DIREITO CONTRATUAL

JOSÉ FRANKLIN DE SOUSA
Pós-graduado pela PUC-SP em Direito Processual Civil
e Direito do Consumidor
2023

O autor é advogado em São Paulo e Fortaleza. Graduado e pós-graduado pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil e Direito do Consumidor. Publicou as seguintes obras, todas pela Editora J. H. Mizuno: Elementos da Ação Cautelar, Responsabilidade Civil e Intervenção de Terceiros e Coisa Julgada.

DIREITO CONTRATUAL
ÍNDICE
CAPÍTULO I
CONTRATOS

1.Conceito.....7
2.Noções geral de contrato.....11
3.Fundamento da obrigatoriedade dos contratos.....11
4.Elementos constitutivos e pressupostos de validade do contrato.....12
5.Princípio do direito contratual.....12
5.1.Princípio da autonomia da vontade.....21
5.2.Princípio da relatividade dos efeitos contratuais.....30
5.3.Princípio da força vinculante do contrato, ou da obrigatoriedade das convenções.....33
6.Evolução do direito contratual.....34
7.Resolução por onerosidade excessiva.....45
8.Classificação dos contratos.....57
8.1.Considerações gerais sobre a classificação dos contratos.....57
8.2.Contratos unilaterais e bilaterais.....57
8.3.Contratos onerosos e gratuitos.....57
8.4.Contratos comutativos e aleatórios.....57
8.5.Contratos causais e abstratos.....63
8.6.Contratos consensuais e reais.....64
8.7.Contratos solenes e não solenes.....64
8.8.Contratos nominados e inominados.....64
8.9.Contratos principais e acessórios.....64
8.10.Contratos de execução instantânea e de execução diferida no futuro.....64
8.11.Contratos preliminares e definitivos.....65
8.12.Contratos paritários e de adesão.....65
9.Interpretação dos contratos.....66
10.Contratos em geral.....67
10.1.Observações.....67
10.2.Limitação da liberdade de contratar pela ideia de função social do contrato.....67
11.Formação dos contratos.....68
11.1.Introdução.....68
11.2.A manifestação da vontade.....68
11.3.O silencio como manifestação de vontade.....68
11.4.A formação do contrato e as negociações preliminares.....70
11.5.A proposta.....71
12.Contrato preliminar.....75
13.Dano moral: promessa de contratar candidato.....84
14.A aceitação.....85
14.1.Aceitação nos contratos por correspondência epistolar.....85

15.Lugar em que se reputa celebrado o contrato.....85
16.Contratos dependentes de instrumento público.....87
17.Contratos sobre herança de pessoa viva.....88
18.A impossibilidade da prestação.....89
19.Contrato definitivo.....90
20.Revisão judicial dos contratos.....90
20.1.Revisão judicial dos contratos no Código Civil.....90
20.2.Revisão judicial dos contratos no CDC.....99
21.Fim negativo do contrato de consumo e os efeitos do inadimplemento.....107
22.Multa abusiva.....111
23.Os direitos individuais e da coletividade na incorporação imobiliária.....112
24.A rescisão do contrato de compra e venda de imóvel.....115
25.Função social do contrato.....116
26.A retratação do aceitante a destempo.....209
27.Tecnologia e contrato.....210

CAPÍTULO II

CONTRATOS BILATERAIS

1.Noções gerais.....213
1.1.Natureza dos contratos bilaterais.....213
2.A *exceptio non adimpleti contractus*.....213
3.Garantia de execução da obrigação a prazo.....221
4.Condição resolutiva da obrigação.....222
5.Do distrato e da quitação.....222

CAPÍITULO III

ESTIPULAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO

1.Conceito.....224
2.Esboço histórico.....232
3.Natureza jurídica.....234
4.Estipulação de terceiro no Código Civil.....234
5.Contratos concluídos por terceiros.....236
6.A exata interpretação das regras sobre a matéria no CC.....236
7.Promessa de fato de terceiro.....237

CAPÍTULO IV

VÍCIOS REDIBITÓRIOS E EVICÇÃO

1.Vícios redibitórios.....239
2.Evicção.....303
3.Diferença entre vício redibitório e evicção.....330

CAPÍTULO V

ALGUMAS ESPÉCIES DE CONTRATO

1.Contratos aleatórios.....336
2.Contrato preliminar.....347
3.Contrato com pessoa a declarar.....376
4.Contratos de integração no agronegócio (Lei 13.288/16).....380
5.Novas atividades agrárias exigem modelos contratuais alternativos.....418
6.Funrural: operações com cooperados em contratos de parceria.....420
7.Contrato por meio da biometria.....429
8.Negócio de franquias exige atenção a formalidades legais.....436

CAPÍTULO VI

CONTRATO AGRÁRIO

1.Contrato agrário.....463
2.Cláusulas obrigatórias de contratos agrários.....468
3.Contratos de integração no agronegócio (Lei 13.288/16).....475
4.A alteração das circunstâncias nos contratos de venda de produtos agrários.....479
5.Definição jurídica de atividade agrária: uma árdua tarefa.....482
6.A especialidade dos institutos jurídicos do Direito Agrário.....485
7.Não há monossolução para a fixação do preço do arrendamento rural em produtos.....490
8.Contrato de arrendamento rural dispensa consentimento formal do cônjuge.....497
9.A polêmica dos contratos agrários e a aplicação da IFRS 16.....499
10.Contratos de venda de safra futura: compromisso x revisão.....505
11.Agroindústria e a tributação das contribuições destinadas a terceiros.....508
12.As cláusulas obrigatórias dos contratos agrários — e as várias agriculturas.....512
13.É necessário modificar por lei cláusulas obrigatórias de contratos agrários.....515
14.Contratos agroindustriais e a obra de Francisco de Godoy Bueno.....518
15.Os estrangeiros e o direito de superfície em propriedades rurais.....521
16.Aspectos da responsabilidade civil no Direito Agroambiental.....524
17.Tributação da renda para o produtor rural no contrato de integração.....527
18.Artigo 68 do atual Código Florestal brasileiro é constitucional e legal.....530
19.Cobrança de ITR não deve considerar apenas o que consta no SIPT.....534
20.Funrural e a Resolução 15/2017 do Senado: fim do problema?.....540
21.Aplicação do direito de preferência no contrato de arrendamento.....547
22.Novas atividades agrárias exigem modelos contratuais alternativos.....550
23.Contrato de fornecimento de cana-de-açúcar e a obra de Bruno Dario.....552
24.As características jurídicas dos contratos agrários típicos.....555

25.A livre concorrência no agronegócio — a regra e algumas exceções admissíveis.....559
26.A concentração dos mercados no agronegócio: a busca deliberada do erro.....561
27.Peculiaridades em relação ao ganho de capital de imóvel rural.....564
28.Implicações da decisão do Supremo a respeito do Funrural.....570
29.Funrural e as operações com cooperados em contratos de parceria.....576
30.Mudanças sociais e econômicas mostram a necessidade de um novo Estatuto da Terra.....581
31.Propriedade, empresa e função social no Direito Agrário.....585
32.Quais receitas são tributadas pelo Funrural na pessoa jurídica?.....590
33.O novo sistema de certificação europeu para importações de produtos biológicos.....596
34.A indústria de alimentos que produz seus insumos e o crédito de PIS e Cofins.....599
35.Lei de Integração Vertical e a relação entre produtores integrados e agroindústrias.....603
36.Contrato de integração, o novo contrato típico agrário.....605
37.As cláusulas obrigatórias dos contratos agrários — e as várias agriculturas.....607
38.Multipropriedade gera novas possibilidades de exploração do imóvel rural.....610
39.Multipropriedade e a aplicação da regra da preferência de locação.....613
40.Terceiro contrato.....615
41.Arrendamento rural.....636

CAPÍTULO VII

EXTINÇÃO DO CONTRATO

1.Extinção normal.....640
2.Extinção por fatos anteriores.....640
2.1.Invalidade contratual.....640
2.2.Cláusula de arrependimento.....641
2.3.Cláusula resolutiva expressa.....641
2.4.Extinção por fatos posteriores.....642
3.Distrato.....646
4.Extinção por morte.....662

Bibliografia.....665
Notas.....685

DIREITO CONTRATUAL
CAPÍTULO I
CONTRATOS

1.Conceito.

