, o descumprimento culposo de qualquer delas.

Cumpre, nesse passo, diferenciar os contratos atípicos mistos dos contratos coligados.

Explica Orlando Gomes²⁹ diferenciando os contratos mistos dos coligados, que “contrato misto é o que resulta da combinação de elementos de diferentes contratos, formando nova espécie contratual não esquematizada na lei. Caracteriza-se a unidade de causa”.

E continua, escudado na lição de Ludwig Enneccerus, acentuando que,

“em qualquer das suas formas, a coligação dos contratos não enseja as dificuldades que os contratos mistos provocam quanto ao direito aplicável, porque os contratos coligados não perdem a individualidade, aplicando-se-lhes o conjunto de regras próprias do tipo a que se ajustem”.

E conclui, dizendo que,

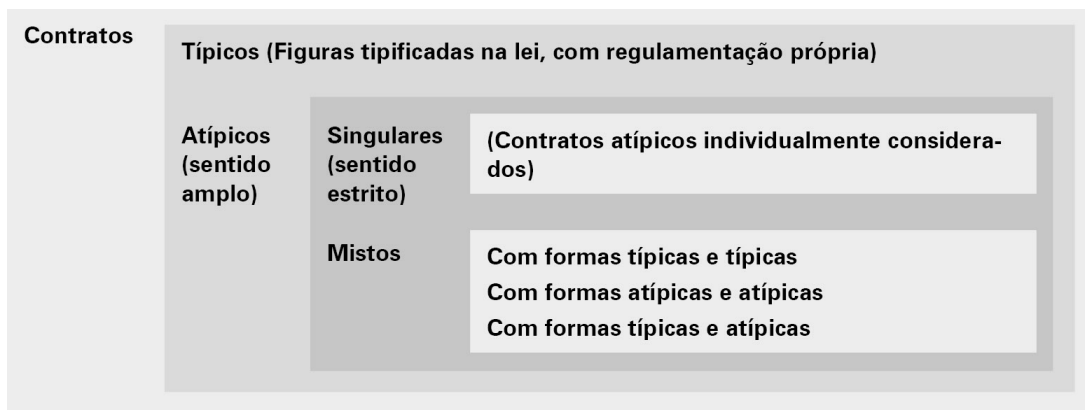
em resumo, distinguem-se na estruturação e eficácia as figuras dos contratos coligados e dos contratos mistos. Naqueles há combinação de contratos completos. Nestes, de elementos contratuais, enquanto possível a fusão de um contrato completo com simples elemento de outro. Pluralidade de contratos, num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

Desse modo, os contratos coligados, dois ou mais, guardam sua individualidade própria, sendo várias contratações autônomas, mas ligados por um interesse econômico específico. Já os contratos atípicos mistos são várias avenças que se somam e que se integram de modo indissociável, não tendo cada qual vida própria; é, portanto, uma contratação única, complexa e indivisível.

Sem qualquer pretensão de inovar ou de criar polêmicas, já em 1965, em minha citada³⁰ tese sobre a matéria, a par de demonstrar a necessidade de regulamentação dos contratos atípicos, elaborei sua classificação, segundo critério que me pareceu racional.

Assim, classifiquei, em sentido amplo, os contratos atípicos em duas categorias: os singulares e os mistos. Os contratos atípicos singulares são figuras atípicas, consideradas individualmente. Os contratos atípicos mistos apresentam-se: (a) com contratos ou elementos somente típicos; (b) com contratos ou elementos somente atípicos; e (c) com contratos ou elementos típicos e atípicos.

No quadro seguinte, pode ser visualizada minha classificação:



Como resta evidenciado nessa classificação, os contratos atípicos, em sentido amplo, não são mistos, pois contêm os contratos atípicos, propriamente ditos, que são formas singulares atípicas, como são formas singulares típicas as dos contratos regulamentados na lei; são contratos mistos, tão somente, os que mesclarem formas típicas ou atípicas, mutuamente, ou umas e outras.

Os contratos atípicos, em geral mistos, formam uma unidade indivisível, um todo uno e complexo.

Existe o contrato atípico em sentido estrito, como o típico, caso contrário o contrato que de atípico singular se transplantasse ao direito positivo, como típico, perderia suas características próprias.

20

IMPORTÂNCIA NA DISTINÇÃO ENTRE CONTRATO TÍPICO E ATÍPICO E LIMITAÇÃO DA LIBERDADE CONTRATUAL

Nesse ponto, temos que fazer uma diferenciação, no tempo, das expressões sub examine, pois não podemos comparar a distinção entre contratos nominados e inominados, feita entre os antigos romanos, e a que se faz hoje.

Nos primórdios do Mundo Romano, o formalismo não admitiu a existência de contratos inominados, que ficaram à margem da proteção jurídica.

Entretanto, quando os romanos sentiram que os problemas socioeconômicos clamavam por Justiça, escudados no princípio de equidade, acobertaram com o manto do Direito os *negotia nova*.

O reconhecimento dos contratos inominados entre os romanos, consoante já referido, foi uma conquista na época, dada a apontada rigidez com que se oferecia esse primitivo sistema contratual.

Todavia, não podemos esquecer que essa conquista transmudou-se até nossos dias, pois vemos, hoje, não somente uma divisão contratual fria e sem significado, mas com sentido de acompanhar o desenvolvimento do progresso dos povos.

Há que ver-se essa distinção não pelo simples ângulo de figurarem ou não, com nome na lei, os contratos, mas pelo reconhecimento da existência dessas categorias contratuais, que devem ser cogitadas e reguladas pelo Direito positivo de cada nação, para que não fiquem suas sociedades à

mercê das cogitações doutrinárias.

Tivemos, assim, oportunidade de sentir o problema dos romanos, que era bem diverso de nossa problemática atual.

Não temos o primitivo formalismo exagerado, que os asfixiava e ao Direito seu, que perdia sua condição de ser na ausência de uma liberdade de contratar e contratual.

Entretanto, hoje, essa liberdade impera no mundo dos contratos e do Direito, como uma conquista, mas não podemos esquecer que a liberdade demais é, também, um mal, por ser um excesso.

Daí a ideia moderna de liberdade, que deve ser limitada, para que se não configurem abusos.

Daí a necessidade de consubstanciar-se na lei uma orientação segura para os institutos jurídicos, sempre mais, no sentido do esclarecimento das dúvidas e do evitar das polêmicas, que muitas vezes subtraem o jurista da realidade social e o projetam pelos campos filosóficos de doutrinas intermináveis, que colocam em risco os próprios indivíduos em sociedade.

A lei deve conter, o quanto possível, solução de problemas doutrinários a ela anteriores, para que o Norte do futuro abra horizontes seguros, mesmo que seja preciso definir institutos jurídicos, contrariando o adágio *omnis definitio in iure civile periculosa est: parum est enim, ut non subverti possit* (toda definição, em Direito Civil, é perigosa, pois é difícil que não tenha de ser alterada)³¹.

Atualmente, é difícil, às vezes, dizer, com precisão, se se trata de figura contratual típica ou atípica, dadas as variações inumeráveis no campo contratual e a falta de regulamentação específica de certas situações, na lei.

Até quando nossa sociedade suportará a carência de uma séria e decisiva regulamentação dos contratos atípicos, de forma geral, metódica e lógica, não sabemos.

O comércio jurídico moderno não pode correr os riscos que até hoje vem correndo, no campo contratual, que, no âmbito socioeconômico, aparece como de capital importância.

Nesse problema não poderá haver esmorecimento, porque se ele é inesgotável, cresce, dia a dia, em progressão assustadora, vivendo eternamente, até que desapareça o homem da face da terra.

A apreciação da maioria dos juristas é de analisar, de forma fria, a divisão mencionada.

Eduardo Espínola³², após conceituar os contratos nominados e inominados, reportando-se aos ensinamentos de Hasenöhrl, conclui que essa distinção não tem o mesmo sentido, nem a importância prática que lhe atribuía o Direito Romano.

O que vemos é que a divisão dos referidos contratos não deve, nem pode, ser objeto de comparação com a dos romanos, porque as épocas diferem quanto a seus problemas, e é certo que o que nasceu em Roma não foi uma simples divisão contratual, mas o início da proteção jurídica dos contratos inominados, tendo essa iniciativa evoluído de tal forma que, hoje, ante a constante mutação social e ante as múltiplas formas dos institutos jurídicos contratuais, essa divisão continua, na prática, cada vez mais atuante, e deve ser objeto de estudos e de regulamentações.

Em Roma, houve o primeiro impacto, quando de seu surgimento, tendo aí nascido o primeiro remédio aos contratos inominados de forma efetiva, que foi a *actio praescriptis verbis*.

Contudo, esse primeiro remédio, essa primeira vitória, está esmorecendo, ante o contínuo crescimento da doença, que está a reclamá-lo em dose mais forte, para que o futuro veja dias melhores no sistema contratual das nações.

O sentido da distinção em tela foi por demais mudado, e está acrescido de ideias novas em latência, que se fazem sentir no cotidiano trato dos negócios jurídicos.

As necessidades econômicas e sociais da atualidade crescem multiplicações às multiplicações anteriores, num entrelaçamento de figuras típicas e atípicas, de toda sorte, dando-nos, por vezes, um emaranhado de obrigações em contrato, ante o qual o Poder Judiciário vê-se em verdadeira encruzilhada de dúvidas, de problemas e de perda de tempo, com complexas e difíceis decisões.

Por outro lado, a distinção existe e tende a dar subespécies, seja com interesse prático ou não, como querem alguns, mas a importância do problema aí está a reclamar cogitação da lei, pois esses contratos típicos e atípicos encontram-se no meio social a desafiar os intérpretes e a forçar o nascimento de novas leis reguladoras de suas novidades.

O que ressalta pela importância é a proteção, cada vez mais crescente, dos interesses dos indivíduos em sociedade, para que uns não suplantem os outros, numa limitação constante da liberdade contratual.

A lei necessita fixar moldes gerais para os contratos atípicos, a fim de que a liberdade privada não vá além de seus limites.

A liberdade há que condicionar-se, emoldurando-se na lei, para ser liberdade condicionada, não ser liberdade escravidão, instrumento dos que atuam de má-fé, em detrimento da própria sociedade.

Referindo-se aos contratos nominados e inominados, Darcy Bessone³³ entende ser a distinção “mera comodidade de expressão para a distinção entre os contratos especialmente denominados pela lei e aqueles que, não previstos pelo legislador e fundados no princípio da liberdade das convenções, não tenham disciplina legal particular”, afirmando, assim, em virtude do fato de todos os contratos, com ou sem denominação legal, no Direito Moderno, estarem providos de ações.

No entanto, como vimos, não basta o nome na lei para ser o contrato nominado, ou vice-versa, em virtude de existirem contratos que, possuindo nome no ordenamento jurídico positivo, não receberam, ainda, da lei a devida regulamentação particular, sendo certo, ainda, que a divisão estudada não existe por mera comodidade, mas por imperativo da própria sociedade, em favor de um sistema contratual, que deixou de acompanhar o progresso, as novas técnicas, as evoluções econômico-sociais, do mundo moderno.

Basta sentirmos, na sociedade, a criação contínua de novas formas contratuais, para sentirmos, concomitantemente, a necessidade de considerarmos a classificação dos contratos típicos e atípicos, com o valor prático e atual, como sente Caio Mário da Silva Pereira³⁴ pelo expressar dessas suas palavras: “No direito moderno não subsiste aquela antiga concepção”, querendo o autor referir-se ao formalismo romano, aduzindo que: “Todos os contratos produzem efeitos, são revestidos de ação, e geram direitos e obrigações. Não obstante isto, ainda sobreviveu a classificação dos contratos nominados e inominados, com significação diversa da romana e dotada de interesse prático”, afirmando, mais adiante, categoricamente, que “a importância prática da classificação não pode ser negada”.

A transformação dessas categorias contratuais, ao longo dos tempos, é prova inegável de sua existência e importância.

Tantas e tão variadas são essas formas novas que o legislador, embora as acompanhe em seu desenvolvimento, com o objetivo de regulá-las, fica impossibilitado de regular todas, de modo específico, particular, por serem elas a própria vida humana, fervente de condutas, num entrelaçamento que escapa às páginas frias dos Códigos.

O ordenamento jurídico positivo de um país não pode tudo prever em seus textos, mas deve, diante de cada instituto que aparece, dar-lhe o colorido legal, limitando e regulando, mesmo que de modo geral, seus contornos, para que o homem não se sinta livre para escravizar outro homem, mas se sinta livre para viver com seus direitos e deveres, respeitando os dos demais.

Se observarmos os primeiros Códigos Civis dos vários países, em várias civilizações, vemos que, com a constante transformação legislativa, nos Códigos e leis posteriores, seus textos vão-se amoldando às novas situações, crescendo o número dos contratos típicos à custa de figuras contratuais, que nasceram sem qualquer regulamentação e que pertenciam à categoria dos contratos atípicos.

O trato dos negócios, no direito atual, aumenta sensivelmente o número de contratações atípicas. As partes contratantes, dessa maneira, vão criando novas figuras, nos moldes de suas necessidades negociais. Surge, assim, um número ilimitado de contratações cujas normas são criadas de acordo com a conveniência dos contratantes, em aparente clima de liberdade, que merece limitação.

Daí a necessidade de frontal consideração do problema.

O acanhamento de nossa legislação, no campo dos contratos típicos e atípicos, choca ante a intensidade de liberdade privada, que se nos coloca pela frente no âmbito contratual.

É verdade que a convenção faz lei entre as partes, mas a própria lei há que conter os limites dessa livre estipulação privada no sistema contratual, para que não fique esse sistema ao arbítrio das convenções, sem a indispensável intervenção do Estado, para diminuir, cada vez mais, os abusos, a fim de que, assim, se realize o fim do Direito, que é a Justiça, depois da Ordem e Segurança sociais.

A atual tendência do direito para uma maior interferência nos contratos visa a ampla proteção para o elemento economicamente fraco, não pretendendo, todavia, reduzir ou limitar o número de contratos inominados e a liberdade que os contratantes têm de criar novos tipos de contratos,

pondera Arnoldo Wald³⁵.

A lei não pode, como sabemos, conter todas as soluções dos problemas humanos, mas há que regular os que existem de longa data, já do conhecimento geral e quase totalmente regulados pelos usos e costumes e reconhecidos pela jurisprudência.

Enquanto tarda a regulamentação legal de um instituto, que tem vida no seio da sociedade, como é o caso do contrato atípico, deve ter ele acesso ao texto legal, mesmo com regulamentação geral, como já disse, para que exista um método e uma lógica de considerá-lo, de observá-lo de modo científico, para que se não vejam totalmente livres as partes, que, em busca de seus interesses, chegam, na maioria dos casos, a abusos, que, muitas vezes, acobertam-se sob o manto da lei que, por ser muito genérica e muito liberal, termina por não ter meios para coibi-los.

Se, em face do extremo primitivo formalismo romano, foi dada real

importância aos contratos inominados, que arrefeceram aquele excesso, por outro lado, a mesma importância se nos é devida, no mundo contemporâneo, pela razão contrária de não levarmos a conquista da liberdade contratual à inglória situação de desarmonia social, em que os homens, libertados em seus instintos naturais, têm as portas abertas para a tentação e facilidade de abusar de outros homens mais fracos, que esperarão o dia de serem fortes, numa progressão selvagem de regresso ao mundo primitivo.

Por isso, o legislador há que voltar-se para a sociedade, para que a lei nasça da sociedade, informada para minorar os problemas desta, sendo, assim, sempre atual e tendente à Justiça.

O grande lema da atualidade é sem dúvida o maior respeito à dignidade do ser, com o intuito sempre de evitar o enriquecimento indevido, sem causa.

O papel do legislador assemelha-se ao do julgador; ambos devem sentir os reclamos da sociedade, o primeiro para ditar-lhe suas normas de conduta, o segundo para aplicá-las na solução dos casos concretos.

Entretanto, quando a lei não regulamenta o contrato, ou o faz inadequadamente, cabe ao juiz a árdua tarefa de buscar o sentido de Justiça para solver a pendência, de tal sorte que sua decisão faça retornar o equilíbrio à relação jurídica lesada.

Verdadeira semente desse ideal de justiça contratual residia no art. 315 do primitivo Projeto n. 634, de 1975, do Código Civil, em que se acentuava: "Quando, pela desvalorização da moeda, ocorrer desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento da execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que preserve, quanto possível, a

equivalência das prestações”.

Embora digno de elogios, como ressaltai³⁶ quando esse texto era, ainda, o art. 311 do Anteprojeto de 1972, o preceito apresentava-se mesmo acanhado, porque declarava a possibilidade, em qualquer situação, de intervir o juiz, somente com o pedido da parte lesada, para preservar a equivalência das prestações, eliminando excessos que pudessem existir, principalmente nos contratos atípicos, que não encontram freios maiores, na legislação, à liberdade contratual.

Se a lei não estabelece em seu texto um freio, no capítulo da liberdade contratual, o contrato poderá ser um meio de verdadeira opressão entre os homens, restando ao Poder Judiciário controle quase impossível, de difícil realização.

Tudo porque, nessa liberdade, os interesses humanos existem, teoricamente, em pé de igualdade, pois o mais forte economicamente reduzirá, na avença, a área de atuação do direito do mais fraco, que resta sem proteção jurídica no momento em que o contrato surge.

Todavia, os textos dos citados arts. 315 (do Projeto de 1975, primitivo) e 311 (do Anteprojeto de 1972) foram alterados em sua primeira parte, e foi incluída a expressão por motivos imprevisíveis. Isso já se nota no art. 316 do Projeto do Senado, n. 118, de 1984, em sua redação final de 1997, e no art. 317 do Projeto consolidado pela Câmara dos Deputados, sob a relatoria geral do Deputado Ricardo Fiuza, que foi aprovado como art. 317 do Código Civil.

Com essa expressão, como já ressaltai ao analisar o princípio norteador da teoria da imprevisão (cláusula rebus sic stantibus), deixa-se de considerar objetivamente a matéria, conforme a lição justinianeia, muito

mais segura. Realmente, entendo que não há necessidade de cogitar-se de motivo previsível, ou não, mas objetivamente deve-se considerar se houve ou não desequilíbrio contratual, que torne a uma ou a ambas as partes insuportável o cumprimento das obrigações assumidas no contrato. Nesse caso, não sendo possível a revisão contratual, estará extinta a contratação ante a ocorrência de resolução do pactuado.

Voltando a cogitar da limitação legal da liberdade contratual, sentimos que, depois de realizado o pacto, de ocorrida a lesão, por falta de limitação dessa liberdade na lei, não há mais que falar em remédio. A reparação é custosa e não pode repor certos valores destruídos.

Se é verdade que todos devem ser livres para contratar, o mesmo não ocorre quanto à liberdade contratual, considerada como a possibilidade de livre disposição de seus interesses pelas partes. Estas devem, sem peias, regular tais interesses, clausulando-os, sem colisão de direitos. O direito de um vai até onde se inicia o do próximo.

Se, ao contrário, dermos força demais à liberdade contratual, restando todos ao sabor dela, ficando o homem livre na sociedade, seria o mesmo que libertar um pássaro, recém-saído da gaiola, ao alcance de um gavião. Pouco duraria a liberdade daquele.

No pedestal em que devemos colocar a pessoa humana, temos que quedar a liberdade, para que aquela seja mais considerada do que esta, para que esta possibilite um meio normal de vivência daquela, para que, enfim, seja a liberdade escrava do homem e não para escravizá-lo.

Repito, nesse passo, que, ante a impossibilidade prática de regulamentação legislativa de todos os contratos atípicos e os que surgem, no trato diário, nas relações jurídicas, deve ser criada uma Teoria Geral, na

lei, para regulamentar, in genere, todos esses negócios novos.

21

CÓDIGO CIVIL DE 1916, DIREITO PROJETADO E CÓDIGO CIVIL DE 2002

Nosso Código Civil de 1916 tratava das Disposições Gerais dos Contratos em seu art. 1.079 e seguintes; não fazia menção expressa aos contratos inominados ou atípicos, contudo os admitia, como, direta ou indiretamente, todas as legislações; regulamentando 16 figuras contratuais, quais sejam: compra e venda, troca, doação, locação, empréstimo, depósito, mandato, gestão de negócios, edição, representação dramática, sociedade, parceria rural, constituição de renda, seguro, jogo e aposta e fiança.

Há outros contratos típicos, regulamentados por legislação extravagante, que serão, todos, estudados no livro destinado aos contratos típicos e atípicos, em espécie.

Esses contratos atípicos representam uma série incontável de negócios jurídicos firmados em nossa sociedade; todavia, já sabemos que os contratos atípicos existem, paralelamente aos típicos, e com eles formam um só corpo, recebendo a devida proteção jurídica.

Dos múltiplos negócios, na vida brasileira, surgiram e continuam a surgir figuras contratuais novas, que não possuem qualquer referência em nossa legislação positiva, sujeitando-se a problemas de toda sorte.

A mudança das condições sociais e econômicas de um povo influi, sobremaneira, em sua legislação e nós estamos a sentir tal fato.

Certos contratos típicos tornam-se obsoletos, como é o caso da

constituição de renda, esquecido em virtude da inflação monetária, em nosso país.

Outros contratos já se iam tornando típicos, em acréscimo aos 16 referidos, como é o caso do contrato de incorporação, introduzido como contrato típico pela Lei n. 4.591 de 16 de dezembro de 1964. Nesse caso do negócio de incorporação, existiam como existem nos demais contratos, que ainda permanecem atípicos, incontáveis abusos pelo excesso de liberdade, o que se constitui verdadeira ameaça às partes contratantes, enquanto não se fixarem normas gerais, vinculando essas atípicas manifestações contratuais a certos princípios controladores dos interesses, que deturpam as relações jurídicas privadas.

Ninguém melhor do que Caio Mário da Silva Pereira, autor do Anteprojeto da Lei do Condomínio e das Incorporações, para elucidar sobre o caso específico da incorporação.

Após mostrar uma série infundável de abusos, que se cometiam diariamente no campo dos negócios de incorporação, assevera esse jurista³⁷: “E foi precisamente porque faltava uma caracterização exata para a sua atuação, como porque o negócio da incorporação não tinha a natureza de um contrato nominado, é que não há pronunciamentos seguros da justiça a seu respeito”.

Sentindo o desenvolvimento contratual atípico, observa o mesmo autor³⁸, já agora no Anteprojeto de Código de Obrigações, que novas figuras de contrato perfilaram pelos arts. 537 s., 613 s., 684 s., 707 s., 803 s., 828 s., 840 s., os quais regulam, respectivamente, os contratos de transporte, de corretagem, de comissão, de agência e distribuição, de transação, de capitalização e os contratos bancários.

Essa reforma legislativa, embora não levada adiante, foi uma tentativa de atualização do Direito Nacional, adaptando-o, à medida do possível, às necessidades socioeconômicas da época.

Entretanto, no âmbito contratual, muitas figuras atípicas deveriam ter sido regulamentadas pelo texto daquele Anteprojeto, já, então, consolidadas por nossos usos e costumes, como, por exemplo, o contrato de exposição, de estacionamento, de estabulação, de pensão para animais, de mudança, de certame desportivo, de hospedagem, de publicidade, de plantação, de garantia, de bolsa, de alimentos, de claque etc., além de outras.

A tendência será, sempre, a de crescer o número de contratos típicos e atípicos, com figuras intermediárias, não podendo esse problema ser abandonado, sob pena de tornar-se, cada vez mais, de difícil solução, com reais prejuízos a nossa sociedade.

Esse Anteprojeto de Código de Obrigações, é preciso que se diga, trouxe em seu contexto o reconhecimento expresso da existência de figuras atípicas, submetendo-as aos princípios contratuais no mesmo documento contidos.

Realmente, assim se enunciava seu art. 299:

As partes têm a faculdade de determinar o conteúdo do contrato nos limites impostos pela lei, independentemente da adoção das normas especiais pertinentes às figuras típicas disciplinadas neste Código, mas sempre sujeitas aos princípios contidos neste Título.

Esse citado artigo passou ao Projeto, em 1965, como 288, com a seguinte redação: "Podem as partes, independentemente das normas especiais pertinentes às figuras típicas disciplinadas neste Código, determinar o conteúdo do contrato, nos limites impostos pela lei e sem ofensa dos bons

costumes e da ordem pública”.

Sem dúvida que a redação desse artigo nesse Projeto foi mais clara e, em sua parte final, completou o sentido do primitivo texto.

Já, com essa providência, um passo além foi dado, embora não suficiente, para que se iniciasse um tratamento especial genérico dos contratos atípicos.

É mister que digamos: embora esse Anteprojeto de Caio Mário tenha conquistado, no Direito Nacional, a força do reconhecimento expresso dos contratos atípicos, não foi até onde deveria, mostrando certa insegurança na tratativa da matéria e ausência de maiores cuidados, que o assunto exige, valendo a mesma assertiva quanto ao aludido Projeto.

Por seu turno, o Projeto do atual Código Civil, de 1975, n. 634, já estabelecia, expressamente, que é lícito “às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”. É o texto do art. 424 do Código Civil de 2002.

Como vemos, não se criou um capítulo específico, nesse Projeto, que cuidasse de princípios gerais atinentes, diretamente, aos contratos atípicos, se bem que os arts. 420 e 421 do mesmo documento tenham estabelecido princípios, que se reclamavam no texto do Código de 1916. O primeiro, art. 421 do Código Civil de 2002, menciona que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, embora melhor nos pareça que se deva falar em liberdade contratual e não de contratar. O segundo, art. 422 do Código Civil de 2002, demonstrando que os contratantes “são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Desse modo, o Código Civil de 2002 fez progredir, bastante, o tratamento

legislativo dos contratos atípicos, não só pelas advertências feitas no campo contratual, em geral, quanto a um mais humano comportamento das partes, mas também porque disciplinou alguns novos contratos, em acréscimo ao elenco do Código Civil de 1916.

Realmente, tratando dos contratos típicos, então existentes, acrescentou tantos outros, já incrustados em nosso costume jurídico, como o contrato estimatório (arts. 534 a 537), o contrato de comissão (arts. 693 a 709), o contrato de agência e distribuição (arts. 710 a 721), o contrato de corretagem (arts. 722 a 729), e o contrato de transporte (arts. 730 a 756).

MINHA POSIÇÃO DOUTRINÁRIA E MEUS PARECERES

1 Critério de localização dos contratos atípicos

Como deixei claro, o contrato ou o elemento típico, quando somado a outro contrato ou elemento típico ou, mesmo, atípico, em um contrato, ou quando somados contratos ou elementos atípicos em um contrato, a convenção desnatura-se, e esse conjunto de contratos ou de elementos mistos compõe uma nova contratação, una e complexa, com todas as suas obrigações formando algo individual e indivisível.

O mesmo acontece com a figura singular atípica, com suas obrigações, que não se enquadram, em sua unidade, nas contratações típicas, reguladas na lei.

“Para delimitar com segurança a atipicidade de um contrato, o verdadeiro critério é o que prescreve o estudo de sua causa ou função econômico-social”, acentua Orlando Gomes³⁹ “apesar da nebulosidade que envolve, entre nós, a doutrina da causa”.

Adverte, mais, que

a relação atípica há de ser monolítica, proveniente de causa única, jamais de uma pluralidade de causas entre si autônomas, nada obstando à sua determinação, que é feita ora pelas próprias partes, ora pelos usos. Exige-se, tão somente, que seja um “elemento objetivo e constante”, como nos contratos típicos, reconhecido, nos limites de sua validade, pelo ordenamento jurídico (Messineo). Há de coincidir, finalmente, com o chamado ‘intento empírico’ ou escopo que as partes pretendem alcançar, ou, em linguagem vulgar, o que querem obter em termos de realização de interesses econômicos.

Sem procurar contrariar essa posição doutrinária, prefiro, para localizar os contratos atípicos, o critério de análise das prestações, que compõem os contratos (dar, fazer e não fazer), para melhor entendimento de sua natureza, uma vez que as obrigações integram a essência das contratações.

Sem discordar desses ensinamentos, o certo é que na prática, entretanto, interpretações surgem quanto à aludida tipicidade social, criada pelas próprias partes ou pelos usos e costumes. Também resta difícil, diante das figuras contratuais novas, em formação, sentir-se, nelas, a chamada "causa única".

Meu critério de análise das prestações, como mencionado, é mais seguro e objetivo.

Aliás, esse tem sido meu proceder científico, que se mostra com bons resultados práticos em alguns de meus estudos e pareceres.

2 Caso e Parecer 1

Destaco, nesta feita, como exemplo desse método, parecer por mim exarado⁴⁰ relativo ao Contrato de Fornecimento e Distribuição de Água Mineral, em que essa avença foi, por mim, enquadrada como atípica mista.

A discussão doutrinária foi em torno de considerar esse contrato como típico de compra e venda ou como típico de locação de coisa.

Passo a analisar as prestações principais dessa avença, narrando, de modo sucinto, os fatos.

O titular de direitos de exploração de água mineral, que chamarei de F, firmou a aludida contratação com empresa distribuidora desse produto, que chamarei de D, obrigando-se, reciprocamente, a várias prestações: F, titular das fontes de água mineral, em determinada região, obrigando-se a extrair

essa água, colocando-a no vasilhame de D, fornecido por D, entregando F o produto, desse modo, a D, contra o pagamento, de D a F, de um preço. Acontece, ainda, que o vasilhame de D deveria portar a marca de F, por rótulo, ficando D impedido de comercializar dita água, na aludida região de tal cidade, e F impedido do mesmo comércio fora dessa região; além de outras prestações secundárias.

Realmente, as principais obrigações assumidas pelo fornecedor foram as de captação, industrialização e engarrafamento de água mineral, que são de fazer, e a de entregar esse produto, que é obrigação de dar coisa certa. Em contrapartida, seu direito fundamental é o de receber por essa atuação um pagamento certo, gravado na avença, e reajustado monetariamente, segundo o contratado.

Por seu turno, obrigou-se, principalmente, a distribuidora a entregar o vasilhame, entre outras coisas, para possibilitar o engarrafamento do mencionado produto, a pagar os valores reajustados, como estabelecido no contrato, que são obrigações de dar coisa certa, e a distribuir esse produto, vendendo-o a terceiro, o que importa obrigação de fazer, enquanto não realizada essa venda. Por outro lado, os direitos da distribuidora são: o de retirar a água engarrafada, no setor industrial da fazenda do fornecedor, o que, também, é uma obrigação de fazer, o de poder fiscalizar a industrialização da água e o de poder utilizar-se da marca do fornecedor.

A relação jurídica principal, que se insere nesse complexo de direitos e obrigações, é a de compra e venda de água mineral, que implica a entrega, pelo fornecedor, desse produto em suas fontes, e a remuneração pela distribuidora, que paga o devido preço. Ambas as obrigações de dar coisa certa: entrega de água mineral (espécie) com a quantidade mensal prevista no contrato, com mínimo e máximo de fornecimento, presente a qualidade

do produto, inconfundível (água mineral das fontes do fornecedor, oriunda de sua Fazenda, com características medicinais próprias). O caráter de infungibilidade desse produto resulta em corolário, pois jamais poderia o fornecedor substituí-lo por outro, levando-se em conta suas peculiaridades.

Ora, como resta evidente, dito contrato não é nem de compra e venda, nem de locação de coisa, pois nestes as prestações são, simplesmente, de dar, respectivamente: coisa contra preço e cessão de uso e de gozo contra aluguel. A existência de qualquer outra espécie de prestação, de fazer ou de não fazer, como demonstrado, desnatura toda a contratação.

Realmente, mesmo que vendida a água, em ditos vasilhames, com recebimento do preço, não estaria exaurida a compra e venda, bastando o descumprimento de uma das mencionadas prestações, de fazer ou de não fazer, para a rescisão de todo o contrato, como, por exemplo, se D vendesse sua água na região da mencionada cidade, ou vice-versa.

Entretanto, nunca existiu locação, na referida avença, porque lhe faltou o elemento fundamental, cessão do uso da fonte, que permaneceu na posse de F. Todavia, ainda que D pagasse a F para utilizar-se de sua fonte, mesmo assim descumpriria todo o contrato, por exemplo, se se obrigasse a não comercializar dita água, na região daquela cidade, e o fizesse.

3 Caso e Parecer 2

Em outro parecer meu⁴¹ concluí, em 10 de setembro de 1985, também, pela existência de contrato atípico misto, em que as partes realizaram negócios de venda e compra de áreas de terra, concomitantemente, com execução de obras, em empreendimento de uma delas.

No caso, a empresa A vendeu à empresa B duas áreas de terra, sendo

certo que, à época de lavrarem-se as escrituras definitivas, firmaram essas partes um contrato particular de execução de obra, pelo qual a compradora das áreas obrigou-se a realizar trabalho de infraestrutura de loteamento, gratuitamente, no terreno restante da aludida vendedora.

Afora outras situações secundárias, o certo é que restou evidenciado que as partes quiseram os dois negócios, simultaneamente, que, embora típicos, compra e venda e empreitada, restam indivisíveis na aludida relação jurídica (os negócios nasceram juntos, por uma única causa).

Por isso, mesmo que cumpridas as prestações do negócio de compra e venda, ele não se extingue, pois fica dependente do cumprimento das prestações na empreitada, sob pena de rescisão do negócio todo.

Assim, são indivisíveis todas as avenças dessas mesmas partes, tais as prestações de dar, de ambas, nas compras e vendas de áreas de terra; tais as prestações de dar e de fazer, na empreitada, assumidas pela empresa B, independentemente de qualquer remuneração. Os negócios formam uma unidade obrigacional só, que não pode ser dividida. As partes, ao contratarem, quiseram o todo das duas contratações.

4 Caso e Parecer 3

Em outro parecer⁴² sustentei que o contrato de uma confeitaria, para revenda de doces, bolos, salgados, sorvetes e demais produtos seus, firmado com seus revendedores, é de franquia comercial, que, à época, era atípico misto, dadas as cláusulas pactuadas, adiante resumidas.

Por esse contrato, dita confeitaria concede direito a revendedoras de revender os aludidos produtos, de sua fabricação, devendo estas realizar seus negócios, em seu nome, por sua conta, risco e inteira responsabilidade, sem direito de representação da confeitaria.

A confeitaria obriga-se a prestar às mesmas revendedoras orientação técnica, relativamente à organização e ao adequado funcionamento destas empresas (fazer); a ceder, por seus departamentos especializados, o know-how necessário à instalação e montagem das lojas revendedoras (fazer); a fornecer plantas para a execução de suas obras (dar); a orientar sobre a forma de utilização, com o máximo de eficiência, de todas as instalações e montagens das lojas de revenda (fazer); a orientar o pessoal técnico das mesmas revendedoras (fazer); a visitar, periodicamente, estas, por meio de seus representantes e auditores, para verificar o aprimoramento das atividades destas (fazer).

Por outro lado, as revendedoras obrigam-se: a adquirir os produtos fabricados pela confeitaria, por pedidos diários, aos preços estipulados pela produtora, com uma margem de lucro (dar); a remunerar a confeitaria com um percentual sobre o volume de vendas (dar); a promover os interesses da confeitaria, pela propaganda de seus produtos (fazer); a usar o nome da confeitaria, enquanto durar o contrato, sem, entretanto, adquirir qualquer direito quanto a essa marca (fazer); a equipar suas dependências, destinadas à revenda, exposição e depósito dos produtos, e a conservá-los nos moldes das orientações da confeitaria, identificando-os com a marca desta (fazer); a observar a orientação da confeitaria, quanto às normas de trabalho, manutenção de estoques e vendas desses produtos, bem como no tocante à assistência técnica, propaganda, promoção de vendas e treinamento do pessoal (fazer); a manter o atendimento ao público, em todas as suas instalações (fazer); a manter a tabela de preços em lugar visível (fazer); a manter os produtos sem modificá-los (fazer); a zelar pelas marcas, insígnias, sinais, expressões de propaganda ou privilégios industriais da confeitaria (fazer); a não fabricar, comercializar e/ou colocar à

venda produtos de qualquer natureza, cujas origens não sejam da confeitaria, inclusive material de embalagens (não fazer).

Esse contrato, além de obrigar a revendedora, de modo exclusivo, como visto, quanto à comercialização dos produtos da confeitaria, fixa a zona dessa atividade da revendedora, que não poderá exercê-la fora dela (não fazer), competindo à confeitaria realizar contratos de idêntica natureza com outras revendedoras (fazer).

Cabe, nesse ponto, para perfeito entendimento desse contrato de franchising, a mostragem de seus elementos essenciais, cuidados por Italo Giorgio Minguzzi⁴³, a saber: (1) “existência de um contrato que regule em detalhe todos os aspectos do acordo de colaboração entre a empresa e o operador comercial”; (2) “autorização do operador, por parte da empresa, ao uso da marca e/ou da denominação ou razão social desta última”, (3) “transferência ao operador do conhecimento técnico de propriedade da empresa e do ‘know-how’ comercial idealizado e experimentado pela mesma”; (4) “pagamento à empresa de uma cota da parte do varejista ou do investidor: tal cota representa um correspectivo pelo uso do nome, da marca e da imagem e pelo acesso imediato, oferecido a cada indivíduo, ao ‘know-kow’ comercial, à assistência, à instrução, à técnica e a todos aqueles serviços que são de propriedade da empresa”; (5) “necessidade de um investimento inicial por parte do operador, para cobertura das despesas de construção, transformação e equipamento do exercício da distribuição”; (6) “interesse contínuo da empresa ao fornecer ao operador toda ajuda possível em todos os campos da gestão comercial; ‘layout’ do ponto de venda, aquisição, rotação do ‘stock’, ‘display’, promoção, ‘merchandising’, publicidade, contabilidade, consultência fiscal, instrução do pessoal, atualização periódica” etc.; (7) “adestramento fornecido pelos técnicos da

empresa ao operador logo ao início da atividade do ponto de venda”; (8) “processo e disponibilidade, por parte do operador, da unidade de venda e dos requisitos jurídicos pelo exercício do comércio”.

Como visto, o mesclado de prestações de dar, de fazer e de não fazer levava a uma concreta impossibilidade de enquadrar a franquia comercial em qualquer dos tipos regulamentados. Veja-se, mais, que essa diversidade de prestações, em sua grande maioria, repelia a ideia de considerar o contrato em foco como se franquia fosse.

Destaque-se, só para lembrar de algo fundamental, que, na franquia, não existe cessão de uso de local, pois este é do próprio franqueado, e que este zela pelo nome dos produtos do franqueador, que revende ou produz, mas sob total controle deste último.

Resta clarividenciado, pois, que é muito útil, para descobrir a tipicidade ou atipicidade do contrato, a análise profunda de suas prestações (dar, fazer e não fazer). É certo que podem coexistir essas espécies; todavia, os objetos prestacionais são diferentes, o que leva à descoberta da verdadeira causa contratual.

Mencione-se, neste ponto, em complemento, que a Lei n. 8.955, de dezembro de 1994, editada, portanto, após o parecer retrocogitado, dispôs sobre o contrato de franquia empresarial (franchising), regulamentando-o. Tornou-se, assim, típica a contratação de franquia.

O art. 2^o dessa lei assim a conceitua:

Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

Nada impede, entretanto, que, mesmo contratada a franquia, apresente-se ela combinada com outro tipo de contrato ou com elementos atípicos, que integrem a contratação, como um todo uno e indivisível, sem contrariar as normas legais existentes, principalmente da Lei n. 8.955/94, a ordem pública, os bons costumes e os princípios de direito. Nesse caso, o contrato será atípico misto, formado com a franquia e outras contratações ou elementos estranhos a esse contrato.