O conceito de contrato é tão antigo como o próprio ser humano, nascendo a partir do momento em que as pessoas passaram a se relacionar e a viver em sociedade.

A palavra contrato traz a ideia de contrato, de composição entre as partes com uma finalidade. A função atual do instituto vem sendo moldada desde a época romana sempre baseada na realidade social. [1]

O contrato é um ato jurídico em sentido amplo, em que há o elemento norteador da vontade humana que pretende um objetivo de cunho patrimonial (auto jurígeno); constitui um negócio jurídico por excelência. [2]

O contrato pode ser conceituado como sendo um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial. [3]

Para a formação do contrato exige-se dois elementos essenciais: a) estrutural, constituído pela alteridade presente no conceito de negócio jurídico; b) funcional, formado pela composição de interesses contrapostos, mas harmonizáveis. [4]

A alteridade constitui-se pela presença de pelo menos duas pessoas quando da constituição do contrato, por isso, é vedada a autocontratação, ou celebração de um contrato consigo mesmo, embora haja dúvida quando a legislação prevê essa possibilidade. [5]

> **Lei 10406/2002 (CC).**
> Art. 117. Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo.
> Parágrafo único. Para esse efeito, tem-se como celebrado pelo representante o negócio realizado por aquele em quem os poderes houverem sido substabelecidos.

Nos termos do art. 117 do CC é possível a outorga de poderes para que a pessoa que representa outrem celebre um contrato consigo mesmo, no caso, um mandato em causa própria (mandato com cláusula *in rem propriam ou in rem suam*).

> **Lei 10406/2002 (CC).**
> Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos,

a contar da data da conclusão do ato.

Face às alterações estruturais e funcionais pelas quais vem passando o instituto, pode-se conceituar o contrato como ‘a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros’. [6]

O tema em exame tem por objetivo as obrigações que emanam diretamente do querer humano, ou seja, trata dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. Examina-se o conceito de contrato e os elementos que o compõem, os princípios informadores do direito contratual e a evolução da teoria do contrato.

Também conhecido como *pactum de contrahendo* ou contrato promessa, o contrato preliminar é aquele que tem por objetivo garantir a realização de um contrato definitivo.

Tal contrato possui caráter provisório, interino e apenas é celebrado quando as partes se comprometem a convencionar, posteriormente, um contrato definitivo.

Normalmente é utilizado nos casos em que as partes têm interesse recíproco no negócio jurídico, porém, por algum inconveniente momentâneo, a contratação definitiva é efetivada em circunstância oportuna subsequente.

Não se pode confundir o contrato preliminar, em que as partes sujeitam-se a concluir um contrato ulterior, ou seja, ficam vinculadas à continuidade do negócio, com as negociações preliminares que antecede o contrato preliminar, mas não gera qualquer obrigação ou direito para as partes, já que essa fase é utilizada para discutir interesses, negociar e estudar o objeto de um possível contrato.

Vale dizer que o compromisso de compra e venda de imóvel não averbado na matrícula do mesmo configura a categoria de contrato preliminar, com efeitos obrigacionais *inter partes*, não gerando efeitos perante terceiros. Quando averbado, surge direito do promitente comprador, e tem eficácia *erga omnes*. [7]

Com a evolução social, houve a necessidade de adequação dos princípios sociais juntamente com os princípios contratuais, que visam não só a autonomia da vontade, a obrigatoriedade do contrato e a relatividade de seus efeitos, mas também a Boa Fé objetiva, Equilíbrio Econômico e a Função Social dos Contratos.

Nesse norte, estabelecem-se contratos para que haja uma segurança jurídica, que resulta em contratos equilibrados e eficientes, bem como protege os interesses das partes, vinculadas em um negócio jurídico.

Comumente utilizado em situações de compra e venda de imóveis, os contratos preliminares têm seu objeto cumprido com a realização de um contrato definitivo, e cabem as partes se comprometerem à obrigação de fazer, ou seja, de tornar concreto o que fora pactuado.

Tem como objetivo o presente trabalho discorrer sobre a importância dos contratos preliminares, bem como esclarecer dúvidas acerca do assunto. Também conhecido como promessa de contrato, pré-contrato, promessa etc., todos estes termos dizem respeito a um acordo formalizado entre as partes, antes de firmarem o contrato definitivo.

A finalidade do contrato preliminar é a realização de um contrato definitivo, assegurando sua celebração no futuro, e o tornando obrigacional, como forma de segurança. Os contratos preliminares podem ser confundidos com a Negociação preliminar, tendo em vista serem preliminarmente analisados, objetivando a realização de um contrato definitivo.

Para a formação de um contrato, é necessário um debate prévio sobre seus elementos, estando as partes acordadas sobre sua efetivação futura. A negociação preliminar, diferente do contrato preliminar, não gera uma obrigação, pois não se trata de um contrato, e sim de uma fase preliminar ao contrato, tendo como objeto apenas a análise de vontades, debates prévios etc.

Portanto, não sendo um contrato, não possui os requisitos de um contrato, nem mesmo geram direitos, por se tratar de tratativas preliminares, não contendo os elementos essenciais de um contrato.

Embora não gerem obrigações para ambas as partes, nem mesmo vinculação, as negociações preliminares seguem o princípio da boa-fé, que, se violada, pode gerar deveres jurídicos para os contraentes.

Os contratos, no seu amplo sentido, já estabelecem pressupostos, conforme art. 104 do Código Civil:

> **Lei 10406/2002 (CC).**
> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
> I – agente capaz;
> II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
> III – forma prescrita ou não defesa em lei.
> Art. 462. O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.

Ademais, sendo o contrato preliminar um negócio jurídico, deve apresentar e se submeter todos os requisitos essenciais para celebração do contrato, ou seja, elementos de existência e validade do negócio jurídico.

Porém, conforme art. 462 CC, a exceção se dá quanto à forma, pois o contrato preliminar apenas vincula as partes à um negócio jurídico, podendo esta ser lavrada por instrumento particular, enquanto o contrato definitivo será lavrado em instrumento público, seguindo o que foi anteriormente pactuado entre as partes.

> **Lei 10406/2002 (CC).**
> Art. 462. O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.

Assim, não se deve confundir a forma do contrato preliminar com a forma do contrato definitivo, pois esse último é objeto do contrato preliminar, sendo, portanto, contratos diferentes. Já determina o art. 463, CC, em seu Parágrafo único, o registro do contrato preliminar.

> **Lei 10406/2002 (CC).**
> Art. 463. Parágrafo único. O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente.

Esse ato é recomendado para que o comprador constitua um direito real, dando publicidade ao mesmo e exercendo o seu direito de proteção, sendo a tutela especifica assegurada, tornando assim o contrato oponível a terceiros, isentando-se de consequências que possam torna-lo inviável.

No entanto, tratando-se de ação de adjudicação compulsória, é dispensável o seu prévio registro, tendo validade, caso não registrado. Para o objeto do contrato preliminar ter efetividade, é necessário que seja realizado no futuro um contrato definitivo.