5 Caso e Parecer 4

a) Generalidades

Outro parecer em que deixei⁴⁴ patenteada minha posição doutrinária foi o da “atipicidade mista do contrato de utilização de unidade em centros comerciais e seus aspectos fundamentais”.

b) Principais cláusulas do contrato de utilização de unidade em centros comerciais

Os contratos de utilização de unidades em centros comerciais, que se realizam para ocupação de seus magazines, lojas, restaurantes e lanchonetes, são geralmente chamados, simplesmente, de contratos de locação.

Essa espécie de contrato, à época do parecer, principalmente para garantia do locatário, enquadrava-se em princípio, embora precariamente, na Lei de Luvas (Decreto n. 24.150, de 20 de abril de 1934), com prazo de cinco anos, para que se possibilitasse sua renovação, por acordo das partes contratantes ou por decisão judicial, em ação renovatória.

O aluguel estipula-se, de modo muito particular, compondo-se de uma parte fixa, com valor mínimo, corrigido monetariamente, e de outra

variável, à base de um percentual sobre o movimento de vendas, apurado pelos totais diários das negociações realizadas nas caixas registradoras, nos recibos, nos talões, nas notas fiscais e nos livros de registro de vendas, e o locador tem livre acesso a toda essa documentação.

Por esse sistema de pagamento de aluguel, o locatário obriga-se a informar ao locador, por escrito, em certo prazo estabelecido no contrato, o volume das vendas realizadas no mês anterior, para que se possa proceder ao cálculo para apuração do valor devido, mensalmente.

Consta, ainda, nessa espécie de contratação, frequentemente, como obrigação do locatário, o pagamento das despesas lançadas, diretamente, sobre a unidade, tais como energia elétrica, gás e água, também impostos, que recaem sobre o shopping center, despesas ordinárias de condomínio, proporcionalmente à área útil ocupada e, mais, a parte referente a sua contribuição para o Fundo de Promoções Coletivas, no montante de 10% sobre cada aluguel pago, e a taxa de serviços de vigilância, em proporção aos metros lineares da fachada da área ocupada.

Esse aludido Fundo tem por objeto campanhas, em todos os meios de divulgação, que visam ao desenvolvimento geral das vendas do shopping center; tudo com o intuito de incentivar as vendas, com variadas atividades, como as de publicidade, de policiamento e de decoração, a final rateadas.

Existem casos curiosos de o locatário pagar mais um aluguel, ao final do ano, para custear despesas com 13^o salário dos empregados e do pessoal da administração do edifício.

Integra o contrato verdadeiro sistema normativo, tais a Escritura Declaratória de Normas Gerais Regedoras das Locações dos Salões de Uso Comercial e o regulamento Interno do Condomínio do Shopping Center.

Assim, considera-se apto a ocasionar a rescisão do contrato o descumprimento de quaisquer das obrigações nesses documentos estabelecidas.

Destaco que a aludida Escritura Declaratória figura como paradigma contratual, pois nela são fixadas normas a que aderem os contratantes locatários, nos chamados contratos de locação.

Assim, por exemplo, nessa escritura, menciona-se que, nos salões de uso comercial, só se admitem atividades caracterizadas pela adoção das melhores técnicas de comercialização, administração e funcionamento em centros comerciais internacionalmente conhecidos, nessa categoria de shopping center; e, mais, que o locatário deve apresentar à administração do shopping, para exame e aprovação, todos os projetos referentes a instalações comerciais, letreiros luminosos e decoração, elaborados por profissional capaz e idôneo, com exigências e restrições, que nessa Escritura se estabelecem; e, ainda, que o locatário não poderá destinar sua atividade para certos fins, como venda de artigos de segunda mão, mercadorias recuperadas por seguro, salvados de incêndio; e, também, que o locatário não deixe fechado seu estabelecimento por prazo igual ou superior a 30 dias; entre outras restrições.

Por sua vez, o locador obriga-se a manter em perfeito estado os serviços de limpeza e de conservação das partes comuns do shopping center, zelando pelo bom funcionamento dos aparelhos de iluminação e de hidráulica dessa mesma área.

c) Alguns aspectos peculiares dos contratos de utilização de unidade em centros comerciais

c.1) Dúplice fixação do aluguel

Por ser oneroso o contrato sob estudo, em correspondência à cessão do uso ou do uso e da fruição da unidade autônoma, loja, por exemplo, pelo empreendedor ao utilizador, deve este pagar àquele determinada retribuição, o preço ou o aluguel.

Já dissemos, eu e Rogério Lauria Tucci⁴⁵, que nada impede que o pagamento do aluguel se faça por outro objeto que não dinheiro; entretanto, no âmbito da Lei do Inquilinato n. 6.649, de 1979, era expresso o art. 15, quando determinava o pagamento em dinheiro, tanto que permitia, como regra generalizada às locações prediais urbanas, a correção monetária do aluguel. Atualmente, revogada aquela, pela Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991, o art. 17 vigente apresenta-se com o mesmo sentido, vedando-se, ainda, a estipulação de aluguel em moeda estrangeira e sua vinculação à variação cambial ou ao salário mínimo.

O aluguel, no contrato sob análise, embora pago em dinheiro, é, todavia, *sui generis*, pois se apresenta de modo dúplice, com uma parte fixa e outra variável.

A parte fixa é corrigida monetariamente e a variável estabelece-se sobre determinado percentual do faturamento, e ambas são previstas no contrato por cláusula de escala móvel e como débito de valor, para obviar a perda valorativa de nossa moeda.

Essa cláusula possibilita o ajustamento automático dos valores contratados, de tal forma que, no caso em estudo, as duas partes do aluguel vão sendo corrigidas, sendo devida a fixa, quando o percentual da variável não ultrapassar seu valor.

Nada há, na lei brasileira, que invalide essa contratação, que é lícita, portanto, quando não ofende as leis de ordem pública, os bons costumes e

os princípios gerais de direito.

Na cláusula de escala móvel, está presente dívida de valor, que deve distinguir-se de dívida em dinheiro.

Nessa, como tive oportunidade de demonstrar⁴⁶, o débito representa-se pela moeda consignada em seu valor nominal, ou seja, pelo importe econômico nela consignado; como ressalta claro, nesse débito, o objeto é o próprio dinheiro.

Naquela, a dívida é de valor, paga em dinheiro, que visa medir o real valor da prestação.

No caso do contrato sob exame, dada a sua natureza atípica, ajusta-se, perfeitamente, a contratação da referida cláusula, com fundamento no princípio da autonomia da vontade.

Sim, porque a correção monetária é, no Direito, imperativo de justiça, para que não se negue o princípio da equidade, que deve nortear todas as relações humanas.

Estando nosso Direito Civil marcado pela influência do nominalismo, que apresenta o interesse obrigacional pelo valor nominado, retratado no título, vem cedendo à correção monetária, em busca, cada vez mais, de uma justiça social, que se vai implantando por legislação esparsa⁴⁷.

Destaque-se, neste passo, como decidiu a Segunda Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, sendo Relator o Juiz Moreno Gonzalez⁴⁸, que

o direito não veda que em contrato de locação se fixe o aluguel em porcentagem sobre os resultados do negócio instalado na loja arrendada, nem que se estabeleça um mínimo a ser corrigido anualmente, conforme os índices fornecidos pelo Conselho Nacional de Economia (então existente).

Esse sistema,

adequado aos empreendimentos 'shopping', não constitui na verdade uma sociedade de fato entre o locador e o locatário, visando, antes a desenvolver o espírito de cooperação e solidariedade que deve propiciar a harmonia e êxito do empreendimento, no interesse comum das partes. De um lado, o locatário fica a coberto de prejuízos pelo estabelecimento de um aluguel alto, mensalmente, principalmente nos meses de menor movimento comercial e, de outro lado, o locador auferir a compensação nos meses de maior movimento, em que os resultados são mais promissores.

No mesmo sentido, outros julgados⁴⁹.

É certo que essa dúplici contratação de aluguel não é peculiar e específica do chamado contrato de locação em shopping center; todavia, destoando ela de forma corretiva dos aluguéis contratados nos moldes da legislação inquilinária, no tocante a sua parte variável, apresenta-se com muita originalidade.

Realmente, o valor desse aluguel variável fixa-se, em primeira plana, de acordo com as informações que devem ser prestadas pelo utilizador, sobre seu faturamento, ao empreendedor, por meio de planilhas mensais; em segunda, por providências deste, fiscalizando, diretamente, aquele, quando o utilizador não lhe fornecer elementos seguros e indispensáveis para o aludido cálculo de valor, ainda que por exames de escrituração e por controle direto do faturamento.

Nossos tribunais têm julgado pela validade dessa cláusula, desde que não se cometam abusos, em razão da liberdade dessa fiscalização, que chega a ponto de exercitar-se na "boca do caixa", como se diz comumente.

Ressalte-se, nesse sentido, acórdão da Quarta Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, sendo Relator o Juiz Cunha de Abreu⁵⁰, em que, por votação unânime, decidiu-se que,

instituído pelas partes o sistema de aluguel flutuante, condicionado ao volume de vendas, não tem a locadora outro modo eficaz de aferir a sua renda a não ser auditando o faturamento de suas locatárias quais a apelante, precioso gizar que qualquer outro sistema a exporia em tese a prejuízos derivados de sub ou não faturamento efetivo, faturamento em outros estabelecimentos das locatárias ou várias outras fórmulas esconsas melhormente conhecidas daqueles que as praticam.

Do mesmo modo, a Primeira Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, sendo Relator o Juiz Ruitter Oliva⁵¹, decidiu, por unanimidade, que não é abusiva a cláusula que autoriza essa fiscalização direta à atuação comercial do utilizador, assentando que

a averiguação do faturamento do locatário, para determinação da base de cálculo do aluguel, cabe praticada, desde que prevista contratualmente, não só pela verificação de livros, registros, balanços, estoque e inventário de mercadorias, como também pela fiscalização dos próprios atos de comércio, na atualidade de seu exercício, especialmente para assegurar que todas as vendas sejam efetivamente registradas.

Destaco, ainda, trecho desse julgamento, segundo o qual,

desde que, dentre os sistemas de controle, ficou assentado, com adesão da locatária, o registro de vendas imediato, na presença dos próprios clientes, não se vislumbra como poderiam agir os locadores, para fiscalização de sua correta execução e não com o ingresso de seus prepostos, no interior das lojas, durante o expediente comercial, já que incompatível eventual conferência 'a posteriori' e, ademais, patentemente ineficaz uma sugerida auditoria programada, adrede ajustada entre os interessados. É certo que não se poderia admitir eventual embaraço à própria atividade-fim interessante não só à locatária, como também aos locadores, quando o procedimento dos prepostos fosse, eventualmente, ostensivo ou perturbador, de forma a criar constrangimentos para a clientela do estabelecimento; mas, nada há que faça ver a presença efetiva de tais inconvenientes apenas temidos e sugeridos, quando, ao revés, se informa que a atuação dos auditores sempre se faz de forma discreta e adequada.

Também a Segunda Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, sendo Relator o Juiz Walter Moraes⁵², entendeu que a cláusula,

que dá ao senhorio o direito de fiscalizar o movimento comercial do inquilino segundo o uso em

locações de “shopping centers” – se bem contenha expressões que possam sugerir um poder discricionário de ingresso na escrita e caixa do locatário, na verdade não o tem, como assinalou em 1º grau o Magistrado. A cláusula diz, de fato, “livre acesso”, “a qualquer tempo” etc., mas também resguarda o inquilino de turbações na ordem e no desempenho de seus serviços, e acentuadamente de interferência nos seus negócios e modo de comerciar. E, destarte, entendimento razoável o do MM Juiz, o de que o inquilino queira indicar o lugar onde está a sua contabilidade e estabelecer horas e oportunidades mais apropriadas para o exame de caixa.

Como é fácil perceber, nada impede a clausulação dúplice dos enfocados valores de aluguel, com a possibilidade de fiscalização do rendimento do utilizador pelo empreendedor, nos limites, é claro, do uso normal de seu direito.

Essa fiscalização, para não configurar abuso, deve conter-se nos lindes da discricção, do comedimento e da urbanidade, principalmente quando exercitada no interior do estabelecimento de vendas do utilizador, para que não exista óbice à realização negocial deste.

É perfeitamente possível conviver essa forma de pesquisa com o exercício do comércio, desde que não ocorram os apontados constrangimentos.

Por esse modo de atuação, existe verdadeira participação dos investidores, em shopping centers, nos lucros dos utilizadores, que exercem seu comércio, nesses locais.

c.2) Fundo de empresa em shopping centers

Há muito que se vem ampliando o conceito de fundo de comércio, para fundo de empresa.

Realmente, a expressão fundo de comércio já não é suficiente para caracterizar um complexo de bens materiais e imateriais (corpóreos e incorpóreos), integrantes, tão somente, do estabelecimento comercial.

Vê-se isso nitidamente pela evolução do conceito de fundo de comércio, objetivado no Decreto n. 24.150, de 1934, revogado pela Lei n. 8.245, de

1991.

Realmente, pois a Jurisprudência promoveu essa ampliação conceitual de fundo de comércio para possibilitar a abrangência de um maior número de empresas beneficiárias dessa chamada Lei de Luvas, estendendo seus efeitos às de atividade tipicamente civil, como salão de barbeiro ou barbearia e instituto de beleza, oficinas mecânicas, empresas de conservação e limpeza de prédios, clínicas ou consultórios médicos, parques de diversões, estabelecimentos de ensino ou de idiomas, garagens, estacionamentos, sociedade de economia mista (Caixa Econômica Federal), e casa lotérica, como tive⁵³ certa feita, oportunidade de evidenciar, com farta citação de julgados.

Assim como as comerciais, essas empresas civis foram consideradas como portadoras de verdadeiro fundo de comércio.

A esse respeito é oportuna a ponderação do Juiz Carvalho Pinto⁵⁴, em voto vencido, quando, reconhecendo que a emissora de rádio presta serviços, com fito de lucro, “configurando autêntica empresa”, declara:

Verifica-se, às claras, a tendência para a substituição do conceito de fundo de comércio pelo fundo de empresa. Identifica-se a prestação de serviços com o fundo de indústria. “A prestação de serviços é uma indústria, à semelhança do turismo que é indústria e é prestação de serviços. Que faltaria ao prestador de serviço para ter um fundo de indústria?” [...] “A única diferença é que sua mercadoria é o trabalho, imponderável e aleatório. Mas só é imponderável e aleatório antes da prestação, não depois. Depois, ele adere à coisa, sendo dela inseparável. Impossível devolver-se a mercadoria por não corresponder ao pedido” (cf. Aramy Dornelles da Luz, Prática da locação comercial e ação renovatória, p. 47).

Destaque-se, mais, a propósito, o julgamento do Segundo Grupo de Câmaras Civas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sendo Relator ad hoc Roque Batista⁵⁵ que, de modo expressivo, reconheceu, nesse mesmo diapasão, que “a sociedade civil de fins econômicos, criando valores

negociáveis, forma um fundo de comércio, que está sob a proteção da Lei de Luvas”. Reconhecendo, desse modo, legitimação ativa do Touring Clube do Brasil à ação renovatória, esse acórdão esclareceu que essa entidade civil tem “um nome, mercadorias, instalações, móveis e utensílios, insígnia e freguesia e realiza habitualmente lucros como decorrência necessária e evidente para o seu crescimento e desenvolvimento”.

Acrescente-se, nesta feita, julgado mais recente, em 1987, da Quinta Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, sendo Relator o Juiz Sebastião Amorim⁵⁶ em que, embora não se cogite do fundo de empresa, se admite que relativamente à empresa de serviços de radiodifusão existe um “verdadeiro fundo de comércio, ainda que atípico, caracterizando-se o objetivo de sua atividade implicitamente como comercial, pois visa à obtenção de lucro, cobrando pela propaganda que leva ao ar”.

Nem necessitaria de entender-se como comercial essa atividade, pois, como já demonstrei, ampliou-se de tal modo a expressão fundo de comércio que atualmente cogita-se de fundo de empresa.

De considerar-se, nesta oportunidade, para perfeito entendimento dessa posição jurisprudencial, o conceito de empresa que se apresenta como uma atividade exercida pelo empresário.

O projeto de atual Código Civil n. 634-B/75, depois de aprovado pela Câmara dos Deputados, em 1984, com a redação final no Senado (com o n. 118) em 1997, e após adaptação na Câmara de origem, como autorizado pelo art. 1º da Resolução n. 01/CN de 2000, do Congresso Nacional, e aprovado como atual Código Civil, em seu art. 966, conceituando o empresário, aponta-o como aquele que “exerce profissionalmente atividade

econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. O parágrafo único desse dispositivo declara não empresários os que exercem “profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

Antes desse diploma legal, já a Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, que regula a repressão ao abuso do poder econômico, conceituou objetivamente a empresa, para enquadramento dos faltosos, no art. 6º, como “toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos”.

Aduza-se a essa conceituação a do art. 2.082 do Código Civil italiano, que considera a empresa uma atividade economicamente organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

A empresa é, portanto, o exercício de atividade economicamente organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, pelo empresário, pessoa física ou jurídica, civil ou comercial. Assim, a empresa exerce atividade produtiva, valendo-se do trabalho de empregados, sob a condução do empresário.

Na realização dessa atividade, a empresa vai acumulando bens materiais (corpóreos) e imateriais (incorpóreos) de seu patrimônio, de seu fundo empresarial, que necessita de uma proteção segura, principalmente quando se desenvolve em imóvel alheio. Daí o surgimento do, hoje revogado, Decreto n. 24.150/34, que objetivava garantir esse fundo acumulado pela empresa locatária, que se acrescenta ao valor do imóvel locado, em benefício do proprietário.

Na ação renovatória, tendo-se em conta esse fundo empresarial, mister torna-se que se cogite da locatária, como uma empresa produtora de bens, ainda que estes se incorporem a seu próprio patrimônio, sem distribuição de lucros.

Estudando, especificamente, o assunto em pauta, sobre fundo de comércio, acentua João Carlos Pestana de Aguiar⁵⁷ que o moderno alcance empresarial “conduz o fundo de comércio para além dos estreitos limites das atividades mercantis, abrangendo outras com fins lucrativos”, quais sejam,

estabelecimentos de ensino, casas de saúde, cinemas, teatros, casas de jogos lícitos, de diversões, cinefotos, hotéis, pensões, oficinas mecânicas, salões de barbeiros e cabeleireiros, empresas telefônicas, depósitos destinados à guarda de estoque, academias de dança, ginástica, judô e similares, laboratórios de análises clínicas, alfaiatarias, tinturarias, estabelecimentos de crédito, poupança, seguros, administração de bens, agências de turismo, publicidade, venda de passagens etc.

E continua: “Partindo-se da ideia empresarial do fundo de comércio e verificando-se que algumas das atividades acima podem instalar-se em um ‘shopping center’”, conclui que “toda e qualquer atividade empresarial instalada em espaços ou lojas do ‘shopping’ ostentará necessariamente um fundo de comércio”.

Tenha-se presente, assim, que o fundo de empresa existe nos shopping centers em relação a todas as utilizadoras, sejam empresas comerciais, sejam civis.

Todavia, o que caracteriza, também, situação peculiar do contrato, sob enfoque, é que existe, ainda, um fundo de empresa dos shopping centers, locadores.

Realmente, os investidores desses centros comerciais propiciam, dentro

de certos padrões de conforto, de segurança, de possibilidade de estacionar e de possuir, reunidas, lojas das mais diversificadas espécies, uma unidade, uma concentração de estabelecimentos, o que, por si, acrescenta valor local de verdadeiro fundo de empresa desses mesmos empreendedores.

Ao iniciarem o empreendimento, os investidores escolhem, cuidadosamente, o local, as chamadas "lojas-âncora", em geral grandes estabelecimentos comerciais, que irão compor com as outras unidades, conhecidas como "magnéticas" ou "satélites", o futuro shopping, selecionam e distribuem os vários setores e ramos de negócio (tenant mix); realizam campanhas publicitárias etc.

Quando os grandes centros comerciais surgem, eles já são, no mais das vezes, sucesso e mostram-se como expectativa de ponto de atração. Daí trazerem, ao nascer, valor econômico considerável, propiciando ao futuro utilizador concreta esperança de lucros. Quando o lojista instala-se, ele já tem como eventuais clientes os frequentadores do shopping.