O cumprimento desse contrato dependerá do prazo, caso ele tenha sido estipulado ou não, como determina o art. 463, do Código Civil.

> **Lei 10406/2002 (CC).**
> Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive.

Os contratos preliminares podem ser divididos em duas espécies: Bilateral e Unilateral. Ambos tratam do cumprimento do contrato preliminar e sobre quem pode exigi-lo. O contrato preliminar bilateral faz com que ambas as partes tenham obrigações, sendo recíproco seu consentimento, como, por exemplo, no compromisso de compra e venda. Caso não seja delimitado prazo para celebração do contrato definitivo, ambas as partes, a qualquer tempo, poderão

exigi-lo.

No contrato unilateral, cabe apenas uma das partes exigir o cumprimento, e a outra parte cumpri-lo, como, por exemplo, no contrato de doação. Caso não tenha sido estabelecido prazo, aplicar-se-á o art. 466, CC:

> **Lei 10406/2002 (CC).**
> Art. 466. Se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor.

A importância dos contratos nas negociações jurídicas se dá através da obrigatoriedade de seu objeto, o qual concebe às partes uma segurança jurídica. O contrato preliminar, mesmo se tratando de um acordo preliminar para gerar futuramente um contrato definitivo, tem obrigatoriedade de materialização do que fora pactuado entre as partes. Assim, ele garante um serviço que, por ora, as partes não querem ou não podem usufruir, o qual, mesmo se tratando de um pré-contrato, dá segurança na realização de um contrato definitivo futuro. [8]

2.Noções geral de contrato.

O contrato é o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.

> **Lei 10406/2002 (CC).**
> Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

O contrato exerce uma função e apresenta um conteúdo constante: o de ser o centro da vida dos negócios.

3.Fundamento da obrigatoriedade dos contratos.

Uma vez ultimado, o contrato liga as partes concordantes, estabelecendo um vínculo obrigacional entre elas. E o descumprimento da avença por qualquer das partes, afora os casos permitidos em lei, sujeita o inadimplente à reparação das perdas e danos.

> **Lei 10406/2002 (CC).**
> Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Algumas vezes, as convenções aparecem, como no contrato de sociedade, em que os interesses das partes se mostram paralelos, de modo que elas apenas se obrigam mutuamente a combinar seus esforços ou recursos para lograr fim comum.

> **Lei 10406/2002 (CC).**
> Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

4.Elementos constitutivos e pressupostos de validade do contrato.

São elementos do contrato: a) a vontade manifestada por meio da declaração; b) a idoneidade do objeto; c) a forma, quando da substância do ato. São pressupostos de validade do contrato: a) a capacidade das partes e sua legitimação para o negócio; b) a liceidade do objeto; c) a obediência à forma, quando prescrita em lei.

5.Princípio do direito contratual.

As obrigações assumidas por qualquer pessoa tem origem na lei, nas declarações unilaterais de vontade, nos contratos e em atos ilícitos. Por essa razão, essas manifestações são denominadas fontes de obrigações.

Contrato é o negócio jurídico que envolve duas ou mais partes contratantes que, por essas características, é classificado como contratos bilaterais e plurilaterais. No contrato, as partes manifestam, de forma convergente, sua vontade visando à realização de um determinado negócio jurídico.

Atos ilícitos são ações ou omissões voluntárias, negligentes ou imprudentes que violam direito e causam dano a outrem. São igualmente fonte obrigacional porque deles resulta o dever jurídico de ressarcir a lesão causada ao ofendido, em toda a sua extensão.

Contrato é, pois, o negócio jurídico em que duas ou mais partes contratantes concorrem para criar, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial, sujeitando-se, durante a conclusão e execução aos princípios da boa-fé objetiva e da função social.

São fundamentais os princípios da autonomia privada, do consensualismo, os da força obrigatória e da relatividade dos efeitos do contrato. Princípio da autonomia privada é o poder de a pessoa suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No direito, a livre manifestação de vontade da pessoa, ao criar, modificar e extinguir direitos encontra fundamento na não proibição legal e, portanto, no reconhecimento jurídico de seus efeitos.

Função social não é o objetivo do contrato, é o limite da autonomia

privada. Nessa limitação, a função social do contrato impõe aos contratantes deveres de duas naturezas: de realizar sua função econômica dentro da sociedade, fazendo circular as riquezas e, assim, impulsionando o seu progresso material e consequentemente instalando o bem estar social; e o segundo, de não prejudicar os interesses extracontratuais, de terceiros ou da coletividade, quando da regulação de seus próprios interesses.

A qualificação 'objetiva' à boa-fé serve para distinguir a virtude interna dos indivíduos das condutas esperadas das pessoas que contratam.

A classificação da boa-fé objetiva segundo suas três funções: a) **interpretativa**: os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração; b) **supletiva**: quando se refere aos deveres inerentes ao contrato, mesmo quando não expressos em clausula contratual; c) corretiva: isto é, como diretriz na revisão de cláusulas abusivas.

Em regra, os contratos modernos são consensuais, isto é, a simples concordância das partes é suficiente para aperfeiçoa-los. A concepção solene e formal foi afastada pelo direito moderno, abraçando-a somente como exceção, expressa em lei, como ocorre com contratos que exigem forma solene ou especial e os reais, que exigem a entrega da *res*.

A expressão pacta sunt servanda resume o princípio da força obrigatório, também chamado de vinculação das partes, obrigatoriedade da convenção, intangibilidade ou da conservação dos contratos. O contrato faz lei entre as partes, obrigando-as pelo que contrataram. Há, entretanto, situações que não podem ser evitadas ou inibidas e que justificam o não cumprimento do contrato pelos contratantes. São os chamados casos fortuitos ou de força maior, circunstancias que demonstradas pelo contratante o isentam de responder pelos prejuízos deles resultantes e que o impediram de cumprir o contrato.

Há, além da onerosidade excessiva, outro fator a contribuir para o equilíbrio econômico entre as partes contratantes: o instituto da lesão: ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

Por esses dois instrumentos, revisão e revogação em casos de lesão e de onerosidade excessiva, alcança-se o equilíbrio contratual, quando demonstrados casos de premente necessidade ou inexperiência ou a ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

Em regra, os contratos geram efeitos somente entre as partes contratantes. Terceiro alheio ao negócio jurídico não é atingido, não pode ser

credor ou devedor de obrigações nele estipuladas (ninguém pode obrigar por outro). Existe uma exceção, há contratos que são firmados em favor de terceiros e, portanto nascem para gerar efeitos a pessoas que dele não participaram.

Quanto à previsão legal: os contratos podem ser típicos, atípicos e mistos. A tipicidade ou atipicidade de um contrato ou sua aproximação com um modelo existente é fator a ser considerado na interpretação de cláusula contratual. **Típicos**: são contratos sujeitos à disciplina da lei que os regula e lhes dá denominação própria. **Atípicos**: são os celebrados com cláusulas definidas pelos contratantes, conforme a necessidade negocial, sem obediência a um regramento legal específico, inexistente para o caso concreto. A permissão para esses contratos decorre da aplicação do princípio da autonomia da vontade. **Mistos**: são os contratos atípicos inspirados total ou parcialmente, em contratos típicos.

Quanto à formação: os contratos podem ser consensuais, formais e reais. A distinção marca a validade do negócio jurídico e o momento em que as partes se obrigam. **Consensuais**: a formação dos contratos consensuais depende tão somente da convergência da vontade dos contratantes que, uma vez expressa pelos contratantes, conclui o negócio jurídico sem nenhuma outra exigência, nem mesmo de forma escrita. **Formais ou solenes**: nesses contratos a forma escrita é essencial, podendo a lei exigir, ainda, solenidades complementares. **Reais**: exigem esses contratos a entrega da coisa objeto do negócio jurídico firmado entre os contratantes, sem o que o contrato não se considera formalizado.