Em razão desse fundo de empresa, formado pelos empreendedores, têm os shopping centers feito incluir, nos chamados contratos de locação de suas unidades, cláusula denominada *res sperata* ("coisa esperada"), que consiste no pagamento, pela utilizadora, além do aluguel, de uma soma em dinheiro, como retribuição das vantagens de participação no centro comercial, dele usufruindo e participando de sua estrutura, enquanto durar seu contrato. Desse modo, com esse pagamento, a utilizadora terá direito a fruir do aludido fundo de empresa do empreendedor, composto de seu patrimônio imaterial.

Como resta evidente, a cláusula *res sperata* difere bastante das constantes dos arts. 458 a 461 do atual Código Civil (arts. 1.118 a 1.121 do

Código Civil anterior), de caráter aleatório ou de risco. Estes últimos estudados no Capítulo 11, "Classificação dos contratos" (contratos comutativos e aleatórios, de risco).

A diferença fundamental entre essas situações do Código Civil e da cláusula *res sperata* é que aquelas são atinentes a coisas futuras corpóreas, que podem advir, ou não, de bens materiais; esta, por outro lado, embora surtida de bens imateriais, componentes do fundo de empresa do shopping center, é coisa esperada e corpórea, pois o risco, na obtenção das vantagens concretas do exercício negocial, nesse ambiente, é quase nenhum, dado o sólido esquema programado.

A coisa esperada, portanto, é o lucro, a vantagem que advirá do exercício da atividade negocial, na área do shopping, e que é quase certa, dado que a utilizadora já ingressa em sua atividade com um esquema arquitetado pelos empreendedores e em somatório de outros fundos empresariais concentrados.

A retribuição paga pela utilizadora, em razão da *res sperata*, no momento da instalação do shopping ou da ocupação da unidade-loja, existe para compensar essa vantagem de não ter a utilizadora de formar, com suas próprias forças, sua clientela, seu fundo de empresa.

Não me parece que a *res sperata* seja a construção do centro comercial, ou a formação de seu fundo de empresa, tanto que a utilizadora, mesmo durante a construção do shopping, não espera o empreendimento ou o fundo deste, como coisa a ser adquirida, mas, de futuro, espera, sim, auferir lucros, em face de toda a promoção levada a efeito.

Tanto é verdade que essa cláusula continua a existir, do mesmo modo, estando o shopping em funcionamento.

Destaque-se, nessa sede de argumentos, que a complexidade, que dá sustentáculo ao centro comercial, é a coexistência de três espécies de fundo de empresa: (a) o criado pelos empreendedores e que passa a incorporar-se no patrimônio imaterial da empresa shopping center; (b) o trazido pelas empresas-âncora, que ocupam espaços avantajados do centro comercial, com nomes consagrados no comércio; (c) e o das empresas satélites, ou menores, considerados coletivamente, em somatório, ou individualmente.

O sucesso do empreendimento resulta dessa força total, unidade sob uma administração forte e competente, fiscalizada e subsidiada por todos os interessados.

Por tudo quanto dito, não há que sequer pensar, como se vem cogitando, em venda e aquisição de fundo de empresa, pelo empreendedor ao utilizador, quando este compensa os empreendedores e investidores, por tal serviço de reunião de forças, de que, certamente, se esperará lucro.

Dito pagamento nada tem a ver com o aluguel, não se caracterizando, portanto, como "luvas".

Finalmente, ressalto que, ante tal trabalho de montagem do centro comercial, a beneficiar o utilizador, se este não compensasse tal benefício, que auferi, automaticamente, com seu ingresso na vida do shopping center, haveria verdadeiro locupletamento sem causa, o que repele o Direito.

c.3) Normas gerais regedoras do contrato em exame

A fim de unificar e de facilitar as contratações das unidades do centro comercial, o empreendedor elabora, por escritura pública, Normas Gerais complementares dos chamados contratos de locação, que passam a integrá-los, por disposição expressa destes.

Como explica Rubens Requião⁵⁸

essas Normas Gerais nada mais são do que desdobramentos do contrato de locação, que é, no caso, um instrumento lacônico, de poucas cláusulas, naturalmente contendo as essenciais. Com o instrumento principal de locação, integrando-o, essas normas gerais compõem um contrato bilateral e sinalagmático entre o empreendedor e o comerciante. Mas como o contrato de locação e suas "Normas Gerais" constituem um contrato-tipo, um contrato-standard, igual para todas as partes, com suas cláusulas e condições impressas, a não ser aquelas que identificam e qualificam o personalismo do contrato, alguns juristas nele têm visto um contrato de adesão.

No contrato de adesão, temos que ressaltar, primeiramente, que as partes contratantes não discutem o conteúdo negocial, uma vez que uma organiza suas cláusulas e condições e a outra, sem nenhuma possibilidade de alterá-las, concorda, aderindo a elas, como explicado no Capítulo 11, "Classificação dos Contratos" (contratos de adesão).

Todavia, nesse mesmo capítulo, está feita a diferença entre contratos de adesão e por adesão. Naqueles, o aderente necessita aderir às cláusulas e condições preestabelecidas, sem discussão; nestes, o interessado adere se quiser.

No caso do contrato sob exame, trata-se de contrato por adesão, pois quem quiser contratar em centros comerciais, shopping centers, como lojista, deverá aderir a essas Normas Gerais, para que fique unificada e equânime a forma de participação dos interessados, sob um mesmo regramento.

Desse modo, entendendo pela validade dessas Normas Gerais Complementares dos Contratos de Locação, declara Rubens Requião⁵⁹ que, no caso em foco, "o comerciante tem a alternativa ou não de realizar o negócio de locação com o 'centro comercial' ou realizar com outro locador ou em outro lugar", donde conclui: "inexiste, assim, na espécie, o contrato inevitável, de adesão. Existe, às vezes, massa de contratos iguais impressos

por conveniência prática das partes: é o contrato-tipo ou o contrato-standard”, a que se referiu esse jurista, antes. Todavia, o contrato de adesão distingue-se do contrato-tipo.

Prossegue o mesmo professor a demonstrar que, na situação em estudo, não existem atividades ou serviços de monopólio estatal ou privado, cuidando-se de contratos normativos em que o contratante tem condições de procurar outras opções, o que é impossível no contrato de adesão. E acrescenta: “Todas as partes”, no contrato normativo,

se mantêm atentas a todas as obrigações no momento da contratação, pois dele decorre não apenas a ocupação de um espaço, mas toda a estruturação de um negócio organizado e complexo. Ambas as partes – locador e locatário – são, naturalmente, experimentados negociantes, que sabem o que desejam e são juízes de seus próprios interesses.

Ressalto, nesse passo, julgado da Sexta Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, sendo Relator o Juiz Macedo Cerqueira⁶⁰, em que se reconheceu plena validade às Normas Gerais ou Declaratórias Regedoras das Locações em shopping centers, admitindo: “Validade de cláusula de Contrato Geral que prevê o pagamento em dobro do aluguel do mês de dezembro”.

c.4) Associação dos Lojistas e Fundo de Promoções Coletivas

O utilizador é obrigado, por cláusula específica, no contrato em pauta, a contribuir ao Fundo de Promoções Coletivas, para ensejar a realização de campanhas promocionais do shopping center.

Esse fundo é administrado pela Associação dos Lojistas, de que deve fazer parte o utilizador, enquanto durar o contrato de utilização de sua unidade.

O valor dessa contribuição é de, geralmente, 10% sobre o aluguel que paga.

O empreendedor deverá, também, contribuir com a manutenção desse Fundo, geralmente com importância proporcional às contribuições dos utilizadores.

Resta evidente que a referida Associação, administrando esse Fundo, deve preocupar-se em manter sólida propaganda e promoções que, realmente, solidifiquem o prestígio do centro comercial e aumentem o desejo de sua frequência por seus clientes.

Esclarece Rubens Requião⁶¹ que “essa associação, de natureza civil, com personalidade jurídica, pois será registrada no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, não é ‘centro comercial’, mas um elemento da organização”.

E acrescenta:

A origem do “Fundo de Promoções Coletivas” não é resultante do contrato de locação do “centro”, mas constitui uma criação da “Associação dos Lojistas”, a quem compete angariar suas contribuições e administrá-lo, em proveito coletivo dos lojistas. Daí por que também o empreendedor deve para ele contribuir, pois as atividades decorrentes da propaganda e das promoções vão se refletir no prestígio do nome do “centro comercial”, aumentando sua produção, da qual participa o locador.

O mesmo jurista conclui pela “nenhuma ilegalidade na sua criação e manutenção”, e é certo que os propósitos dessa Associação “são lícitos”, e o Fundo “se integra no sistema organizacional do centro comercial”, citando, em apoio de seu entendimento, vários atos decisórios de nossos Tribunais.

Realmente, o Fundo, como demonstrado, é benéfico para os empreendedores e aos utilizadores dos shopping centers; aumenta seus ganhos e promove, cada vez mais, o nome dos referidos centros.

Como se cuida de contratação atípica, nada que exista em lei especial pode proibir tal atividade, que, decorrendo da livre manifestação da vontade dos contratantes, não afronta norma de ordem pública, nem os

bons costumes, nem os princípios gerais de Direito. De lembrar, nesse ponto, mais uma vez, que a Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991, que regulamenta apenas alguns aspectos da utilização de unidades em centros comerciais, não tornou típico referido contrato, conforme esclareço ao final desse parecer.

c.5) Proibição da cessão do contrato sob estudo

Outra cláusula que entendo lícita é a que proíbe a cessão onerosa ou gratuita do contrato em pauta, pois quem integra o sistema de um shopping center adere a uma prévia programação, em que são escolhidas as atividades das empresas integrantes, também por seu nível e por sua qualidade.

Admitindo, também, a validade dessa cláusula, explica Rubens Requião⁶² que vem, convictamente, sustentando que

o perfil do "centro comercial", com seus elementos, é um resultado de moderna organização tecnológica, no ambiente comercial. Por isso, os conceitos jurídicos e as normas legais tradicionais não previam o seu desdobramento. Daí por que devem os seus problemas ser examinados sob novas luzes e concepções mais modernas.

Por seu turno, Alfredo Buzaid⁶³, após evidenciar profunda diferença entre cessão da locação pura e simples e cessão de locação de unidade de centro comercial, afirma que cada qual

tem regime jurídico próprio, de que resultam importantes consequências. Enquanto é ineficaz, na locação comercial comum, a cláusula que proíbe a alienação do contrato de locação juntamente com o fundo de comércio, consoante se deduz do art. 30 do Decreto n. 24.150, é, ao contrário, válida a limitativa, que a suborna ao consentimento do proprietário de centro comercial. Da experiência legislativa, doutrinária e jurisprudencial dos povos cultos da Europa, como a França e a Itália, extraímos as lições de que é lícito ao proprietário opor-se à cessão, estribado em motivos graves. Não se trata de oposição ao mero alvedrio do proprietário, por ato de capricho pessoal, nem de proibição absoluta ao direito de o inquilino ceder a locação quando vende o fundo de comércio; cuida-se de limitação relativa, cuja razão de ser está na peculiaridade do centro

comercial, que a institui não no interesse pessoal de um contratante, mas para atender ao interesse comum da pluralidade de locatários do edifício.

Nos moldes da legislação da época, que permanecem.

Cogitando da mesma cláusula proibitiva, Orlando Gome⁶⁴ adverte que

facultá-la ou vedá-la não faz mal ao direito de renovação, não lesa o direito do locatário ao fundo de comércio. De resto, não há propriamente direito à cessão, e, quando se pense de modo contrário, é incontroverso o entendimento de que seu exercício precisa ser autorizado pelo locador. Aliás, a proibição é um imperativo da própria organização do "shopping Center". A cláusula proibitiva é, pelo exposto, não somente uma cláusula lícita, mas, também, inerente às locações em questão.

Está evidente, nesse tipo de contratação, que o utilizador, ao ingressar no centro comercial, está imbuído de que passa a fazer parte de uma engrenagem, como peça insubstituível, a não ser nos casos expressamente programados e mencionados no contrato, que o autorizem à dita cessão contratual.

Não quero, com isso, dizer que o centro deve ser estático, sem alterações. Em verdade, essas alterações ficarão a critério do empreendedor, que dará anuência expressa aos utilizadores, em cada caso, sob pena de sua negativa colocar-se à rigorosa fiscalização do Poder Judiciário.

c.6) Projetos de instalação e decoração das unidades

As instalações e decorações das lojas, bem como suas reformas, devem obedecer a projetos, elaborados por profissional idôneo e capaz, de acordo com as prescrições constantes do sistema normativo do shopping center, constante da Escritura de Normas Gerais, que integra os contratos de utilização das unidades.

Todas essas exigências contratuais têm razão de ser, e são válidas, pois

objetivam uma uniformidade de aparência do centro comercial, por suas unidades e vias de circulação.

Tudo deve estar condizente com uma harmonia geral de aparência, a transmitir bem-estar aos frequentadores, que se sentem atraídos ao local.

O utilizador não é forçado à apresentação desses projetos, pois, quando ele firma o contrato, concordando com essa situação, adere ao propósito conjunto dos habitantes do Centro Comercial de participar de um empreendimento unificado, em que todos têm interesse em seu processo.

Logicamente, não pode o empreendedor impugnar os projetos dos utilizadores sem uma razão e indefinidamente.

A administração tem um prazo, fixado nas Normas Gerais, e deve, nele, formular exigências, sob pena de se considerarem os projetos aprovados, automaticamente.

Em caso de impasse entre a administração e o utilizador, a respeito desses projetos, a primeira fornecerá a este, para sua escolha, uma lista de cinco arquitetos de interior, obrigando-se ela, então, a aceitar o trabalho que o escolhido apresentar. Essas obras podem ser, a qualquer tempo, fiscalizadas pela administradora.

c.7) Pagamento de 13^o salário ao pessoal da administração

Cláusula bem peculiar é também a que obriga o utilizador a pagar 13^o salário aos empregados e ao pessoal da administração do shopping center.

Também, se convencionada, é válida essa clausulação, em que se objetiva pagamento sem nada ter a ver com o aluguel ou eventuais encargos.

d) Natureza jurídica do contrato de utilização de unidade em centros comerciais, ao enfoque da doutrina pátria

Com a instalação, no Brasil, dos shopping centers e ante a complexidade jurídica das situações por eles criadas, várias manifestações de eminentes juristas vieram enriquecer o tema, com pareceres, artigos e simpósios.

Entre os assuntos ventilados e debatidos, encontra-se o relativo à natureza jurídica do chamado contrato de locação, nesses centros comerciais.

Analisando⁶⁵ essas manifestações, por obra especializada composta por ocasião do simpósio sobre os Centros Comerciais, promovido pela Escola Superior de Magistratura Nacional (Esman), com a colaboração da Associação Brasileira de Shopping Centers (Abrasce), no Rio de Janeiro, em novembro de 1983, bem como outras, concluímos pela existência de correntes de pensamento, a explicarem a aludida natureza jurídica.

d.1) Teoria da locação

A princípio, a grande maioria dos doutrinadores pátrios considerou esse contrato como de simples locação.

Assim, Caio Mário da Silva Pereira⁶⁶ deixou claro que "se trata de um vero e próprio contrato de locação" e que "o fato desse contrato, com toda a parafernália de dependências e acessórios, de tipo físico ou intelectual, exigir modelação específica às contingências mercadológicas do empreendimento não retira [...] a natureza de 'contrato de locação'".

E acrescenta, adiante: "Do que se infere do exame da situação jurídica do 'shopping center' conclui-se que não existe um contrato específico, abrangente de todas as situações que possa ele envolver, e que exhibisse o rótulo de 'contrato de shopping center'."

Em outra oportunidade, o mesmo professor⁶⁷ reafirmou: "Contrato de locação que é, oferece, entretanto, certas características que decorrem da

natureza especial do próprio 'centro comercial'. Parece, todavia, nesse último enfoque, que existe certa tendência a admitir caracteres modificativos da natureza do contrato locatício, pura e simplesmente considerado."

Por seu turno, Washington de Barros Monteiro⁶⁸ afirma:

Não ousou asseverar seja atípico o contrato celebrado entre o incorporador e os lojistas ou prestadores de serviços. Esse contrato é, desenganadamente, o de locação, embora com algumas peculiaridades que, todavia, não chegam a descaracterizá-lo.

Também, Luís Antonio de Andrade⁶⁹ deixa clarividenciada essa posição doutrinária, quando afirma:

Uma das facetas que os 'shopping centers' oferecem de modo constante à observação dos juristas deriva dos vínculos locatícios que se estabelecem normalmente entre a pessoa que detém, organiza e administra o centro comercial e as empresas que nele se instalam, exercendo o comércio.

E mais:

Nos contratos com cláusula de aluguel calculado sobre a receita ou o faturamento estão presentes todos os elementos que caracterizam a figura jurídica da locação, tal como resulta do conceito legal, expresso no art. 1.118 do CC. A circunstância, já tantas vezes assinalada, de ajustarem as partes o pagamento do aluguel – ou seja, a retribuição – em percentual sobre o rendimento periódico obtido não desnatura a relação locatícia, nem configura qualquer espécie de sociedade, ainda que em conta de participação.

d.2) Teoria da locação com atipicidade

Manifestando seu entendimento, Ives Gandra da Silva Martins⁷⁰ explica que, nos contratos

entre os lojistas e os shopping centers há sempre uma dupla natureza, que os faz, de um lado, idênticos ao de uma singela locação do espaço físico em contrato de locação comercial, mas que os torna, de outro lado, um contrato atípico, sem nenhuma vinculação com a lei de luvas no concernente à cessão da res sperata ou do uso do "sobrefundo comercial", representado pelos bens imateriais de que os shoppings centers são detentores permanentemente,

declarando que chegaram às mesmas conclusões os juristas Onurb Couto Bruno e Jayme Henrique Abreu, em parecer que lhe foi exibido, mas não publicado.

Como adiante procurarei demonstrar, não se cuida de dois contratos separados (um de locação e outro atípico), ou, ainda, de um contrato de locação com cláusulas atípicas, mas de um único contrato atípico misto.

Por sua vez, declara-se Modesto Carvalhosa⁷¹ contrário à posição, primeiramente defendida por Orlando Gomes, asseverando que “não pode haver qualquer dúvida de que a cessão de uso desse espaço configura um contrato de locação, conforme definido no art. 1.188 do Código Civil”, existindo nela “nitidamente a causa típica”.

Todavia, o mesmo jurista admite que esse contrato, que “possui todos os elementos essenciais à configuração de um contrato de locação”, “apresenta, no entanto, peculiaridades que o diferenciam de um contrato de locação normal”, entendendo-o como “um contrato de locação com cláusulas atípicas”.

d.3) Teoria da atipicidade

O primeiro jurista a defender a posição de que o contrato dos shopping centers com os lojistas é contrato atípico foi Orlando Gomes⁷² quando mencionou, por ocasião do aludido Simpósio sobre Centros Comerciais, em julho de 1983, que essa atipicidade mista decorre da própria causa do contrato em exame.

Depois de analisar todas as peculiaridades do mesmo contrato, admite o mesmo professor que foi levado a concluir que “o contrato estudado não é propriamente de locação, mas, sim, um contrato atípico”, mostrando que

traços da autonomia desse contrato relativamente ao de locação podem, afinal, ser sumariados,

projetados de ângulos diversos, todos próprios ou discrepantes, tais como os seguintes: (1) a forma de remuneração do uso e gozo das unidades destinadas a exploração comercial; (2) o reajustamento trimestral do "soi disant" aluguel mínimo; (3) a fiscalização da contabilidade das lojas pelos concedentes do seu uso para o fim de verificar a exatidão do chamado "aluguel percentual", bem como a sua incidência para a cobrança da diferença no caso de o seu valor ser superior ao do aluguel mínimo; (4) a fixação uniforme e antecipada do critério a ser observado para determinar a majoração do "aluguel" mínimo no tempo da renovação do contrato; (5) a incompatibilidade entre o critério de arbitramento do aluguel nas verdadeiras locações para fins comerciais, aplicado nas renovatórias, e o denominado "aluguel" percentual; (6) o cunho mercantil desse "aluguel" como suporte da lucratividade do empreendimento; (7) a desvinculação entre a atividade comercial e o uso efetivo da loja para efeito de remuneração deste, exigível antes de ser iniciada aquela; (8) a vigência de proibições e práticas ligadas ao uso da loja, derivadas da circunstância de se integrarem num sistema; (9) a proibição de cessão da posição contratual, nula ou impugnável na locação, mas admitida no contrato com o "shopping center", por entender com a sua organização e funcionamento; (10) a ingerência de terceiro no exercício do direito do titular do uso da loja, como sucede com o intrometimento da associação a que é obrigado a se filiar, criando-se um vínculo tão apertado que a sua exclusão é admitida como causa de rescisão do contrato; (11) a cooperação do concedente (o "shopping center") nas promoções para ativação das vendas e sua participação em campanhas publicitárias; (12) a convergência de interesses no contrato; (13) a imutabilidade orgânica do gênero de atividade do lojista – e tantos outros, significativos da diferença entre o contrato estudado e a locação.

Afinal, embora salientando que o contrato sob estudo não é muito reiterado, em razão dos poucos centros comerciais, à época, já entendia Orlando Gomes pela importância econômica dessa contratação, afirmando:

Respondendo, como responde, a uma necessidade distinta daquela a que atende o contrato afim de locação, pode ser enquadrado, na classificação de Arcangli, entre aqueles que são considerados uma espécie modificada de um tipo já existente, do qual se devem conservar separados pela falta de qualquer elemento a este essencial, ou entre aqueles nos quais a necessidade que os provoca não é nova, mas neles assume um aspecto particular.

Ressalte-se, neste passo, que, embora votando vencido a denegar o aluguel mínimo calculado sobre o saldo médio dos depósitos diários de uma agência bancária, situada em uma rua da cidade de São Paulo, o Juiz da Quinta Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, Gil da Costa Carvalho⁷³ destacou, em seu voto:

Na locação de lojas situadas em vias públicas, o locador cede o uso da coisa, e mais não faz. O mesmo não sucede com os "shoppings". Neles o locatário é beneficiário de uma soma de serviços patrocinados e mantidos pela entidade locadora, entidade locadora que inclusive protege o locatário de excessiva concorrência, com a limitação de número de estabelecimentos de um determinado ramo em um conjunto. Aí tem lógica a participação do locador nos lucros do locatário, pois ele contribui para os mesmos, com serviços e com a proteção contra a concorrência excessiva. E isso não acontece numa locação pura e simples de loja, como ocorre no presente caso.

Também Rubens Requião⁷⁴ parece enveredar pela teoria da atipicidade, quando admite, após estudo da organização física do centro comercial, que "já se entende que o contrato de locação não é um contrato qualquer". E que "ele está determinado pelo conjunto organizacional para atingir um objetivo da comunidade de empresas que a ele adere".

Por seu turno, dando mostras de alto espírito científico, Alfredo Buzaid abandonou sua posição anterior⁷⁵, para entender o contrato sob análise como "uma figura nova no direito brasileiro, que pode apresentar semelhanças com a locação de imóvel urbano, mas que dele se distingue por seus elementos constitutivos, por suas peculiaridades, e por sua natureza jurídica"⁷⁶.

Na mesma linha de raciocínio, coloca-se J. A. Penalva Santos⁷⁷, que classifica como contrato atípico o celebrado entre o empreendedor e o lojista, fazendo ver que estaria caracterizada a locação, ante o contrato sob análise, "caso o locador se restringisse à mera entrega do imóvel para seu uso e gozo, mediante determinada contribuição". Todavia,

não é bem isso que acontece no caso do centro comercial, porque, ao lado da cessão onerosa do espaço ou loja, o desenvolvedor, em decorrência de sua atividade empresarial criada precisamente para esse fim, fornece ao lojista uma estrutura, através da qual se vislumbra a existência de um verdadeiro estabelecimento comercial.

E, mais adiante, após analisar as situações peculiaríssimas do contrato em pauta, afirma que suas cláusulas, “nas quais são inseridas tais disposições, descaracterizam a locação, ao dar-lhe cunho de atipicidade; logo, de locação não se cuida”.

Do mesmo modo, João Carlos Pestana de Aguiar⁷⁸, quando declara:

Examinando o tema, logo tomamos uma posição, considerando tratar-se de um contrato atípico, mas que representa um conglomerado de contratos típicos e atípicos. Dentre eles avulta... a locação. Realmente, a ideia central não pode ser outra, pelas características de que reveste essa relação jurídica (Súmula do Simpósio de 1983).

Em realidade, entendo que não chegou esse jurista a divergir de Orlando Gomes, malgrado diferenças secundárias, no posicionamento doutrinário, pois este também não nega a figura da locação, compondo a relação jurídica em causa e com a qual tem maior afinidade.

Mesmo sendo central o contrato locatício, toda a convenção é atípica, porque, não cumprida qualquer de suas obrigações, ainda que secundárias (a assim admitir-se, ad argumentandum), fica totalmente rescindida (por exemplo, não manter-se o locatário ao nível de atividades do centro comercial).

Também o advogado Roberto Wilson Renault Pinto⁷⁹ enfileira-se entre os que admitem a atipicidade do contrato sob cogitação, cognominando-o de contrato de cessão de uso de espaço em shopping center.

Destacando várias peculiaridades do contrato estudado e admitindo sua atipicidade, J. Nascimento Franco⁸⁰ adverte que,

salvo naqueles casos em que cada lojista é dono do compartimento que ocupa, o mantenedor do “shopping” outorga aos lojistas um chamado contrato de locação, no qual o locatário adere a diversos outros instrumentos, tais como o regimento interno do “shopping”, a escritura declaratória das normas disciplinadoras das locações, a escritura de convenção do condomínio (quando o edifício é submetido ao regime da Lei n. 4.591/64), e ao estatuto de uma associação

de lojistas, à qual deverá o locatário obrigatoriamente filiar-se enquanto durar a locação. Além desses contratos, outros serão impostos ao locatário, como condição do contrato de locação e de sua continuidade.

Evidencia, em seguida, o mesmo jurista outras peculiaridades, entre as quais a "forma de estipulação do aluguel mensal" (valor mínimo e percentual), a participação dos lojistas nas "despesas promocionais para incentivar as vendas" (publicidade, decoração e policiamento), o pagamento pelos lojistas do "13º salário dos empregados que prestam serviços à administração do edifício" e a faculdade que o locador se reserva "singularíssima de pleitear a rescisão da locação se durante determinado lapso de tempo o locatário não mantiver o nível mínimo de vendas" ("o mau desempenho de um lojista repercute em detrimento de todos").

e) Minha posição doutrinária

Conforme já exposto, minha posição doutrinária, que sempre adotei, neste caso, como nos outros pareceres, baseia-se no critério de localizar os contratos atípicos por suas prestações, objetivamente.

Aproveitando tudo quanto exposto, e com fundamento na classificação dos contratos atípicos mistos, que ofereci em 1965, sempre entendi o contrato, sob estudo, como atípico misto, formado com elemento típico (contrato de locação) e com outros elementos atípicos.

Acontece que, como deixei claro, quando o elemento típico é somado com outro elemento típico ou mesmo atípico, em uma contratação, desnatura-se esta, compondo-se esse conjunto de elementos um novo contrato, uno e complexo, com todas as suas obrigações formando algo individual e indivisível.

O contrato de utilização de unidade em centros comerciais demonstra a preocupação das partes de levarem a cabo um investimento de ambas, com

participações recíprocas, em ambiente de alto nível, que deve ser mantido, com todos os sacrifícios.

Relembremos, pois, que o contrato em estudo apresenta peculiaríssimas prestações: (1^a) o utilizador tem de informar o empreendedor sobre seu faturamento, por planilhas, para que se possa elaborar o cálculo do aluguel percentual ou variável (prestação de fazer); (2^a) o empreendedor, na falta dessa informação ou não se contentando com ela, pode fiscalizar esse faturamento, até na “boca do caixa” (prestação de fazer), sem qualquer impedimento por parte do utilizador (prestação de não fazer), mas agindo com toda a cautela, discrição e urbanidade, por seus prepostos (prestação de fazer por terceiros); (3^a) o utilizador deve contribuir para o Fundo de Promoções Coletivas, com o valor, geralmente, de 10% sobre o do aluguel pago (prestação de dar, sem ser aluguel), para propiciar campanhas promocionais do centro comercial, que reverte em benefício de todos (empreendedor e utilizadores); (4^a) o empreendedor também deve contribuir para esse Fundo (prestação de dar, afora a cessão do uso ou do uso e gozo da unidade); (5^a) o utilizador deve pagar 13^o salário aos empregados e ao pessoal da administração do centro comercial (prestação de dar a terceiros); (6^a) todos os utilizadores aderem ao sistema normativo criado pelo shopping center, constante da Escritura Declaratória de Normas Gerais Regedoras das Locações dos Salões de Uso Comercial e do Regulamento Interno do Condomínio do Centro Comercial, que deve ser seguido à risca pelos mesmos utilizadores (prestações de fazer); (7^a) por esse sistema de regras, os utilizadores devem desenvolver atividades, nos moldes das melhores técnicas, para manter o nível de comercialização do shopping center (prestação de fazer); (8^a) o utilizador, a não ser com anuência expressa do empreendedor, está proibido de ceder o contrato de

utilização de sua unidade (prestação de não fazer); (9ª) o utilizador deve pagar ao empreendedor, para compensar o fundo de empresa por este criado, uma importância em dinheiro, em razão da res sperata (prestação de dar, completamente diferente do aluguel ou de qualquer encargo de eventual locação); (10ª) o utilizador não pode deixar seu estabelecimento fechado, por mais de 30 dias (prestação de não fazer); (11ª) o empreendedor obriga-se a administrar o shopping center, mantendo em pleno funcionamento o sistema de iluminação e de hidráulica das áreas comuns (prestação de fazer); (12ª) o utilizador não pode comercializar objetos de segunda mão, de segunda linha, recuperados por seguro ou salvados de incêndio (prestação de não fazer); (13ª) o utilizador deve apresentar à administração do shopping, para exame e aprovação, seus projetos de instalações comerciais, letreiros e decoração, elaborados por profissional idôneo e capaz, nos moldes e com as restrições constantes da escritura normativa (prestação de fazer); entre muitas outras prestações, que integram as obrigações contidas nessa espécie contratual.

Como tive oportunidade de demonstrar, com essa multifariedade de prestações, em verdadeiro complexo unitário, não há que falar-se em locação, mas em contrato atípico misto.

f) Necessidade de regulamentação do contrato de utilização de unidade em centro comercial

Como eu disse sempre, pouca importância tem para mim a nomenclatura do contrato sob estudo, importando, sim, sua perfeita compreensão e enquadramento.

Como bem acentua Carlos Geraldo Langoni⁸¹:

Ao invés de um esquema convencional de remuneração do investimento com base na venda dos imóveis ou no aluguel puro e simples – o que transformaria o empreendimento em mais um

negócio imobiliário – o “shopping center”, ao estabelecer uma relação direta entre sua rentabilidade e a rentabilidade das atividades que ali irão se desenvolver, criou as pré-condições para a otimização do “marketing” a um nível nunca antes imaginado pelo sistema de comércio convencional. Paradoxalmente, portanto, o que há, de fato, de inovador nos “shopping centers” é a relação contratual que assegura a participação dos investidores no faturamento (e, portanto, nos lucros) das atividades que ali se desenvolvem. Estabelece-se uma permanente integração entre os interesses dos empreendedores do “shopping center” e os dos comerciantes, que constitui a base para a realização posterior de ganhos de produtividade, onde parcela significativa é, inclusive, transferida para os consumidores.

Todavia, malgrado estejamos em face de um contrato novo, sem apego à legislação inquilinária vigente ou a formalidades, para ele existir, a livre manifestação da vontade das partes deve ser preservada, como lícita, desde que não atinja dispositivo cogente (norma de ordem pública), os bons costumes e os princípios gerais de direito.

Isso não impede que o juiz, ao enfrentar questões a esse contrato relativas, decida, aplicando a legislação vigente, por analogia. A tanto ele está autorizado, em qualquer caso, pelo art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Ressalte-se, entretanto, que essa aplicação não deve conflitar com a natureza do contrato ou provocar a quebra de sua unidade.

Assim, não é incompatível, por exemplo, com a indivisibilidade das prestações do contrato sob exame, a cláusula ou decisão que autorize o pedido renovatório do contrato ou de sua revisão, nos moldes da legislação vigente. No mesmo sentido, desde que justificadamente, o pedido de retomada da unidade pelo empreendedor.

De ver-se, contudo, que qualquer contratação escrita, lícita, exclui a aplicação, ainda que analógica, de qualquer preceito legal da legislação locatícia. As normas cogentes, desta, só atinam aos casos dos contratos de locação por elas previstos.

O contrato atípico misto, em causa, resta indene dessa atuação legislativa.

g) Lei de locação não regulamentou a matéria

Acrescente-se que o contrato de utilização de unidade em centros comerciais, malgrado a inovação da Lei n. 8.245/91 (Lei das Locações), que cuidou em alguns artigos da matéria (conhecida por locação em shopping centers), não regulamentou esse contrato, que continua a existir com a natureza atípica mista.

Realmente, embora o legislador tivesse tido a intenção de disciplinar as relações jurídicas existentes entre utilizadores e empreendedores de shopping centers, não o fez.

Em alguns artigos sobre esse contrato, a aludida lei cuida de poucos aspectos seus, sem preocupar-se o legislador com o indispensável tratamento unitário dessa contratação.

Como pude demonstrar, até esse ponto, continuam a existir prestações validamente contratadas, que nada dizem respeito à mera relação locatícia.

A Lei n. 8.245, de 18 de dezembro de 1991, conhecida como lei das locações ou do inquilinato, que regulamenta a locação sobre imóveis urbanos, alude em seu art. 52 que o locador não estará obrigado a renovar o contrato locacional, se o imóvel locado vier a ser utilizado por ele próprio ou para transferência de fundo de empresa (melhor que fundo de comércio) existente há mais de um ano, nas condições a que alude o inciso II desse mesmo artigo. No § 2º desse art. 52, assenta-se que nas locações de espaço em shopping centers o locador não poderá recusar a renovação do contrato com fundamento nesse inciso II.

Também o caput do art. 54 dessa lei determina que, "nas relações entre

lojistas e empreendedores de shopping centers, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta Lei”.

Assegura, ainda, o § 1º desse art. 54, que o empreendedor não poderá cobrar do locatário em shopping centers as despesas que menciona nas suas letras a e b.

Em alguns pontos, como visto, o legislador procurou resguardar o utilizador de espaço em shopping centers, chamando-o de locatário e de locação o respectivo contrato.

Não se nega que existe um contrato de locação (típico) somado a outras prestações que não dizem respeito à locação (elementos atípicos), como demonstrado, até esse ponto. O legislador preferiu não criar denominação autônoma a esse contrato, mas deixa claro que, nele, as “condições” serão “livremente pactuadas”, valendo a essas contratações, além dos pontos tratados, as disposições procedimentais (matéria processual).

Continuam presentes, portanto, nesses contratos, ao lado das obrigações de dar contra dar, as obrigações de fazer e de não fazer, que mantêm a natureza atípica do contrato de utilização de espaço em shopping centers. O não cumprimento de qualquer delas ocasiona a extinção do contrato todo.

6 Caso e Parecer 5

Em outra ocasião, tive⁸² oportunidade de estudar um contrato de revenda e distribuição firmado por uma empresa B e por suas Revendedoras.

Por esse contrato, as empresas contratantes obrigaram-se a respeitar as “Normas Gerais de Distribuição”, que dele faziam parte integrante.

A principal obrigação da Produtora, nesses casos, é a de vender seus

produtos, e a da Revendedora ou Distribuidora, a de comprar e de revendê-los. Nessa relação estão presentes obrigações de dar contra dar, mas que cumpridas não extinguem o referido contrato, em que outras espécies de obrigações existem.

Vejam algumas das obrigações das Revendedoras ou Distribuidoras: cláusula oitava: "(a) envidar todos os esforços e usar de todos os meios adequados legítimos para explorar e desenvolver o potencial máximo do negócio de revenda e distribuição dos produtos fabricados e/ou comercializados pela B, para tanto criando, estimulando, mantendo e satisfazendo [...] a demanda de tais produtos" (fazer); (b) "cumprir, regular e escrupulosamente, todas as obrigações", em geral, "que lhe competirem, de modo que sua omissão não prejudique a imagem" da Produtora e de seus produtos, "nem atinja negativamente a atividade de revenda e distribuição da própria Distribuidora" (fazer); (c) "apresentar um Plano Anual, contendo todas as informações indicadas em mapas próprios fornecidos" pela Produtora (fazer); (d) "aplicar os padrões adotados e divulgados periodicamente pela Produtora, para a decoração de veículos, depósito, apetrechos e outros materiais" (fazer); (e) "não fazer declarações ou divulgações ao público ou autoridades governamentais, ou a qualquer pessoa, relativamente aos produtos fabricados e/ou comercializados" pela Produtora, "sem o consentimento prévio e expresso dela" (não fazer); cláusula décima primeira: "a Distribuidora não poderá adotar nem usar qualquer denominação, firma, nome comercial, razão social, título de estabelecimento ou outra designação empresarial que inclua a palavra B ou qualquer outro nome que possa confundir--se com a mesma, sem o consentimento prévio e expresso da B" (não fazer); e cláusula décima sexta: "A Distribuidora comprará os produtos da B, pelos preços da tabela

previamente por esta organizada, para revendê-los, por sua conta e risco, à freguesia existente” em seu território, como designado no contrato e nos moldes deste (fazer), devendo os preços de revenda obedecer “o limite das tabelas remetidas, periodicamente, pela B à Distribuidora, respeitado o limite máximo constante das mesmas”.

Desse modo, existirá rescisão desse contrato quando ocorrer o descumprimento culposo de qualquer dessas obrigações contratadas, sejam as relativas especificamente à compra e venda e revenda (dar contra dar), sejam as demais enunciadas (fazer ou não fazer).

7 Caso e Parecer 6

a) Escrituras em que se fundamenta o caso

Esse caso⁸³ encontra seus fundamentos em quatro escrituras públicas, outorgadas por A, que serão adiante mostradas por seus elementos essenciais. O parecer relativamente a esse caso foi dado em 18 de agosto de 1998.

Os herdeiros desse outorgante A ingressaram com ação ordinária, tendente à declaração de nulidade de diversas cláusulas dessas escrituras.

Ao fundamentarem sua pretensão, os demandantes partem, principalmente, da premissa de que os atos de liberalidade, praticados pelo falecido A, constituem contrato típico de doação, regido pelos arts. 1.165 a 1.187 do Código Civil de 1916.

Entretanto, quando se referem a esses atos de liberalidade, os próprios demandantes citam alguns de seus trechos, que demonstram a existência de um contrato atípico misto, por reunir disposições contratuais típicas e atípicas, simultaneamente (constituição de condomínio acionário, doação com encargos, substituição de comunheiro retirado ou falecido, por decisão

da maioria dos demais comunistas).

Pela "escritura pública de doação", de 21 de setembro de 1959, o outorgante A declara, inicialmente, que:

I – A aspiração maior de sua vida foi, desde moço a de poder organizar, um dia, uma rede nacional de jornais, estações de rádio e outros meios de divulgação do pensamento, criados ou que viessem a ser criados pelo progresso técnico, a fim de realizar, estendendo-o a todos os recantos do País, um programa patriótico de defesa dos mais altos interesses da nação e de elevação do nível cívico e cultural do povo brasileiro, incitando-o a participar de debate dos magnos problemas universais e nacionais e do desenvolvimento das ciências, das letras e das artes. II – Depois de longos anos de trabalho e de luta, conseguiu, afinal, criar ou incorporar as empresas jornalísticas de radiodifusão e televisão que atualmente orienta e através das quais vem realizando, intransigentemente, o mesmo programa que, desde o início, se havia imposto.