Quando às pessoas que contratam: vislumbram-se duas subdivisões relacionadas a: 1) importância do caráter pessoal; 2) qualidade dos contratantes. A importância dessas duas classificações repousa, de um lado, nas consequências logicas e intuitivas que decorrem da natureza personalíssima da obrigação característica dos contratos pertencentes à categoria dos contratos pessoais e, de outro, na regência legal a que se subordinam esses contratos.

Intuitu personae: o caráter pessoal é essencial à formação do contrato. Impessoais: é indiferente, nesses contratos, a consideração acerca da pessoa com quem se contrata.

Empresariais são contratos firmados entre empresários, isto é, entre pessoas que exercem profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Simplesmente privados são contratos entre pessoas não empresarias não sujeitas à regência do CDC, a vínculo trabalhista ou com a administração pública.

Consumeristas são os contratos regidos pelo CDC, nos quais uma das partes contratantes é consumidor (pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final) e a outra, fornecedor (pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção ou comercialização de produtos ou prestação de serviços).

Laborais são contratos oriundos da relação de trabalho. Administrativos são contratos em que um dos contratantes é pessoa jurídica de direito público interno.

Quanto às possíveis estruturas que adotam: os contratos podem ser subdivididos entre outras classificações: **Em relação aos efeitos**: unilaterais – somente uma das partes contratantes se obriga; e bilaterais: todas as partes contratantes obrigam-se. **Em relação à onerosidade**: gratuitos – a vantagem é atribuída somente a uma das partes; a outra pratica o ato por liberalidade; e onerosos: ambas as partes visam obter uma vantagem.

Quanto à vantagem econômica: comutativos – o contrato pressupõe uma prestação à qual se opõe uma contraprestação correspondente; e aleatórios: sempre bilaterais, os contratos aleatórios tem por objeto coisa sujeita a acontecimento desconhecido e incerto.

Quanto ao modo de contratar: os contratos são paritários ou de adesão. **Paritários:** assim chamados em razão da paridade, isto é, a igualdade entre as partes que contratam, cabendo a cada uma delas impor as condições e cláusulas que julgar necessárias. **De adesão**: os contratos em que, na redação das cláusulas contratuais, um dos contratantes impõe sua vontade, não deixando espaço à outra parte para fazê-lo, tolhendo sua liberdade quanto a alterações que entenda pertinentes.

Quanto ao tempo de execução: **Execução imediata ou instantânea**: os contratos executados de uma só vez, em um só ato. **Execução diferida**: identicamente ao ato de execução instantânea, a execução se dá em um só ato, mas em momento futuro, em termos acertados pelas partes. **Execução sucessiva ou continuada**: reiteram-se no tempo os atos de execução, em prestações cujo modo e prazo são objeto de consenso entre as partes.

O Contrato de compra e venda é aquele em que um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro. O contrato será empresarial quando as partes forem empresárias ou sociedades empresariais e o objeto se destinar à atividade negocial.

A distinção deixa o foco na dicotomia ‘comercial-civil’ e passa a concentra-se em outras relações: empresarial (relação entre um empresário e outro empresário) relativamente a coisas destinadas à organização econômica, isto é, à produção ou circulação de bens ou de serviços; consumerista (fornecedor-consumidor), regida pelo CDC, tuteladora dos consumidores em suas relações com pessoas ou entes despersonalizados; e comum (entre pessoas não empresarias, nem fornecedoras de bens, serviços ou produtos).

A compra e venda é contrato consensual, bilateral e oneroso, isto é, opera-se em regra, a partir do simples consentimento das partes quanto ao objeto e ao preço, resultando para ambas as partes direitos e obrigações: o vendedor obriga-se a transferir o domínio de certa coisa e o comprador, a pagar certo preço em dinheiro. Em geral o contrato é comutativo, isto é, refere-se a coisas certas e determinadas, podendo, entretanto, estabelecer-se como aleatório voltado a transferir o domínio de coisa desconhecida e incerta.

Em geral a doutrina apresenta três elementos essenciais à formação do contrato de compra e venda: a coisa, o preço e o consentimento. A coisa objeto do contrato de compra e venda empresarial é todo bem móvel, semovente ou imóvel utilizado pelo empresário no exercício de sua atividade. Preço: as partes devem estabelecer um preço em dinheiro, característica que distingue o contrato de compra e venda do contrato de troca ou permuta.

A compra e venda não exige forma especial, salvo exceções previstas. De modo geral, pode-se afirmar que, em juízo, os contratantes não podem pretender realizar prova exclusivamente testemunhal para demonstrar a existência de compra e venda empresarial porque são obrigados não somente a manter o registro contábil de seus atos como também a escriturar operações segundo normas fiscais de apuração e recolhimento e tributos.

Concluído o contrato pelo consenso sobre a coisa e o preço, os contratantes passam à execução que consiste no recebimento do preço e na entrega da coisa, o que pode ocorrer de modo imediato ou em data futura. Se por escolha das partes estabelecer-se prazo para pagamento ou para entrega, teremos a chamada venda a termo, que por sua vez comporta outra noção: a venda complexa. Venda complexa: é a venda a termo que se caracteriza pelo desdobramento do contrato inicial em vários outros que lhe são dependentes.

Podem as vendas complexas tomar várias formas, variando de contrato para contrato. Em cada uma delas, contudo, haverá um acordo de vontades sobre coisa e preço, dando origem às prestações parciais em que as vendas se desdobram.

Fixado o preço, os contratantes podem ajudar o modo em que se dará seu

pagamento: adiantado, à vista ou a prazo. Resulta disso o direito do vendedor ao recebimento do preço no modo pelo qual se firmou o contrato. Correlatamente aos direitos do vendedor, ao comprador é atribuído o de receber a coisa no lugar e modo contratados, inclusive o de reter o preço no caso de mudança do estado econômico-financeiro do vendedor que ainda não lhe entregou a coisa contratada.

Obrigações do vendedor: a. Entregar a coisa e transferir o domínio da coisa vendida. b. Garantir o uso e gozo pleno da coisa vendida, obrigando-se pelos vícios ocultos. c. Responder por evicção.

De modo geral, a entrega de coisa móvel ou semovente ocorre por tradição, termo jurídico que significa a transferência da coisa ao comprador, que pode ser real ou simbólica. Os dois modos mais comuns são, portanto, a entrega em mãos do comprador (tradição real) ou posta à sua disposição, nos casos em que a lei presume (tradição simbólica).

São assim quatro os modos pelo quais se opera a transferência da coisa pelo vendedor ao comprador: entrega real; entrega simbólica; transferência dos títulos que representam a coisa vendida; pelos usos, isto é, pelo modo que se costuma fazer no local do contrato, quando a venda for sobre documentos e o contrato silenciar a respeito dos documentos que devem ser apresentados.

É de suma importância saber como se opera a entrega da coisa vendida, porque até esse momento os riscos sobre a coisa correm por conta do vendedor e os do preço por conta do comprador.

Vícios são falhas ou defeitos ocultos, graves a ponto de tornar a coisa imprópria ao uso a que é destinada, ou, ainda, diminuir-lhe o valor. Os defeitos que permitem rejeitar (ação redibitória) ou reclamar abatimento de preço (ação estimatória) são qualificados de redibitórios.