Esse sonho do outorgante A realizou-se com a formação de um patrimônio que integra o capital de várias empresas, sociedades anônimas e sociedades por cotas de responsabilidade limitada.

Nessa escritura, o outorgante relaciona essas empresas e as ações ou cotas de que era, à época, titular de direitos e de obrigações, excluindo, expressamente, outras, não constantes do aludido instrumento, de propriedade do mesmo outorgante.

Em seguida, o outorgante nomeia e qualifica os 22 beneficiários, colaboradores e auxiliares, por ele escolhidos, outorgando-lhes, "conjuntamente em comunhão", "nos termos das cláusulas" por ele instituídas, "uma parte ideal correspondente a quarenta e nove por cento de cada uma das ações e cotas de capital", relacionadas, conservando, para ele, a titularidade da parte ideal restante, de 51% das mesmas ações e cotas.

Passaram, então, a pertencer em comunhão as referidas ações e cotas, ao outorgante e aos outorgados, nas proporções ideais indicadas.

Fixaram-se, nesse instrumento, pelo outorgante, as seguintes cláusulas e obrigações: (a) a parte ideal total das ações e cotas de capital, mencionadas e descritas, no item III, passa a pertencer aos outorgados na proporção indicada de quarenta e nove avos sobre cada ação e cota, continuando, em seu todo e em suas partes, a ser mantida em comunhão entre esses outorgados e entre eles e o outorgante, conservando este, enquanto viver, a titularidade da parte restante, 51% (cinquenta e um por cento) das mesmas ações e cotas de capital doadas; (b) os direitos inerentes às sociedades anônimas e às sociedades por cotas de responsabilidade limitada serão exercidos perante essas sociedades pelo representante da comunhão, na forma da escritura e do Regulamento; (c) o representante é escolhido por maioria de votos, incumbido de executar, nas assembleias gerais, nas reuniões dos sócios ou nos cargos de administração, as deliberações majoritárias dos demais comunheiros ou proprietários, nos moldes do mesmo Regulamento; (d) devem ser mantidos nos cargos que ocuparem os então Diretores ou Gerentes das Sociedades arroladas, desde que respeitados os termos da escritura; (e) as partes ideais das ações e cotas doadas ficarão gravadas, vitaliciamente, com as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade; (f) reserva de usufruto dos bens doados, em favor do doador; (g) falecendo qualquer dos outorgados, após a morte do doador, seus sucessores receberão dos donatários remanescentes, em dinheiro, no prazo de cinco anos, do falecimento, conforme o valor estipulado na mesma escritura, com as variações ali indicadas, tudo em cinco prestações anuais, sem juros; (h) se qualquer dos donatários retirar-se da "comunhão", antes do prazo de cinco anos, ou se deixar de prestar sua colaboração direta e efetiva, para a realização dos fins objetivados pelo doador, perderá todos os seus direitos

decorrentes da doação, e sua exclusão será declarada pelos órgãos diretores da comunhão, por dois terços de seus membros; (i) se o donatário retirar-se após cinco anos de colaboração leal e efetiva, receberá o valor da sua cota parte ideal, na forma ali estabelecida; (j) a cota do donatário que se retirar, que abandonar a comunhão, com a perda de direitos, ou que falecer, será incorporada ao colaborador ou auxiliar escolhido por maioria de votos, que mais se houver distinguido no cumprimento de suas obrigações, tudo, desde que se sujeite por documento próprio aos exatos termos da escritura, e o substituto deve ser brasileiro nato e ligado às empresas jornalísticas e de radiodifusão; (k) devem os donatários criar um fundo especial de reserva para custeio dos serviços de coordenação e de orientação, conforme ali discriminado; (l) os donatários obrigam-se a liberar as responsabilidades pessoais assumidas pelo doador, junto às aludidas empresas, de que fizerem parte.

Todas essas cláusulas foram averbadas no livro de registro de ações Nominativas das mesmas empresas, constando dos contratos das sociedades de responsabilidade limitada, conforme o caso.

Por outro lado, todas as obrigações e ônus referidos nessa escritura foram estendidos às novas ações ou cotas de capital, resultante de aumento de capital, por incorporação de reservas facultativas ou de fundos disponíveis ou por valorização ou outra avaliação de seu ativo móvel e imóvel.

O outorgante, por inúmeras outras cláusulas, tomou cautelas para assegurar a perfeita execução de sua vontade e das condições estabelecidas na escritura, sob estudo, também com relação à reforma dos estatutos e dos contratos das mencionadas empresas.

Os donatários foram convocados para declararem ou não sua aceitação,

com todas as cláusulas e condições dessa escritura, prevendo-se em caso de não aceitação a substituição do que recusasse.

Obrigaram-se os donatários a respeitar, ainda, o Regulamento da comunhão, que se transcreve na aludida escritura.

Destaque-se, nesse passo, este trecho da escritura, em exame, que retrata o ideal de vontade do outorgante:

Os outorgados donatários se comprometem legal e moralmente, e por sua honra, a dar fiel cumprimento a esta obrigação, a fim de se manter, sem interrupções, sempre em mãos de 22 (vinte e dois) antigos colaboradores e auxiliares, a maioria das ações, não para fins econômicos monopolísticos, que o doador e donatários expressamente excluem, mas para os fins, reiteradamente mencionados, de uniformidade de orientação cívica e cultural.

Pela escritura de 30 de maio de 1961, retificou-se a anterior, ratificando-se a escritura primitiva, de 1959. Algumas alterações a cláusulas do regulamento foram feitas, mas sem ferir a inabalável vontade do outorgante-doador, como já mencionado.

Acentua-se, nessa oportunidade, que,

enquanto viver o doador, as deliberações da Comissão Plenária serão tomadas tendo em consideração a preponderância da cota de cinquenta e um por cento (51%) do referido doador, passando-se, pela sua morte, ao nome do voto unipessoal dos companheiros.

Por testamento público, na mesma data, o outorgante legou, aos mesmos 22 colaboradores e auxiliares, sua aludida parte ideal de 51% sobre os bens doados.

Pela escritura pública de 19 de julho de 1962, de doação, ratificação, retificação e outros pactos, à escritura principal, de 21 de setembro de 1959, o outorgante manifestou seu desejo de “assegurar, para todo sempre, a continuidade da rede nacional de jornais, revistas, estações de rádio e de televisão, que criou e incorporou a fim de realizar” seu ideal, por meio de

seus 22 colaboradores e auxiliares, como executores de seus propósitos referidos na escritura anterior.

Nessa escritura, o outorgante fez menção a algumas modificações, em testamentos, na administração do Condomínio Acionário de X e Y. Fez menção a que todos os condôminos-donatários aderiram a sua vontade, na escritura anterior, menos um, que menciona, e que, com outros que a ele outorgante pré-faleceram, foram substituídos. Excluiu-se um dos comunheiros, que não cumpriu suas obrigações. Alteraram-se alguns dispositivos do Regulamento do Condomínio, constantes da primitiva escritura de 1959. Foram tomadas, ainda, algumas providências para fortalecimento da vontade do outorgante, sempre de preservar o aludido Condomínio. Feitas, então, as alterações normativas e as substituições de condôminos, tudo foi acolhido sem restrições pelos condôminos, à época.

Por seu turno, a escritura pública de 17 de agosto de 1965 mostra-se, também, como uma sucessão de atos tendentes a assegurar a vontade do outorgante-doador, originário. Acertaram-se, nessa escritura, alguns valores como novas distribuições aos Condôminos. Todos aceitaram os termos dessa mesma escritura.

b) Negócio atípico misto

Analisando as referidas escrituras, cheguei à conclusão de que se cuida, na espécie, de um contrato atípico misto, que se inicia com uma doação, sem cláusula de reversão.

Essa figura típica de doação mostra-se com clausulação multifária, que lhe retira a natureza, apresentando muitas obrigações que lhe são próprias.

Como visto, também não está presente, nessa contratação, o fideicomisso contratual, tampouco o condomínio tipificado no Código Civil.

A aludida doação inicial, com cláusulas especiais, e com a concordância expressa dos donatários, deu início a uma complexidade negocial, perfeitamente lícita, a que não pode ser aplicado qualquer regramento contratual típico.

A intenção de A foi a de afastar, mesmo, da sucessão hereditária os bens dos primeiros donatários, formando um bloco monolítico, a servir de concretização de seu ideal.

Criou-se um condomínio, ou uma comunhão de interesses, entre os outorgados-donatários, com 49% sobre a parte ideal doada, e o outorgante doador, com 51% sobre a parte restante, enquanto vivesse. Após sua morte, esse patrimônio passou a destinar-se, integralmente, ao fim proposto por A.

Nessa comunhão, está presente uma sociedade perpétua, como se tivesse nascido com um toque fundacional, já que está presente, no negócio, sob estudo, uma finalidade imutável.

Realmente, no negócio em tela, exercem-se direitos sobre a comunhão por meio de representante, que age nos moldes da escritura principal e do Regulamento nela instituído. Várias obrigações de fazer, portanto.

Outra obrigação de fazer comanda a atuação desse representante, que, eleito pela maioria de votos dos comunheiros, deve executar as deliberações majoritárias.

Por outro lado, determinou A que se mantivessem nos cargos das aludidas empresas seus Diretores e Gerentes, desde que não desrespeitassem os termos da escritura (obrigações de não fazer).

A cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade leva à conclusão, interpretada com as outras cláusulas, de que o negócio

não é de simples doação, mas de uma comunhão societária para perpetuar, levar adiante as empresas criadas por A, por seus colaboradores e auxiliares. Verdadeira obra de cunho social, mais do que individual. Aqui, a obrigação de não fazer, de não alienar as ações e/ou cotas recebidas.

Quanto à prevista reserva de usufruto ao doador, ela existiu enquanto este viveu.

Com a morte do donatário, os sucessores deste, como acontece em muitas sociedades, não integram a comunhão, como membros, mas recebem o valor da cota do falecido donatário, substituindo-se este por outro colaborador ou auxiliar, escolhido pela maioria de votos dos remanescentes (obrigação de dar aos sucessores e de fazer, substituindo o falecido).

Se o donatário retirar-se da comunhão, antes de cinco anos, ou descumprir suas obrigações, especificadas na escritura ou no regulamento, perderá todos os seus direitos. Esse julgamento de inadimplência (obrigação de fazer) ocorre pelo voto de dois terços dos componentes da comunhão. Como na exclusão de sócios, no regime societário, ocorre, na primeira hipótese figurada, rescisão (verdadeira denúncia parcial do contrato ou dissolução parcial), e, na segunda, rescisão (inadimplemento culposos).

Se o donatário retirar-se após cinco anos de seu ingresso na comunhão, com cumprimento de todas as suas obrigações, terá direito ao valor de sua cota-parte, em dinheiro, como se ocorresse verdadeira retirada de sócio (denúncia parcial do contrato ou dissolução parcial). Todavia, nessa hipótese, sem perda de direito ao reembolso do aludido valor.

Prevê-se a substituição do donatário que perder direitos sobre sua cota,

que deverá incorporar-se à do donatário que melhor se destacar no cumprimento das obrigações assumidas. Sua escolha será por maioria de votos. Mais obrigações de dar (incorporação) e de fazer (escolha, eleição).

Deve ser criado, ainda, pelos comunheiros (obrigação de fazer), um fundo especial de reserva, para custeio da entidade (administração).

Outra obrigação de fazer, assumida pelos donatários, é a de deliberarem as empresas, de que fizerem parte, das responsabilidades pessoais assumidas pelo doador, junto a elas.

Pela análise dessas referidas obrigações, previstas nas letras a até I da escritura principal, que formam um todo complexo, vê-se logo que não se cuida, na espécie, de negócio típico, mas atípico misto.

Isso sem cogitar-se das outras obrigações menores, assumidas pela comunhão, e a de respeitar o Regulamento (obrigação de fazer), verdadeiro estatuto de direitos e de obrigações, que regulamenta a existência dessa comunhão.

Destaque-se, neste passo, que um dos demandantes da ação objeto do analisado Parecer já havia ingressado, anteriormente, com demanda, decidida pelo Superior Tribunal de Justiça, decisão essa que transitou em julgado⁸⁴.

c) Análise da decisão do Superior Tribunal de Justiça

Relativamente a essa decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça⁸⁵, naquela outra demanda proposta pelo aludido herdeiro, em 1973, entendeu aquela Corte que os contratos celebrados por A não constituíam simples doação, mas contrato atípico de conteúdo misto, composto por elementos de contratos de doação e de sociedade e do instituto de condomínio, com validade e eficácia admitidas em nosso ordenamento

jurídico.

Realmente, elucidou essa decisão que

a pactuação ora sob exame encerra uma situação jurídica atípica, constituindo o que a doutrina chama de contrato misto, espécie dos contratos atípicos; [e que] tais tipos de contrato, conquanto que não disciplinados expressamente pela lei, nem poderiam sê-lo dada a infinita gama de possíveis variações, são permitidos no direito brasileiro, desde que lícitos, em face sobretudo do princípio da autonomia privada.

Aduziu-se⁸⁶, ainda, que

o negócio jurídico em foco possui afinidades com diversos institutos jurídicos (doação; condomínio; fideicomisso; propriedade resolúvel e sociedade), mas com eles não se confunde em virtude de sua individualidade própria. Colhe nesse passo a anotação do Prof. Álvaro Villaça Azevedo, para quem os contratos atípicos mistos “formam uma unidade indivisível, um todo uno e complexo”⁸⁷.

Ressaltou-se, mais, nessa mesma decisão que,

ao instituir a comunidade, sobre a qual versa a presente lide, A deixara inequívoco na cláusula III da escritura datada de 21-9-1959 que o seu escopo era o de “assegurar para todo o sempre a continuidade dessa organização, de modo a evitar, de futuro, o seu fracionamento e a manter uma constante fidelidade aos ideais que sempre o animaram”.

Escudada em ensinamento de Orlando Gomes⁸⁸, asseverou a mesma decisão que B, naquela demanda,

ao insurgir-se contra a pretensão de dar-se perenidade à obra de A, tomou em consideração apenas uma das faces daquele negócio jurídico: o condomínio. Esqueceu-se, porém, de que a comunhão é um mero componente do verdadeiro pacto efetivado, que, conforme acentuara o 1.º decisório monocrático proferido nestes autos, tivera a finalidade de conjugar esforços no sentido de difundir a cultura e o sentimento cívico nacional. Foram palavras textuais de MM. Juiz de Direito, Dr. João Uchôa Cavalcanti Neto: “E aqui vem outro tom da questão. É que doador, na verdade, não quis fazer uma doação nos termos usuais de beneficiar terceiros, os donatários. O espírito do “testamento de A” é o de exigir, não o de dar. Transborda claramente do respectivo texto seu objetivo de perpetuar uma obra de prestação de serviços nacional. Mas, para perpetuá-la – e só para perpetuá-la – o doador achou que devia fazer doação, a qual, no fundo, não passa de meio de outra finalidade superposta. Ele não conseguiria – no seu sentir – a colaboração de todos num trabalho comum, que era sua meta, sem lhes fornecer os meios.

Então ele lhes ofertou. Não pela oferta em si, mas pelo que da oferta imaginou resultaria”.

Acentuou, ainda, essa decisão que:

não importa a nomenclatura utilizada na escritura de doação, nem tampouco que se tenha empregado em inúmeras oportunidades a locução “Condomínio Acionário de X e Y”; o que releva é a natureza intrínseca de negócio jurídico, que não pode pautar-se apenas e tão somente por um de seus aspectos parciais;

complementando, em seguida, que,

ao certo, buscou-se dar continuidade, perenidade, à organização, ou seja, ao conjunto de empresas, e não ao condomínio em si, o qual, aliás, ficou moldado de maneira secundária e transitória. Tanto que ao membro escolhido para integrar a comunidade se permitiu retirar a qualquer tempo (sem nenhum haver) ou após cinco anos mediante o recebimento de sua quota-parte equivalente ao valor nominal. Não se cuida, portanto, da perpetuidade de um condomínio.

Vemos, aqui, nitidamente, que esse julgado superior confirmou de maneira correta e irrepreensível a vontade de A, em sua complexa contratação, por todas maneiras, lícita.

Argumentou, também, aquela Corte que, “ainda que de condomínio se tratasse, tais preceitos” (arts. 629 e 630 do CC)⁸⁹,

não eram de incidir no caso. É que, como já focalizado, a todo o tempo, era dado ao colaborador eleito exercer o direito de recesso, antes dos cinco anos de seu ingresso ou até mesmo depois. Ausente, pois, aí a alegada perpetuidade do condomínio. Se o contrato atípico não é ofensivo à lei, à ordem pública e aos bons costumes, deve subsistir inteiramente. Aliás, bem a propósito da dissidência manifestada pelo ora recorrido, uma vez que os seus interesses não se harmonizam com os dos demais membros componentes da entidade criada, cabe-lhe o direito de retirada e não o de simplesmente intentar dissolver a instituição. De há muito se firmou a jurisprudência concernente à sociedade comercial no rumo de que, em face da desavença existente com um dos sócios, se deve preservar a empresa, promovendo-se tão só a sua dissolução parcial, com a retirada do dissidente.

Destaco, ainda, neste ponto, trecho interessante desse julgado, ante a inalienabilidade criada pelo instituidor A, num sentido mais prolongado do que o constante do art. 1.676 do Código Civil, como se pode sentir da

análise geral da mesma decisão:

O v. acórdão entendeu que o instituidor procurou contornar as disposições legais respeitantes à proibição de perenidade do condomínio, para tanto fazendo estabelecer uma substituição fideicomissária infinita. Todavia, não há vislumbrar-se como ocorrente na espécie o instituto jurídico do fideicomisso, seja porque, de um lado, o próprio julgado recorrido o reputou como pertinente de forma exclusiva ao direito das sucessões, seja porque inexistente na espécie a figura do fideicomissário, mas tão somente a do sucessor. Inaplicáveis, pois, aqui os arts. 1.733 e 1.739 do CC, tal como invocaram os recorrentes. De outro lado, tratando-se, como se disse, de um negócio jurídico complexo, a E. Câmara negou vigência ao art. 1.676 do CC, já que dispensada a cláusula de inalienabilidade tal como prevista no item 3 da escritura pública datada de 19-7-1962 (f.). Segundo prelecionamento de Washington de Barros Monteiro, "referentemente à cláusula de inalienabilidade, de que cogita o art. 1.676, o princípio irrecusável, a regra que se impõe ao intérprete, vem a ser a do respeito intransigente à vontade manifestada pelo testador, ou doador. Estabelecido o vínculo, não pode este ser dispensado, ou invalidado, por ato judicial de qualquer espécie, sob pena de nulidade ^{90 91} - .

Além de não ter utilizado a cláusula, no âmbito do art. 1.676, aludido, este foi violado. Sim, porque a perpetuidade no negócio em pauta, vislumbrada por A, foi muito além, a possibilitar validamente a continuidade de seu ideal, em um negócio perpétuo, administrado por seus leais colaboradores e auxiliares.

"De outra parte, bem considerou-se, no julgado em foco, que 'não há caracteristicamente uma propriedade resolúvel na espécie em exame, desde que se acha estipulada a transmissão da coisa a terceiro e não ao seu antigo dono'."

d) Minha conclusão final

A análise, anteriormente feita, mostra meu antigo pensamento de que os contratos atípicos devem, no futuro, ter um sistema jurídico próprio, pois eles proliferam na sociedade, sem possibilidade de regulamentação legislativa rápida; a coletividade necessita dos negócios de princípios próprios para a segurança dessas contratações atípicas.

Estudando essa matéria, há mais de 38 anos, pude perceber essa necessidade, embora tenha sentido o firme comportamento de nossa jurisprudência a entender e a admitir a validade das negociações atípicas, quando não contrárias aos bons costumes, às normas de ordem pública e aos princípios gerais de Direito.

Meu esforço valeu, porque, como no caso sob análise, e em outros, soube o Poder Judiciário afirmar o princípio, que venho reconhecendo, de que os contratos atípicos consideram-se como um todo uno e indivisível de obrigações, que devem ser cumpridas todas, para que não exista a rescisão do contrato complexo e global.

23

NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DA TEORIA GERAL E ESTRUTURAL DOS CONTRATOS ATÍPICOS

O contrato atípico deve, como já concluí, possuir uma regulamentação no ordenamento jurídico para que haja segurança no contratar, mesmo que a sistematização seja de ordem geral.

Inicialmente, deve o contrato atípico ser definido na lei, bem como o típico, para que não parem dúvidas quanto ao sentido das respectivas expressões e para que se estabeleça, na lei, a distinção entre as mesmas classes contratuais.

Cumpre-me, agora, apresentar algumas regras que vêm sendo sugeridas, para aplicação aos contratos atípicos.

Martinho Garcez Neto⁹², pelo ensinamento de Alessandri Rodriguez e Somarriva Undurruga, mostra-nos as seguintes:

(a) as “normas de caráter geral, aplicáveis a todos os atos e declarações de vontade, qualquer que seja a sua natureza”; (b) as “próprias estipulações das partes”; (c) as “normas, que regulam os contratos nominados, aplicados analogicamente, sempre que o permita a natureza especial do contrato”.

Demonstrei, anteriormente, que a aplicação aos contratos atípicos das regras específicas relativas aos contratos típicos é impossível, pois as obrigações das figuras típicas exaurem-se em contratações mistas, sem que se extinga totalmente a contratação atípica. No caso de constarem, no contrato atípico, obrigações de fazer ou de não fazer, por exemplo, não basta o cumprimento das obrigações de dar, se nessa contratação existir,

em somatório integrante, uma compra e venda. É preciso que todas as obrigações sejam cumpridas, para que se extinga todo o contrato atípico.

Francesco Messineo⁹³, por sua vez, oferece-nos um tratamento do problema, apontando três regras, de acordo com o estabelecido na lei italiana, para os contratos atípicos.

A primeira dessas regras refere-se à aplicação direta de normas gerais, considerando o contrato como um esquema geral que produz todos os efeitos jurídicos, desde que, formalmente, preencha os requisitos gerais, esteja ou não tipificado na lei, e concluindo que a disciplina formal ou estrutural dos contratos é, e não poderia deixar de ser, idêntica à dos típicos, pelo que estão aqueles protegidos por ação em juízo.

Por sua vez, o Código Civil de 1916, em seu art. 75, reafirmava esse entendimento, embora superficialmente, ao estabelecer que “a todo direito corresponde uma ação que o assegura”.

A segunda das mencionadas regras confirma outro princípio assegurador do já enunciado; “é o de uma manifestação e um ulterior reconhecimento da autonomia privada”.

Aqui, abre-se às partes a liberdade de estipulação de acordo com sua vontade e os limites impostos pela lei.

As partes podem criar tipos que não tenham regulamentação particular, desde que objetivem interesses mercedores da proteção legal (art. 1.322, alínea, do Código Civil italiano), devendo ser, ainda, o contrato atípico lícito e legal, ou seja, conforme ao ordenamento jurídico.

Nosso Código Civil de 1916, embora não regulasse a matéria de forma expressa, só admitia a validade dos negócios jurídicos, em geral, sendo o agente capaz, o objeto lícito e a forma prescrita ou não defesa em lei (art.

82), neste último caso, nos negócios em que a forma fosse de sua substância (art. 129). O mesmo acontece no Código Civil.

O terceiro e último princípio sugerido pela lei italiana, no dizer de Messineo, "é o de aplicar aos contratos inominados normas particulares próprias aos contratos singulares".

Nesse ponto, discordo, como já explicado; às razões apresentadas reporto-me.

Como vemos, o tratamento que se dá ao contrato atípico é o mesmo do típico, no plano das normas gerais dos contratos, mas não no tocante às regras específicas dos contratos típicos. Mesmo assim, existem limitações, como visto, para que não se desnature a contratação atípica.

Nossa legislação, como nenhuma outra, não pode deixar de reconhecer um negócio jurídico atípico, que se fez, livremente, entre partes contratantes, sem ofender a lei, os bons costumes e os princípios gerais de Direito, mesmo deixando de mencioná-los em seu texto.

Não se concebe que a classificação dos contratos, em típicos e atípicos, não se encontre em nossa legislação, com a devida regulamentação, técnica e precisa.

Mesmo no tocante ao Código Civil, a situação permanece a mesma, pois o art. 425 reconhece tão somente que existem contratações atípicas, sem esboçar qualquer regulamentação.

Não se pode ficar a alegar que não tem interesse prático essa regulamentação, uma vez que os contratos atípicos estão providos de ação em juízo.

Então, qual a razão da disciplina dos contratos-tipo?

Seria o caso de abandonar todo o campo contratual à livre manifestação

da vontade das partes? Não, certamente.

O que se torna necessário é a regulamentação, em nossa legislação, dos contratos atípicos com a fixação, expressa, de seu conceito e dos princípios gerais que os informam, dos princípios da liberdade contratual, com as limitações específicas, que se fazem indispensáveis.

Esse é um problema complexo, sobre o qual deverá ser detida especial atenção.

Ressalto que o tratamento igual dessas figuras contratuais típicas e atípicas não pode surtir efeito, pois o contrato típico, estando alicerçado em regras particulares, que lhe são próprias, recebe princípios gerais suplementares de maneira diversa da do contrato atípico, que não tem disciplina jurídica própria.

Por outro lado, não se deve colocar no arbítrio das partes muita liberdade sem muita limitação, e a tendência moderna é a de intervir, cada vez mais, o Estado na ordem social e econômica, para que as pessoas não usem o poder social ou econômico para oprimir seus semelhantes.

Por outro lado, ainda, não é possível aplicar aos contratos atípicos as regras particulares dos típicos, uma vez que esse fato causa a quebra da unidade dos contratos atípicos, que é seu cerne; estes últimos contratos, sem seu todo unitário, fracionam-se, perdendo sua característica própria.

Ressalto, mais, a imperfeição de nossa lei e a necessidade de considerar, em seu texto, também regulado, o contrato atípico, embora em linhas gerais, para que as partes possam discutir, em pé de igualdade e nos moldes da boa-fé objetiva, as circunstâncias informadoras de suas relações para a livre estipulação da lex privata, que emerge da avença.

ESBOÇO DE REGULAMENTAÇÃO DOS CONTRATOS ATÍPICOS

Nesse passo, é imprescindível a apresentação de um esboço de tratamento legislativo da matéria, que pode servir de ponto de partida para seu aperfeiçoamento.

Esboço de Anteprojeto de Lei para regulamentação geral dos contratos atípicos

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º São típicos os contratos que possuem e atípicos os que não possuem uma regulamentação legal.

Parágrafo único. Os contratos atípicos podem consistir em figuras singulares atípicas ou mistas, neste caso, com somatório de elementos típicos ou atípicos, ou ainda típicos e atípicos.

Art. 2º Aplicam-se aos contratos atípicos as normas de caráter geral, aplicáveis a todos os atos e declarações de vontade, de qualquer natureza, no plano da validade e da invalidade.

Art. 3º As estipulações dos contratantes devem ser válidas, ante o princípio da autonomia da vontade, desde que não contrariem a lei, a ordem pública, os bons costumes e os princípios gerais de Direito.

Art. 4º As partes devem utilizar-se do contrato atípico, segundo sua função social, observando os princípios da boa-fé objetiva, desde o momento anterior à formação do contrato até o posterior a sua extinção; o

princípio da igualdade entre as partes contratantes, e, principalmente, o da onerosidade excessiva para que não exista enriquecimento injusto ou indevido.

Art. 5º Aplicam-se aos contratos típicos e atípicos todas as regras relativas às práticas comerciais e à proteção contratual, constantes dos capítulos V e VI do Código do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11-9-1990), do art. 29 ao art. 54.

Art. 6º Não são aplicáveis, ainda que por analogia, as normas que regulam especificamente os contratos típicos, mesmo que figurem, parcialmente, nas contratações atípicas mistas.

Parágrafo único. As normas reguladoras dos contratos típicos, em geral, poderão ser aplicadas aos contratos atípicos, desde que não se desnature a natureza e a unidade da contratação atípica.

Art. 7º O contrato atípico forma um todo uno e complexo, indivisível com todas suas cláusulas e condições.

Art. 8º O não cumprimento culposo de qualquer das obrigações contratadas implica a rescisão de todo o contrato.

REFERÊNCIAS

AFRICANO, Digesto Livro XLVI, tít. III, frag. 38 (livr.7 – Quaestionum).

AGUIAR, João Carlos Pestana de. O fundo de comércio e os shopping centers. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). Shopping centers: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

ALPA, Guido; IUDICA, Giovanni. Codice civile: com commento essenziale di giurisprudenza. Milão: Klewer, 1996.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. Do contrato: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ANDRADE, Luís Antonio de. Considerações sobre o aluguel em shopping centers: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984; e RT 572/10.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ação renovatória requerida por empresa civil. In: Repertório IOB de Jurisprudência, São Paulo, n. 5/87, 3/218, p. 57-59, jun. 1987.

_____. A codificação civil: o processo brasileiro. In: WALD, Arnoldo (Coord.). Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, jul.-set. 2003.

_____. Atipicidade mista do contrato de utilização de unidade em centros comerciais e seus aspectos fundamentais. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). Shopping centers: questões jurídicas. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Código Civil comentado. Negócio jurídico. Atos jurídicos lícitos. Atos ilícitos. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2.

_____. Contratação atípica mista. Indivisibilidade. Condição resolutiva tácita. In:_____. Direito privado: casos e pareceres. Belém: Cejup, 1989. v. 3. p. 80-88.

_____. Contrato atípico. In:_____. Direito privado: casos e pareceres. Belém: Cejup, 1986. v. 1. p. 134-148.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contrato atípico misto e indivisibilidade de suas prestações. RT 778, p. 115-134, 2000.

_____. Contratos inominados ou atípicos (direito civil). In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977-1978. v. 20.

_____. Contratos inominados ou atípicos e negócio fiduciário. 3. ed. Belém: Cejup, 1988 (1. ed. em 1965).

_____. Natureza atípica da franquia comercial – franchising – e royalties pagos. 22 maio 1988, ainda não publicado.

_____. Princípios gerais de direito contratual aplicáveis à dívida externa dos países em desenvolvimento. RT , n. 718, p. 7-12; e In: DEBITO INTERNAZIONALE 2, sob a direção de GUTIÉRREZ, Domingos Andrés; SCHIPANI, Sandro. Atos da convenção, 25-27 maio 1995, Roma, Pontificia Università Lateranense, Mursia, 1998. p. 181-190.

_____. Teoria geral das obrigações: curso de direito civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Validade de denúncia em contrato de distribuição sem pagamento indenizatório. RT , n. 737, p. 97-111, 1997.

_____; TUCCI, Rogério Lauria. Tratado da locação predial urbana. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

BASSO, Maristela. Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo-extrajudicial de solução de conflitos de interesses. RT, n. 733, p. 11-23.

BELLAN, Amédée; SALIVAS, Albert. Éléments de droit romain. Paris: Giard & E. Brière. t. 2.

BETTI, Emilio. Trattato di diritto civile italiano de Filippo Vassali: teoria generale del negozio giuridico. 2. ed. Turim: Utet, 1950. v. 15. t. 2.

BEVILÁQUA, Clóvis. Código civil comentado. 10. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955. v. 4.

BRASIL. Anteprojeto de código de obrigações. Código Civil. Anteprojeto. Brasília: Senado Federal, 1995. v. 3.

BUZAID, Alfredo. Da ação renovatória. São Paulo: Saraiva, 1958.

_____. Da ação renovatória. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 2.

BUZAID, Alfredo. Estudo sobre shopping center. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de (Coord.). Shopping centers: questões jurídicas. São Paulo: Saraiva, 1991. (Doutrina e Jurisprudência.)

CABANELLAS, Guillermo. Repertorio jurídico de locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1959.

CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil. São Paulo: Malheiros, 1993.

CELSO, Ulpiano, Inst. 1; D. 1, 1, 1, pr.

CHAVES, Antonio. Lições de direito civil: direito das obrigações. São Paulo: José Bushatsky, 1974. v. 2.

_____. Responsabilidade pré-contratual. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CÍCERO, Marco Tullio. De officiis, 1, 101.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. Manual de direito romano. 5. ed. Rio de Janeiro: Sedegra.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

DIOCLECIANO e MAXIMILIANO. C. 4, 44, 2 e 8.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martín. Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1954. v. 1. t. 2.

ESMEIN, Paul. L'obligation et la responsabilité contractuelles. In: Le droit privé au milieu du XXe siècle: études offertes à George Ripert. Paris: Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950. t. 2.

ESPÍNOLA, Eduardo. Sistema de direito civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. v. 2. t. 2.

FRANCO, J. Nascimento. A lei de luvas e os shopping centers. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de (Coord.). Shopping centers: questões jurídicas. São Paulo: Saraiva, 1991. (Doutrina e Jurisprudência.)

GAIO. Institutas, Com. 3, pr. 89; D., L. 22, XIX, 5.

GIRARD, Paul Frédéric. Manuel élémentaire de droit romain. 8. ed. Paris: Rousseau, 1929.

GOMES, Orlando. Contratos. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998; 8. ed. 1981.

_____. Contrato de adesão: condições gerais do contrato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

GOMES, Orlando. Traços do perfil jurídico de um shopping center. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). Shopping centers: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. Transformações gerais do direito das obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GROSSO, Giuseppe. Enciclopedia del diritto. Milão: Giuffrè, 1961. v. 9.

HIRONAGA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. In: _____. Direito civil: estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

IAVOLENO. De (diversis) regulis iuris antiqui. Digesto 50, 17, 202.

JUSTINIANO. Institutas, Livro III, título XIII, pr.; Código 4, 44, 2 e 8.

LANGONI, Carlos Geraldo. Shopping centers no Brasil. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). Shopping centers: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

LETO, Angelo Piraino. I contratti atipici e innominati. Turim: Utet, 1974.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. 2.

_____. Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (Exceptio non adimpleti contractus). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

MAIA, Paulo Carneiro. Da cláusula rebus sic stantibus. São Paulo: Saraiva, 1959.

_____. Cláusula rebus sic stantibus. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 15.

MALECKI, Catherine. L'exception d'inexécution, lib. générale de droit et de jurisprudence. Paris: E. J. A.,

et Catherine Malecki, 1999.

MARINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos via Internet: problemas relativos à sua formação e execução. RT, n. 776.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A natureza jurídica das locações comerciais dos shopping centers. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de (Coord.). Shopping centers: questões jurídicas. São Paulo: Saraiva, 1991. (Doutrina e Jurisprudência.)

MAXIMILIANO. C. 4, 44, 2 e 8.

MELO, Claudinei de. Contrato de distribuição. São Paulo: Saraiva, 1987.

MESSINEO, Francesco. Dottrina generale del contratto. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1948. t. 1.

_____. Contratto innominato (atipico). Enciclopedia del Diritto. Milão: Giuffrè, 1962. v. 10.

MINGUZZI, Giorgio. Lezioni sui contratti commerciali. Rimini: Maggioli, 1981.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. v. 38.

MONIER, Raymond. Manuel élémentaire de droit romain, scientia verlag aaalen. 5. ed. Paris: Domat Montchrestien, 1954. t. 2.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, direito das obrigações: primeira parte. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 4.

_____. Curso de direito civil, direito das obrigações: segunda parte. Rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 5.

_____. Shopping centers. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). Shopping centers: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

PASSOS, J. J. Calmon de. Denúnciação de lide. Enciclopédia Saraiva do Direito. Coordenação de Rubens Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 23, p. 315-327.

PAPINIANO. Quaestionum, Digesto, Livr. II, tít. XIV, lei 38; Ius Publicum privatorum pactis mutare non potest.

PAULO (Iulius Paulus). Digesto, Livro 19, título 5, lei 5, parágrafo.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e incorporações. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

_____. Instituições de direito civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, rev. e atual. por Regis Fichtner, 2003. v. 3.

_____. Lesão dos contratos. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. Shopping center: lei aplicável à locação de unidades. RT, n. 596, p. 9-15.

_____. Shopping centers: organização econômica e disciplina jurídica. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). Shopping centers: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

PINTO, Roberto Wilson Renault. O fundo de comércio dos shopping centers e o Decreto n. 24.150/34.

In: _____; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de (Coord.). Shopping centers: questões jurídicas. São Paulo: Saraiva, 1991. (Doutrina e Jurisprudência.)

PLANIOL, Marcel. Traité élémentaire de droit civil. 4. ed. Paris: Libr. Générale de Droit & de Jurisprudence, 1907. t. 2.

REALE, Miguel. Exposição de motivos, no Projeto de Lei no atual Código Civil n. 634. Diário do Congresso Nacional, Suplemento B ao n. 61, 13 jun. 1975.

_____. Justiça privada. O Estado de S. Paul, 5-10-1996.

REQUIÃO, Rubens. Considerações jurídicas sobre os centros comerciais (shopping centers) no Brasil. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). Shopping centers: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984; e RT 571, p. 9-35.

RODRIGUES, Sílvio. Direito civil, dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 3.

_____. Das arras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1955.

SALIVAS, Albert; BELLAN, Amédée. Éléments de droit romain. Paris: A. Giard & E. Brière, t. 2.

SANTOS, J. A. Penalva. Regulamentação jurídica do shopping center. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de (Coord.). Shopping centers: questões jurídicas. São Paulo: Saraiva, 1991. (Doutrina e Jurisprudência.)

SANTOS, J. M. de Carvalho. Código Civil brasileiro interpretado: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1936. v. XV.

SCIASCIA, Gaetano; CORREIA, Alexandre. Manual de direito romano. 5. ed. Rio de Janeiro: Sedegra.

SILVA, Armando V. Enciclopédia Jurídica Omeba. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina. t. 9.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. RT, n. 733, p. 39-48.

TRIMARCHI, Pietro. Istituzione di diritto privato. 12. ed. Milão: Giuffrè, 1998.

TUCCI, Rogério Lauria; AZEVEDO, Álvaro Villaça. Tratado da locação predial urbana. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

ULPIANO. Digesto, Livro 21, título 1, lei 1; Digesto, Livro 9, XII, 1; Digesto 2, 14, 7,2.

VÁRIOS AUTORES. Shopping centers: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. (Coord.). Shopping centers: questões jurídicas. São Paulo: Saraiva, 1991. (Doutrina e Jurisprudência.)

WALD, Arnoldo. Obrigações e contratos: curso de direito civil brasileiro. Colaboração de Semy Glanz. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2.

WETTER, P. Van. Cours élémentaire de droit romain. 3. ed. Paris: Libr. A. Marescq, 1893. t. 2.

REPERTÓRIOS DE JURISPRUDÊNCIA PUBLICADOS E CITADOS

Revista dos Tribunais

RT 707/102; 700/80; 697/125; 669/175; 664/127; 654/157; 646/57; 643/87 e 90; 636/100; 634/83; 632/117; 631/121; 624/110, 153 e 177; 619/87 e 89; 614/150; 613/137; 596/9 a 15; 572/10, 14 e 15; 571/27, 28, 29, 30, 31, 133 e 138; 563/115; 551/177; 533/152; 510/209; 505/184; 467/148; 399/233; 398/249; 387/177; 377/298; 355/193; 305/847; 303/694; 254/213; 191/169.

Revista Forense

RF 171/240; 156/21; 123/509; 113/92; 104/269; 98/97; 97/111; 7/79.

Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal

JSTJ e TRF, Lex 62/153 e 167.

Revista Trimestral de Jurisprudência

RTJ 68/95; 57/44; 51/187.

Revista do Superior Tribunal de Justiça

RSTJ 23/329.

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

RJTJRJ 40/191.

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

RJTJRS 30/295.