A obrigação de garantir a coisa contra defeitos ocultos está presente em todo contrato comutativo, isto é, aquele em que as prestações são equivalentes e insuscetíveis de variação. O comprador deve demonstrar em juízo o prejuízo que o vício ou defeito tornam impropria a coisa para o uso que é destinada; a preexistência: é necessário demonstrar que os defeitos preexistiam no momento da celebração da compra e venda; o elemento subjetivo: refere-se ao comportamento do vendedor, sua boa ou má-fé quanto ao conhecimento do vício.

Evicção é garantia inerente a todo contrato oneroso. Refere-se a perda total ou parcial da coisa vendida ou de sua posse, por força de decisão judicial proferida em virtude de reinvindicação de terceiro ou, ainda, de apreensão por

autoridade policial.

O comprador deve, essencialmente, pagar o preço. Não o fazendo, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa objeto do contrato, salvo se celebrado para pagamento a prazo.

A amostra é coisa móvel remetida pelo vendedor, em pequena quantidade, suficiente para permitir ao comprador verificar sua integral correspondência com a qualidade da coisa objeto de contrato de compra e venda. Protótipo é o primeiro tipo ou exemplar de qualquer coisa móvel, corpórea ou incorpórea, suscetível de produção ou circulação econômica. Modelo é um objeto destinado a ser reproduzido por imitação; representação em pequena escala de algo que se pretende executar em grande.

Na compra e venda concluída à vista de amostras, protótipos e modelos, o vendedor garante que as coisas objeto do contrato possuem as qualidades desses exemplares apresentados ao comprador, os quais prevalecem sobre outros elementos descritivos, mesmo se constatada contradição com eventual descrição constante do contrato.

Venda de imóvel *ad mensuram* e *ad corpus*: venda por metragem é aquela em que o preço é implícita ou explicitamente determinado pela área do imóvel. A venda será ad corpus se forem imprecisas e meramente enunciativas e a venda se dá sobre imóvel certo e discriminado.

Pacto de melhor comprador e pacto comissório: no pacto de melhor comprador os contratantes acordam o desfazimento de contrato de compra e venda de imóveis, se, em certo prazo, aparecer quem ofereça melhor preço. O pacto comissório é a clausula que prevê a resolução do contrato no caso de não pagamento do preço até determinada data.

Retrovenda é modalidade de clausula especial, permitida nos contratos de compra e venda de coisa imóvel, mediante a qual o vendedor reserva para si o direito de recobrá-la no prazo decadencial máximo de três anos, restituindo o prelo recebido e reembolsando as despesas do comprador.

A venda a contento é aquela sujeita a condição (suspensiva) de o adquirente manifestar seu agrado. Considera-se perfeita a venda somente depois da exteriorização favorável do comprador.

A condição potestativa, inerente ao contrato, submete seu aperfeiçoamento ao arbítrio do comprador, impedindo sua contestação pelo vendedor. Venda sujeita a prova é a contratada sob condição suspensiva de o comprador experimentá-la para o fim de comprovar que a coisa tem as

qualidades asseguradas pelo vendedor e é idônea para o fim ao qual se destina.

Preempção ou preferência é a modalidade de clausula especial, permitida em contrato de compra e venda de coisa móvel ou imóvel, mediante a qual o comprador, na eventualidade de venda ou dação em pagamento da coisa, obriga-se por certo prazo a notificar o vendedor a exercer direito de prelação (ou preferência) na aquisição do bem, em igualdade de condições com terceiros.

Venda com reserva de domínio é aquela em que o vendedor, por clausula contratual escrita, reserva para si a propriedade coisa móvel infungível objeto da alienação até que o preço esteja inteiramente pago. Para validade contra terceiros, o contrato contendo a clausula de reserva deve ser levado a registro no cartório de títulos e documentos e o objeto deve ser infungível, suscetível de caracterização perfeita, distinta de outros congêneres. O comprador responde pelos riscos da coisa desde a entrega do bem (que ainda não é a tradição)

Venda sobre documentos é aquela em que a tradição da coisa vendida é substituída pela entrega de seu título representativo e de outros documentos exigidos pelo contrato, ou pelos usos. Trata-se de modalidade de tradição simbólica da coisa que dá ao vendedor o direito de cobrar o preço da venda, na data e no local da entrega dos documentos.

Crédito documentário é operação de crédito realizada por bancos que intermedeiam operações comerciais internacionais, geralmente efetivadas sobre documentos.

Para facilitar a administração de conflitos em matéria de comercio internacional, a *International Chamber of Commerce* criou os incoterms (*international comercial terms*) que somam treze siglas que representam de forma abreviada os usos frequentes das cláusulas de custos da entrega da mercadoria, adotadas no mercado internacional.

Divididas em gratos grupos, os *incoterms* permitem conhecer, desde logo, as cláusulas convencionadas pelas partes, entre o mínimo de responsabilidade do vendedor pela saída (e – *exit*) até o máximo de obrigações pela entrega ao comprador (D – *delivery*). No meio termo estão os casos de incumbência ou não pelo transporte principal (F-*free*; C- *cost*).

E – *EXW* – A mercadoria é retirada do estabelecimento do vendedor. Neste momento ocorre a tradição ao comprador, que passa a correr os riscos até o local de produção. Desde a retirada, as despesas e riscos são do comprador.

F – FCA – *Free Carrier*: o vendedor deve desembaraçar a mercadoria

para a exportação.

F – FAS – *Free Alongside Ship*: o vendedor deve colocar a mercadoria ao lado do navio, no cais do porto. Este é o momento da tradição da mercadoria, correndo riscos pelo comprador a partir daí.

F – FOB: *Free on Board*: o vendedor deve colocar a mercadoria a bordo do navio indicado pelo comprador. A tradição da mercadoria se dá no navio, a partir do que os riscos são do comprador.

F- Despesas e riscos: O vendedor é responsável até o momento em que a mercadoria é levada à saída dos Pais, inclusive pelo desembaraço alfandegário. Elemento comum: o transporte principal não é pago pelo vendedor.

C – CRF – *Cost and Freight*: os custos do embarque e de frete são de responsabilidade do vendedor. Os riscos da mercadoria a bordo são do comprador. É exclusivo para transporte marítimo ou fluvial doméstico.

C – CIF: *Cost Insurance and Freight*: amplia-se a obrigação do vendedor para incluir o seguro marítimo até a chegada. A tradição é feita no navio e, assim, os riscos da mercadoria a bordo são do comprador. É exclusivo para transporte marítimo ou fluvial doméstico.

C – CPT – *Carriage Paid to*: o vendedor é obrigado ao frete até o local do destino e o comprador assume o ônus dos riscos, a partir do momento em que a transportadora, no país de destino, assume a custódia das mercadorias.

C – CIP – *Carriage and Insurance Paid to*: Idêntico ao CPT, salvo quanto ao custo do seguro que deve ser pago pelo vendedor.

C – despesas e riscos: O vendedor é responsável até o porto de destino. Elemento comum: o transporte principal é pago pelo vendedor.

D – DAF – *Delivered at frontier*: a entrega é feita em ponto anterior ao da alfândega e desembaraçada para exportação. Cabem ao comprador as providências até seu estabelecimento.

D – DES – *Delived ex – ship*: o vendedor deve colocar, à sua custa, a mercadoria no porto de destino. Somente para transporte marítimo.

D – DEQ – *delivered ex-quay*: as despesas até o desembarque são do vendedor, inclusive direitos de exportação e taxas, à disposição do comprador.

D – DDU – *Delivered duty unpaid*: a mercadoria é entregue dentro do país

do comprador, obrigando-se pelas despesas o vendedor, exceto os impostos e encargos de importação.