Jurisprudência do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo

JTACSP, Lex 131/130; 128/109 e 137; 126/126; 124/60; 123/68, 78 e 122; 122/86; 121/108 e 182; 120/80, 86 e 242; 119/65 e 68; 105/98; 65/239.

Boletim da AASP: 1.531/91-2, de 20-4-1988; 1.500, de 16-9-1987; 1.496/195, de 19-8-1987.

Apelações

TJSP: 200.239/4-SP; 196.685/0-SP; 187.519/6-SP.

TJMG: ApCív 10687150006801001-MG, 14ª Câm. Cív., rel. Des. Evangelina Castilho Duarte, j. 4-8-2016, publ. 12-8-2016.

TJMG ApCív 10559100002737-001-Rio Preto, 2ª Câm. Cív., rel. Des. Marcelo Rodrigues (teoria não se aplica em razão de dissídio coletivo ou inflação), j. 9-9-2014.

RREE 85.714; 80.575; 75.511; 64.692.

RMS-STF 8.071.

AG-STF 18.559.

RHC-STF 59.052.

1. Trattato di diritto civile italiano de Filippo Vassali: teoria generale del negozio giuridico. 2. ed. Turim: Utet, 1950. v. 15. t. 2. p. 50.
2. Istituzioni di diritto privato. 12. ed. Milão: Giuffrè, 1998. p. 171-172; ver AZEVEDO, Álvaro Villaça. Código Civil comentado. Negócio jurídico. Atos jurídicos lícitos. Atos ilícitos. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2.
3. Contratos. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. p. 4.
4. AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral das obrigações: curso de direito civil. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 31.
5. Cours élémentaire de droit romain. 3. ed. Paris: Libr. A. Marescq, 1893. t. 2. p. 125.
6. De officiis, 1, 101.
7. PAPINIANO. Quaestionum Digesto, Livr. II, tít. XIV, lei 38; Ius Publicum privatorum pactis mutare non potest.
8. Consulte, ainda, GUTIÉRREZ, Domingo Andrés; SCHIPANI, Sandro (Org.). Princípios gerais de direito contratual aplicáveis à dívida externa dos países em desenvolvimento. RT 718/7-12; e Atos da Convenção de 25 a 27 de maio de 1995, em Roma. Il Debito Internazionale. Mursia: Pontificia Università Lateranense, 1998. p. 181-190.
9. Codice civile: com commento essenziale di giurisprudenza. Milão: Kleuwer, 1996. p. 365.
10. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. In: _____. Direito civil: estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 101-117, especialmente p. 109.
11. In: Ulpiano 1, Institutas; Digesto 1, 1, 1 pr.
12. Da cláusula rebus sic stantibus. São Paulo: Saraiva, 1959, especialmente p. 213-259; Cláusula rebus sic stantibus. Verbete da Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 15, p. 155.
13. Digesto Livro XLVI, tít. III, frag. 38 (lvr.7 – Quaestionum).
14. RF 7/79.
15. RT, 303/694 e 387/177.
16. RTJ 68/95, 57/44 e 51/187; RT 399/233.
17. Boletim da AASP, n. 1.500, de 16-9-1987, p. 221.
18. RREE 64.692 e 75.511, rel. Min. Aliomar Baleeiro; RMS 8.071, rel. Min. Victor Nunes; Ag. 18.559, rel. Min. Barros Barreto; RE 85.714, rel. Min. Soares Muñoz; RHC 59.052, rel. Min. Clovis Ramalhete.
19. RE 80.575, DJ 27-10-1983; RT 551/177.
20. Transformações gerais do direito das obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 148.
21. RT 377/298, 355/193, 305/847, 254/213 e 191/169; RF 171/240, 156/21, 113/92, 104/269, 98/97 e 97/111.

22. RF 123/509.

23. RT 707/102. Cita esse julgado dois outros precedentes, da mesma Corte: AI 357.619-6-00, 2ª Câmara, Relator Juiz Batista Lopes, de 27-7-1992, v. u.; AI 376.431-3-00, 1ª Câmara, rel. Juiz Souza Aranha, de 28-1-1993, v. u.

24. RT 700/80, 697/125, 669/175, 664/127, 654/157, 646/57, 643/87 e 90, 636/100, 634/83, 632/117, 631/121, 624/110 e 177, 619/87 e 89, 613/137, 505/184, 399/233; RJTJRS 30/295; JTACSP, Lex 131/130, 128/109 e 137, 126/126, 124/60, em que se citam outras decisões da mesma Câmara, 123/68, 78 e 122, 122/86, 121/108 e 182, 120/80, 86 e 242, 119/65 e 68, 105/98; entre muitos outros.

25. RT 700/80.

26. RT 669/175.

27. JTACSP, Lex 122/86, especialmente p. 88-89.

28. RSTJ 23/329.

29. TJMG, ApCív 10687150006801001-MG, 14ª Câm. Cív., rel. Des. Evangelina Castilho Duarte, j. 4-8-2016, publ. 12-8-2016, TJMG, ApCív 10559100002737-001-Rio Preto, 2ª Câm. Cív., rel. Des. Marcelo Rodrigues (teoria não se aplica em razão de dissídio coletivo ou inflação), j. 9-9-2014.

30. AZEVEDO, Álvaro Villaça. A codificação civil: o processo brasileiro. In: WALD, Arnaldo (Coord.). Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, p. 70 a 97, especialmente p. 92, jul.-set. 2003.

31. C.4, 44, 2 e 8.

32. Lesão dos contratos. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 187-213.

33. No mesmo sentido, SIDOU, J. M. Othon. A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 120.

34. Posição por mim defendida, também em Roma, desde 1995, e reafirmada no dia 26 de maio de 2006, na palestra que proferi em Roma, Itália, no Palazzo Santacroce.

35. Código civil comentado. 10. ed. atual. por Achilles e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955. v. IV. p. 204.

36. Código civil brasileiro interpretado: direito das obrigações. Rio de Janeiro: 1936. v. XV. p. 194.

37. Código civil comentado. 10. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955. v. 4. p. 195.

38. MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos via Internet: problemas relativos à sua formação e execução. RT 776/92-106, especialmente p. 101, na parte inicial fundamentada nas lições de Olivier Itaenu.

39. D. L. I, tít. III, lei 17 (Cels. 26 Dig.).

40. Direito civil. 27. ed. São Paul. Saraiva. 2000. v. 3. p. 99-100.

41. Código Civil comentado. 10. ed. atualizada por Achilles e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves: 1955. v. IV. p. 65.
42. Digesto, livro 21, tít. 1, lei 1.
43. Instituições de direito civil. 11. ed. rev. e atual. por Régis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3. p. 138.
44. Obrigações e contratos: curso de direito civil brasileiro. 14. ed. Colaboração: Semy Glanz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2. p. 285-286.
45. Curso de direito civil: direito das obrigações. 2ª parte. 32. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 5. p. 66.
46. Denúnciação da lide. Verbete da Enciclopédia Saraiva do Direito. Coordenação de Rubens Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 23. p. 315-327, especialmente p. 316, 325-326.
47. GAIUS, Institutas, Com. 3, par. 89.
48. IULIUS PAULUS, Digesto, livro 19, tít. 5, lei 5, par.
49. Lições de direito civil: direito das obrigações. São Paulo: José Bushatsky, 1974. v. 2. p. 146-147; consultar, ainda, do mesmo autor, Responsabilidade pré-contratual. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
50. AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contratos inominados ou atípicos e negócio fiduciário. 3. ed. Belém: Cejup, 1988. p. 91-92; Contratos inominados ou atípicos: direito civil. Verbete da Enciclopédia Saraiva do Direito. Coordenação de Rubens Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977-1978. v. 20. p. 150-151.
51. AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ver capítulo 13, deste volume (com comentários à mencionada lei).
52. Contratos inominados... cit. p. 93-102.
53. Traité élémentaire du droit civil. 4. ed. Paris: Librairie Générale du Droit et de La Jurisprudence, 1907. t. 2. p. 318-319. n. 949. § 2º.
54. Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*). Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1959. p. 284. n. 65, e 296 a 304, n. 69. Ver, ainda, MALECKI, Catherine. L'exception d'inexécution. Paris: Librairie Générale du Droit et de La Jurisprudence, 1999. p. 475, em que se acentua que a "*exceptio non rite adimpleti contractus* é a exceção do contrato imperfeitamente ou defeituosamente executado".
55. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. Tratado, derecho de obligaciones. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1954. v. 1, t. 2, § 33, p. 166.
56. RT 563/115.
57. AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil: curso de direito civil: 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 191-192.
58. Exposição de motivos, no Projeto de Lei de atual Código Civil n. 634. Diário do Congresso Nacional, Suplemento B ao n. 61, 13 jun. 1975, p. 117.

- 59.** Contrato de adesão: condições gerais dos contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 3.
- 60.** Contrato de adesão cit., p. 5, 149-159.
- 61.** Contrato de distribuição. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 62-63.
- 62.** Contratos. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. p. 119-120.
- 63.** Essas noções completam-se com as do Capítulo 6, "Forma e prova dos contratos".
- 64.** AZEVEDO, Álvaro Villaça. Negócio Jurídico (Extinção). Verbete da Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 54. p. 182-187, especialmente p. 185. Coordenação de Rubens Limongi França.
- 65.** Do contrato: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 251, n. 168.
- 66.** Essa lei é oriunda do projeto apresentado, no Senado Federal, pelo então Senador Marco Maciel.
- 67.** Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo-extrajudicial de solução de conflitos de interesses. RT 733/11 a 23, especialmente p. 17-18.
- 68.** A arbitragem no processo civil. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 71. O autor foi um dos membros da Comissão Relatora da atual lei de arbitragem.
- 69.** Contrato de adesão: condições gerais do contrato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 4.
- 70.** Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo-extrajudicial de solução de conflitos de interesses. RT 733/21.
- 71.** Justiça privada. O Estado de S. Paulo, 5-10-1996, p. A2.
- 72.** A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. RT 735/39-48, especialmente p. 46-47.

1. Da ação renovatória. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 10.
2. ESMEIN, Paul. L'obligation et la responsabilité contractuelles. In: Le droit privé au Millieu du XXeme Siècle: études offertes a George Ripert. Paris: Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950. t. 2. p. 101.
3. Éléments de droit romain. Paris: M. Giard-Brière, Paris. t. 2. p. 86-304.
4. Digesto, livro 9, XII, I.
5. Digesto, livro 22, XIX, 5.
6. Digesto, livro 19, 5, 5, par.
7. Institutas. Com. 3, § 89.
8. Éléments de droit romain cit. p. 305-306.
9. SILVA, Armando V. Enciclopédia jurídica omeba. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina. t. 9. p. 680-681.
10. Ulpiano, Digesto, 2, 14, 7, 2.
11. Foram os Sabinianos, com os Proculianos, integrantes das duas principais correntes de pensamento jurídico romano (Escola Sabiniana, com seu primeiro chefe Caio Ateio Capito, e Proculiana, com seu primeiro chefe Marco Antistio Labeo, Labeão) entre os séculos I e II d.C.
12. Manuel élémentaire de droit romain. Scientia Verlag Aalen. 5. ed. 1970, Paris: Domat Montchrestien, 1954. t. 2. Les obligations, n. 141, p. 184-188, especialmente p. 186.
13. GROSSO, Giuseppe. Enciclopedia del diritto. Milão: Giuffrè, 1961. v. 9, p. 757.
14. Paulo, Digesto, livro XIX, tít. IV, lei 2^a; e Digesto, livro XIX, tít. V, lei 5^a, § 1^o. In: CABANELLAS, Guillermo. Repertorio jurídico de locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos. Buenos Aires: Bibliografía Argentina, 1959. p. 23, itens 647-650.
15. CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. Manual de direito romano. 5. ed. Rio de Janeiro: Sedegra, p. 207.
16. AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contratos inominados ou atípicos e negócio fiduciário. 3. ed. Belém: CEJUP, 1988 (1. ed. em 1965), p. 81.
17. Digesto, livro 44, tít. 7, lei 3, par.
18. Institutas, livro III, tít. XIII, par.
19. Dottrina generale del contratto. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1948. t. 1. p. 214; Enciclopedia del diritto. Milão: Giuffrè, 1962. v. X, p. 96.
20. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. v. 38. par. 4.257. p. 366.
21. I contratti atipici e innominati. Turim: Utet, 1974. p. 67-68.
22. Direito civil: dos contratos cit. p. 34, n. 16.

23. Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3. p. 94.
24. Contratos. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 107.
25. Dottrina generale del contratto. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1948. t. 1. p. 226.
26. Contratto inominato. Enciclopedia del Diritto. Milão: Giuffrè, 1962. p. 102-103.
27. Contratos. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 103-104.
28. Contratos cit. p. 105-106. Nesse texto, ante a imperfeição redacional e falha do texto da 18. ed., está citado o da 8. ed., de 1981, p. 116-120.
29. Contratos cit. p. 104-105.
30. AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contratos inominados ou atípicos cit. p. 99-102.
31. IAVOLENO. De regulis... Digesto 50, 17, 202.
32. Sistema de direito civil brasileiro. 2. ed. Rio-São Paulo: Freitas Bastos, 1945. v. 2. t. 2. p. 66-67.
33. Do contrato: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 83. n. 38.
34. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3. p. 60.
35. Obrigações e contratos: curso de direito civil brasileiro. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2. p. 222.
36. AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil: teoria geral das obrigações. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 162.
37. Condomínio e incorporações. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 187.
38. BRASIL. Anteprojeto de Código de Obrigações. Código Civil anteprojeto. Brasília: Senado Federal, 1995. v. 3.
39. Traços do perfil jurídico de um shopping center. In: ARRUDA, José Soares; LOBO, Augusto da Silveira (Coord.). Shopping centers: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 88-115.
40. AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contrato atípico. In: _____. Direito privado: casos e pareceres. Belém: Cejud, 1986. v. 1. p. 134-148.
41. Contratação atípica mista. Indivisibilidade. Condição resolutiva tácita. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direito privado cit., 1989, v. 3, p. 80-88.
42. Natureza atípica da franquia comercial – “franchising” – e “royalties” pagos, de 22 de maio de 1988, ainda não publicado. Esclareço que o contrato de franquia só foi regulamentado, tornando-se típico, posteriormente a esse parecer, pela Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1994.
43. Lezioni sui contratti commerciali. Rimini: Maggioli, 1981. p. 167-168.
44. AZEVEDO, Álvaro Villaça. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Albino de (Coord.).

- Shopping centers: questões jurídicas (doutrina e jurisprudência). São Paulo: Saraiva, 1991. p. 17-54.
- 45.** Tratado da locação predial urbana. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1. p. 151-152.
- 46.** Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 121-122.
- 47.** AZEVEDO, Álvaro Villaça. Op. cit. p. 210.
- 48.** RT 467/148.
- 49.** RT 510/209 e 398/249.
- 50.** Ap. 200.239/4, da Comarca de São Paulo.
- 51.** Ap. 196.685/0, da Comarca de São Paulo, Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo, 1.531/91-2, de 20-4-1988.
- 52.** Ap. 187.519/6, da Comarca de São Paulo.
- 53.** Ação renovatória requerida por empresa civil. Repertório IOB de Jurisprudência, São Paulo, n. 5/87, 3/218, p. 57-59, jun. 1987.
- 54.** JTACSP, Lex 65/239, 1981.
- 55.** RJTJRJ, 40/191.
- 56.** RT 624/153. Conforme relato do mesmo juiz, RT 614/150.
- 57.** O fundo de comércio e os shopping centers. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). Shopping centers: aspectos... cit. p. 190.
- 58.** Considerações jurídicas sobre os centros comerciais: shopping centers – no Brasil. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). Shopping centers: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984; e RT 571.
- 59.** Considerações jurídicas sobre os centros comerciais... cit. p. 147; e RT 571/28.
- 60.** Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo, n. 1.496/195, de 19-8-1987.
- 61.** Considerações jurídicas sobre os centros comerciais... cit. p. 148-149, e RT 571/29.
- 62.** Considerações jurídicas sobre os centros comerciais... cit. p. 151, e RT 571/30-31.
- 63.** Da ação renovatória. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 2, Apêndice I, p. 668.
- 64.** Traços do perfil jurídico de um shopping center. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). Shopping center: aspectos jurídicos cit. p. 106-107.
- 65.** In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). Shopping centers: aspectos jurídicos cit.
- 66.** Shopping centers: organização econômica e disciplina jurídica. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). Shopping centers: aspectos jurídicos cit. p. 77, 82-86.
- 67.** Shopping center: lei aplicável à locação de unidades. RT 596/9 a 15, especialmente p. 9, jun. 1985.

- 68.** Shopping centers. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). Shopping centers: aspectos jurídicos cit.
- 69.** Considerações sobre o aluguel em shopping centers. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). Shopping centers: aspectos jurídicos cit. p. 169-177, e RT 572/10, p. 14-15.
- 70.** A natureza jurídica das locações comerciais dos shopping centers. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). Shopping centers: questões jurídicas (Doutrina e jurisprudência). São Paulo: Saraiva, 1991. p. 79-95, especialmente p. 88-89.
- 71.** Considerações sobre relações jurídicas em shopping centers. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). Shopping centers: questões jurídicas cit. p. 166-168.
- 72.** Traços do perfil jurídico de um shopping center. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). Shopping centers: questões jurídicas cit. p. 96 e 113-115.
- 73.** RT 533/152.
- 74.** Considerações jurídicas sobre os centros comerciais... cit. p. 19, p. 22-23, e RT 571/133-138.
- 75.** Da ação renovatória. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 2. p. 633 s.
- 76.** Estudo sobre shopping center. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). Shopping centers: questões jurídicas cit. p. 14 (n. 25) e p. 13 (n. 21).
- 77.** Regulamentação jurídica do shopping center. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). Shopping centers: questões jurídicas cit. p. 110-112.
- 78.** O fundo de comércio e os shopping centers. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). Shopping centers: questões jurídicas cit. p. 26-27 e 191.
- 79.** O fundo de comércio dos shopping centers e o Decreto 24.150/34. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). Shopping centers: questões jurídicas cit. p. 223.
- 80.** A Lei de Luvas e os shopping centers. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). Shopping centers: questões jurídicas cit. p. 123, 124, 128-129.
- 81.** Shopping centers no Brasil. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). Shopping centers: aspectos jurídicos cit. p. 56-57.
- 82.** AZEVEDO, Álvaro Villaça. Validade de denúncia em contrato de distribuição sem pagamento indenizatório, parecer de março de 1997. RT 737, p. 97-111, especialmente p. 98-101.
- 83.** AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contrato atípico misto e indivisibilidade de suas prestações, parecer RT 778, ago. 2000, p. 115-134.
- 84.** REsp 15.339-0-RJ, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, j. 28-2-1994, v. u., JSTJ e TRF, Lex 62/153-167.
- 85.** Todas as citações que seguem não são minhas, mas do corpo da comentada decisão do Superior Tribunal de Justiça.

- 86.** JSTJ e TRF, Lex 62. Op. cit. p. 160. Participaram do julgamento, votando com o Relator, Min. Barros Monteiro, os Min. Antônio Torreão Braz, Dias Trindade, Fontes de Alencar e Sávio de Figueiredo.
- 87.** Direito privado – 3: casos e pareceres. Cejup, p. 85, 1989.
- 88.** Contratos cit., 4. ed., p. 119, segundo o qual todas as partes do contrato “são harmônicas entre si, fundindo-se num todo”, não podendo isolar-se “elementos particulares de um contrato e dos respectivos efeitos jurídicos”, sob pena de prejudicar-se sua estrutura.
- 89.** Os artigos citados são do Código Civil de 1916.
- 90.** Curso de direito civil: direito das sucessões, 26. ed., 1990, 6 v., p. 158.
- 91.** Os artigos citados são do Código Civil de 1916.
- 92.** Contratos (classificação). Verbete do Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, por J. M. de Carvalho Santos, coadjuvado por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. v. 12. p. 260-268, especialmente p. 266-267.
- 93.** Dottrina generale del contratto. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1948. p. 261 e 218.