D – DDP – *delivered duty paid*: a mercadoria é entregue livre ao comprador. O vendedor assume todos os riscos e custos até a entrega.

D – elemento comum: a responsabilidade do vendedor estende-se até a chegada.

Contrato Estimatório é aquele em que alguém (consignatário) recebe bem móvel de terceiro (consignante) para efetuar sua venda, obrigando-se a pagar o preço previamente ajustado se deixar de restituir a coisa consignada em sua integridade, no prazo contratado. A expressão estimatório decorre do ajuste prévio de preço (valor estimado). É implícita, também, a temporária suspensão, por parte do consignante, do poder de disposição da coisa, agora exercido em nome próprio pelo consignatário.

Hedging: Incide em operação de compra e venda, com vistas à cobertura de riscos de oscilações de preços. São operações realizadas pelo investidor na comercialização de produtos no mercado futuro visando à proteção de seu investimento contra riscos e variações, e se resumem a contra ações em sentido contrário ao do investimento.

É a operação que consiste na tomada de uma posição no mercado futuro aproximadamente igual, mas em sentido contrário, àquela que se detém ou se pretende vir a tomar no mercado à vista. É uma forma do investidor se proteger contra os efeitos das oscilações de preço.

5.1.Princípio da autonomia privada.

O contrato está situado no âmbito dos direitos pessoais, sendo inafastável a grande importância da vontade sobre o instituto, eis que se trata do negócio jurídico por excelência. [9]

O domínio da vontade dos contratantes foi uma conquista advinda de um lento processo histórico, culminando com o respeito à palavra dada, principal herança dos contratos romanos e expressão da ideia central de contrato como fonte obrigacional. [10]

O princípio da autonomia da vontade envolve, além da liberdade de criação do contrato, a liberdade de contratar ou não contratar, de escolher o outro contraente e de fixar o conteúdo do contrato, limitado pelas normas de ordem pública, pelos bons costumes e pela revisão judicial dos contratos. [11]

A autonomia da privada como princípio deve ser sustentada não só como um elemento da liberdade em geral, mas como suporte também da liberdade jurídica, que é esse poder insuprimível no homem de criar por um ato de vontade uma situação jurídica, desde que esse ato tenha objeto lícito. [12]

O princípio da autonomia privada em direito internacional privado tem menor amplitude, significando que as partes apenas têm liberdade de exercer sua vontade tendo em vista a escolha da legislação à qual querem submeter sua convenção sob reserva de respeitarem a ordem pública. [13]

Portanto, a autonomia da vontade das partes, no direito internacional privado, significa que as próprias partes podem escolher o direito aplicável. [14]

O elemento de conexão aqui é a própria vontade manifestada pelas partes, vinculada a um negócio jurídico de direito privado com conexão internacional. [15]

À medida que um Estado admite a autonomia privada das partes como elemento de conexão, é aplicável a lei designada pelas próprias partes, levando em consideração a sua vontade subjetiva, e não a vontade objetiva do legislador, que somente vem a se manifestar quando não houver a indicação pelas partes. [16]

O princípio é aplicado principalmente em matéria de obrigações contratuais, sendo raramente admitido (e mesmo assim com reservas) no que diz respeito aos direitos da pessoa, de família e direito das coisas. Sua aceitação como elemento de conexão já se encontra pacificada em grande parte do mundo. Todavia, no âmbito do Mercosul, ainda resiste a antiga controvérsia a respeito do tema. [17]

Nos países que compõem o Mercado Comum do Sul, as respectivas *lex fori* ou regras de direito internacional privado ainda não admitem a autonomia da vontade das partes como elemento de conexão. No que diz respeito ao posicionamento brasileiro, será feito uma análise específica mais adiante.

O princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais recebeu especial tratamento na Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, aprovada na CIDIP-V, organizada pela OEA em 1994. Pela Convenção, conforme art. 7º, é admitido o princípio da autonomia da vontade das partes para a escolha do direito material aplicável a um contrato internacional, podendo esta escolha ser expressa ou tácita. [18]

Importante inovação foi implementada pela CIDIP-V, ao permitir ao juiz a aplicação das regras da *Lex Mercatoria* [19] ao contrato internacional,

independente do direito material aplicável ao contrato. [20]

Não obstante a importância da convenção, os países do Mercosul não a adotaram até o presente momento. A *Lex Mercatoria* constitui uma consolidação dos usos, costumes e de certas expectativas concernentes ao comércio internacional, que destina-se a complementar o direito nacional aplicável.

Tendo em vista que o contrato internacional compreende uma situação jurídica complexa, que envolve diversos aspectos que não podem ser tratados conjuntamente, a escolha da lei aplicável ao contrato tratará apenas no que diz respeito à sua substância e aos seus efeitos. Esta realidade denomina-se *dépeçage*, que significa fracionamento e tem como definição ser um mecanismo pelo qual um contrato ou uma instituição é dividida em diferentes partes, que serão, cada uma delas, submetidas a leis diferentes.

O *dépeçage* pode ocorrer em dois níveis: no primeiro pelo próprio sistema de direito internacional privado, onde a substância do contrato pode ser regulada por uma lei, enquanto, v. g., a capacidade das partes ou a forma e execução poderá ser regida por outra lei; no segundo, decorre da própria autonomia da vontade das partes, que têm a faculdade de determinar mais de uma lei aplicável ao contrato.

No segundo nível, portanto, há um desdobramento da noção da autonomia da vontade, pois além de escolher a lei para contrato, poderão ainda fazer mais de uma escolha, em face da complexidade de um determinado contrato multiconectado. É controvertido na doutrina se as partes podem escolher qualquer direito como o aplicável ou se esta liberdade sofre certas restrições. O mínimo que se exige é que o direito escolhido tenha algum nexo de causalidade ou conexão com o contrato internacional celebrado.

Em virtude disso, o *dépeçage* é utilizado exatamente porque a autonomia da vontade das partes tem suas limitações, não podendo reger todos os aspectos do contrato. Assim, é necessário que se faça uma decomposição do contrato em seus vários elementos, para aplicar a cada uma de suas partes a lei pertinente.

No Brasil, o elemento de conexão aplicável às obrigações contratuais está regido pelo art. 9° da LINDB, de 1942, que é omisso quanto à admissão da autonomia da vontade das partes como elemento de conexão. Deste modo, do ponto de vista legal, o entendimento majoritário é de que o Brasil não considera válido o princípio da autonomia da vontade no que diz respeito à escolha do direito material aplicável ao contrato.

A Lei de Introdução anterior, datada de 1916, previa em seu art. 13 a

autonomia da vontade das partes, o que acabou não se repetindo na lei atualmente em vigor. Isto importou em verdadeiro retrocesso sobre a matéria, uma vez que a tendência mundial é a aceitação da autonomia da vontade como elemento de conexão, o que inclusive têm facilitado o desenvolvimento do comércio internacional.

Atenta à importância da questão, a Lei nº 9.307/1996, que dispõe sobre a arbitragem no Brasil, tratou de se adiantar em relação a LINDB, determinando de forma expressa no art. 2º, § 2º, que as partes poderão escolher livremente as regras de direito a serem aplicadas na arbitragem.

Desse modo, caso as partes contratantes estejam vinculadas por uma convenção de arbitragem, em princípio é aceitável a escolha do direito material que será aplicado. É preciso destacar que a lei de arbitragem brasileira não trouxe nada de novo para o ordenamento brasileiro, mas tão somente resgatou do passado o posicionamento que a lei de introdução de 1916 já havia sustentado.

Outro ponto contrário na legislação brasileira é no tocante aos contratos de adesão celebrados nas relações de consumo. Por força da Lei nº 8.078/1990, é vedada a celebração de cláusulas contratuais que tornem a obrigação excessivamente onerosa para o consumidor, principalmente se o contrato for celebrado na forma de adesão. Sendo assim, a escolha de um direito material diverso do brasileiro, por meio de contrato de adesão, tende a ser considerado inválido, em virtude do escopo da norma consumerista em nosso país.

No que diz respeito à doutrina, ainda resiste a controvérsia. Com a entrada em vigor da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de 1942, ganhou força o debate sobre a manutenção ou não do princípio, em face de ter sido suprimida a expressão ‘salvo estipulação em contrário’, que antes a permitia.

O debate subiu de ponto porque enquanto alguns acharam que isso significou a vontade do legislador em afastar o princípio do nosso ordenamento, outros entenderam que a simples inexistência dos termos anteriores não indicava, expressamente sua proibição.

Mas o certo é que no estágio atual da legislação brasileira, a escolha da lei aplicável a um contrato internacional, nos moldes reconhecidos pela comunidade internacional, não encontra amparo seguro, já que não está expressamente contemplado pela legislação vigente.

A posição dos tribunais brasileiros parece seguir àquela manifestada pela legislação vigente. Cumpre esclarecer, desde já, que a escassez de julgados

sobre a matéria dificulta em muito uma análise atualizada sobre a questão, não sendo possível afirmar qual seria o posicionamento nos dias atuais, caso fosse houvesse um litígio envolvendo esta matéria. O que se tem são julgados antigos, que de certo modo acabam por servir de norte para os magistrados.

Perante o Supremo Tribunal Federal, merece destaque o acórdão proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 93.131-MG, julgado em 17 de dezembro de 1981, onde foi relator o Ministro Moreira Alves. Rico em citações doutrinárias e contendo uma análise minuciosa sobre o caso concreto levado à instância extraordinária, o acórdão deixa claro que o STF não reconhece o princípio da autonomia da vontade na escolha do direito material aplicável. Embora nem todos os Ministros tenham se manifestado expressamente sobre a matéria, aqueles que o fizeram, entre eles o eminente relator, trataram de afastar por completo o princípio da autonomia da vontade na escolha do direito material.

Como cediço, não obstante tratar-se de acórdão proferido há mais de 20 anos e ante o fato de não haver outros julgados que tenham enfrentado a matéria recentemente, este ainda serve de parâmetro acerca do posicionamento do Judiciário brasileiro. Todavia, com a publicação da CIDIP-V, contando com uma interpretação sistemática ou até mesmo política, é possível que a mais Alta Corte brasileira possa alterar o seu posicionamento, passando a aceitar o princípio da autonomia da vontade na escolha do direito material. Mas isto, infelizmente, ainda é apenas uma esperança.

No que diz respeito às obrigações de caráter trabalhista, o Brasil vem adotando o posicionamento em relação ao local da prestação do serviço, o que inclusive foi objeto de Enunciado de Jurisprudência nº 207 do Superior Tribunal do Trabalho, onde resta estabelecido que ‘a relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação do serviço e não por aquelas do local da contratação’.

No plano dos tratados internacionais, mais precisamente no que se refere àqueles celebrados em nível interamericano, tal entendimento foi consubstanciado no chamado Código de Bustamante, datado de 1928, o qual regula de maneira geral as relações jurídicas internacionais de direito privado.

No art. 198 do referido Código, existe determinação expressa de que é territorial a legislação sobre acidentes do trabalho e proteção social do trabalhador.

Por conseguinte, também nas relações de trabalho o princípio da autonomia da vontade não encontra respaldo dos pretórios brasileiros especializados. E é difícil que este posicionamento mude, porquanto impera no direito do trabalho o princípio da proteção à pessoa do trabalhador, o que

certamente é um robusto obstáculo para a aceitação do princípio nas relações de trabalho.

Apesar de ser amplamente aceito no comércio internacional, no Mercosul e no direito brasileiro o princípio da autonomia da vontade não recebeu o mesmo tratamento. Tanto as legislações como a jurisprudência têm demonstrando-se contrários à aceitação do princípio, para a escolha do direito material aplicável aos contratos internacionais.

A legislação brasileira, que em período remoto acatava a aplicabilidade do princípio, desde antes da metade do século passado já não mais admite a autonomia da vontade para escolha do direito material. O Supremo Tribunal Federal também não possui posicionamento favorável até o momento, tendência que é seguida pelo Tribunal Superior do Trabalho.

O que surge como uma luz no fim do túnel para a mudança deste paradigma pretoriano e legislativo, é a lei de arbitragem brasileira, que admite expressamente no plano arbitral o princípio da autonomia da vontade para a escolha do direito material aplicável.

Outrossim, a aprovação pelo Brasil da CIDIP-V pode também auxiliar na alteração do posicionamento brasileiro, que nos moldes atuais, vai de encontro à ordem mundial, prejudicando em muito o desenvolvimento das relações comerciais internacionais em nosso país.

Resta às empresas brasileiras continuar a inserir a cláusula de eleição do direito material, com as precauções devidas em virtude do posicionamento brasileiro contrário.

O princípio da autonomia privada é limitado apenas pela supremacia da ordem pública. Consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, desde que se submetam às regras impostas pela lei e que seus fins coincidam com o interesse geral, ou não o contradigam.

O princípio da autonomia privada se desdobra em dois outros: a) princípio da liberdade de contratar ou não contratar; b) princípio da liberdade de contratar aquilo que entender.

A autonomia da pessoa pode estar relacionada com o conteúdo do negócio jurídico, ponto em que residem limitações ainda maiores à liberdade da pessoa humana. Trata-se, portanto, da liberdade contratual. Há muito tempo os sujeitos do direito vêm encontrando limitações ao seu modo de viver, inclusive, para as disposições contratuais, eis que o velho modelo individualista de contrato se encontra superado. [21]

Ensina Fernando Noronha [22] que ‘foi precisamente em consequência da revisão a que foram submetidos o liberalismo econômico e, sobretudo, as concepções voluntaristas do negócio jurídico, que se passou a falar em autonomia privada, de preferência à mais antiga autonomia da vontade. E, realmente, se a antiga autonomia da vontade, com o conteúdo que lhe era atribuído, era passível de críticas, já a autonomia privada é noção não só com sólidos fundamentos, como extremamente importante’.

Para Enzo Roppo, [23] ‘a autonomia e a liberdade dos sujeitos privados em relação à escolha do tipo contratual, embora afirmada, em linha de princípio, pelo art. 1322° c.2 cód civ estão na realidade, bem longe de ser tomadas como absolutas, encontrando, pelo contrário, limites não descuráveis no sistema de direito positivo’.

Existe claras restrições à vontade manifestada nos negócios, percebendo-se uma limitação sobre a própria liberdade de celebrar ou não o contrato. Essas limitações são também subjetivas, pois se referem às pessoas com quem as avenças são celebradas. [24]

A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença. A expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real. [25]

O princípio da autonomia privada é um regramento básico, de ordem particular, mas influenciado por normas de ordem pública, pelo qual na formação do contrato, além da vontade das partes, entram em cena outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais. Trata-se de direito indeclinável da parte de auto regulamentar os seus interesses, decorrentes da dignidade humana, mas que encontra limitações em normas de ordem pública, particularmente nos princípios sociais contratuais. [26]

A função social do contrato trata-se de um princípio contratual de ordem pública, um dos muitos que emergiram junto com a lei 10.406/2002, o novo código civil. Contrário ao que ocorria no código de Beviláqua, que priorizava o individualismo e o patrimonialismo, o código civil de 2002 adotou o princípio da socialidade como um de seus norteadores. Tal princípio tem como uma de suas características a limitação da liberdade contratual.

> **I Jornadas de Direito Civil:**
> **Enunciado 23**: A função social do contrato, prevista no art. 422 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas

> atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 a eterna dicotomia que existia entre Direito público e privado tornou-se quase inexistente, visto a crescente atenção dada ao particular pelo Estado.

Fazendo uma análise sob a luz da teoria tridimensional de Reale, fica mais fácil compreender as mudanças, ou evolução, do ponto de vista axiológico e sociológico ocorridas pelo ordenamento. Estranho seria um diploma normativo de cunho individualista ainda em vigência, quando a Carta Magna do país tem uma eficácia predominantemente focada no social.

Se analisarmos o artigo 1°, III, da Constituição Federal, veremos o primeiro e mais importante princípio fundamental no entendimento do renomado jurista Luís Roberto Barroso, servindo este de base para quase todos os outros princípios, a dignidade da pessoa humana. Esse é o princípio que alicerça todo o ordenamento brasileiro atualmente.

A concepção social do contrato apresenta-se, modernamente, como um dos pilares da teoria contratual. Por identidade dialética guarda intimidade com o princípio da 'função social da propriedade' previsto na Constituição Federal. Tem por escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes. [27]

A função social do contrato visa atender os interesses da pessoa humana. Ao longo deste trabalho ficará incontestável que a função social dos contratos tem o escopo de proteger a dignidade da pessoa humana, seja na dimensão individual ou coletiva.

De tal forma, todo contrato deve respeitar o princípio da função social, estando este acima de outros que disciplinam o instituto, assim como a dignidade da pessoa humana, eventualmente, está acima de outros direitos e garantias fundamentais.

O que o supramencionado artigo fala é que todos os negócios celebrados sob a égide do Código de 1916 continuam valendo, salvo os que contrariarem a função social. Tal dispositivo evidencia a soberania do princípio dissertado em tela. Como dito no parágrafo anterior, no caso de conflito principiológico ou normativo a função social sempre irá prevalecer. Trata-se de um exemplo clássico de conflito de direitos e garantias fundamentais, de um lado a dignidade da pessoa humana do outro o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.

Alguns doutrinadores entendem pela inconstitucionalidade do referido artigo. Todavia, não entendo por inconstitucionalidade do mesmo. O que vemos em tela é a chamada retroatividade motivada.

Tal posicionamento encontra respaldo no enunciado n. 300 da IV Jornada de Direito Civil:

> **Enunciado 300**: Art. 2.035. A lei aplicável aos efeitos atuais dos contratos celebrados antes do novo Código Civil será a vigente na época da celebração; todavia, havendo alteração legislativa que evidencie anacronismo da lei revogada o juiz equilibrará as obrigações das partes contratantes, ponderando os interesses traduzidos pelas regras revogada e revogadora, bem como a natureza e finalidade do negócio.

A constitucionalização do Direito Civil tem sido de extrema importância para as relações no âmbito do Direito privado. A aplicação de princípios de ordem pública neste ramo é responsável por uma evolução histórica, axiológica nunca antes vista em nosso ordenamento.

O juiz a luz de cada caso concreto, utilizando-se das mais variadas técnicas hermenêuticas poderá identificar a clausula geral nos contratos e desta forma construir um entendimento teleológico do instituto. Desse modo, fica de fácil identificação se tal instrumento está em consonância com a função social obrigatória ou contraria esta.

Posso elencar três situações pontuais onde o princípio em estudo é desrespeitado: a) contratos que ofendem interesses metaindividuais ou o princípio da dignidade da pessoa humana; b) contratos que ofendem terceiros; c) terceiros que ofendem contratos.

É seguro afirmar que hoje em dia o Direito Civil anda de mãos dadas com o Direito Constitucional e seus princípios norteadores. Sabe-se que as normas gerais servem em grande parte para permitir ao julgador atuar com certa discricionariedade porem dentro do que preceitua a lei. Seria impossível para o legislador vislumbrar cada situação possível em cada caso. De tal forma, as normas gerais, ou os princípios gerais, são o mecanismo que o aplicador da lei tem para dizer o Direito em concretamente em determinada situação.

O juiz poderá preencher os claros do que significa essa ‘função social’, com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. A solução será dada diante do que se apresentar, no caso concreto, ao juiz. Poderá, por exemplo, proclamar a inexistência do contrato por falta de objeto; declarar sua nulidade por fraude à lei imperativa, porque a norma do art. 421 é de ordem pública; convalidar o contrato anulável; determinar a indenização da parte que desatendeu a função social do contrato etc. Aduz o mencionado jurista que, sendo normas de ordem

pública, o juiz pode aplicar as cláusulas gerais em qualquer ação judicial, independentemente de pedido da parte ou do interessado, pois deve agir *ex officio*. [28]

Em outras palavras, o magistrado tem uma discricionariedade maior para poder decidir e de tal forma poder tomar a decisão mais justa, trazendo mais equilíbrio social.

O advento da Constituição de 1988 e o entendimento que esta trouxe sobre a dignidade da pessoa humana, sendo o centro do nosso ordenamento jurídico ocasionou mudanças estruturantes no Direito Civil. Este deixou de ter um entendimento individualista e patrimonialista, passando a considerar diversos princípios gerais. Dentre estes a função social do contrato.

As normas restritivas da autonomia privada constituem exceção, por isso, não admitem analogia ou interpretação extensiva, justamente diante da tão mencionada valorização da liberdade.

No entanto, eventualmente, uma norma restritiva da autonomia privada pode admitir a interpretação extensiva ou a analogia, visando proteger a parte vulnerável da relação negocial, caso do trabalhador, do consumidor e do aderente (art. 5°, XXXII; art. 7°, CF).

5.2.Princípio da relatividade dos efeitos contratuais.

Esse princípio contém ideia de que os efeitos do contrato só se manifestam entre as partes, não aproveitando nem prejudicando terceiros. Por esse princípio, os contratos não obrigam senão as partes contratantes, não vinculando terceiros. No entanto, sabemos que existem casos em que terceiros são atingidos pelos contratos.

Por exemplo, no caso de uma disputa judicial em que determinado imóvel locado por uma das partes é adjudicado à outra, o locatário, apesar de não ter contratado com a parte reconhecida proprietária do bem, deverá passar a pagar-lhe o aluguel pelo uso do imóvel.

Também no caso do contrato de compra e venda, no qual embora os terceiros não possam ser obrigados a entregar a coisa vendida ou a pagar o respectivo preço, os credores do comprador e do vendedor, por exemplo, sofrerão, necessariamente, os efeitos da operação.

Pessoas estranhas ao contrato podem ser atingidas por seus efeitos em alguns casos, como se dá, por exemplo, com os sucessores, tanto a título universal como a título singular. ‘A sucessão os transforma em partes

supervenientes, retirando-lhes a condição de terceiros em face do ato, de cuja formação não participaram'. [29]

É também verdade que 'a interferência indevida do terceiro numa relação negocial que não lhe pertence pode acarretar-lhe o dever de indenizar. Pode o terceiro, por exemplo, ser cúmplice em um vício de vontade contra um dos contratantes'. [30]

O que a lei proíbe é que terceiros sejam prejudicados por um contrato, mas permite que sejam beneficiados. Sílvio Venosa [31] ensina que a estipulação em favor de terceiro (arts. 436 a 438, CC) ocorre 'quando uma das partes (o estipulante) contrata em seu próprio nome com a outra parte (o promitente), que se obriga a cumprir uma prestação em favor de terceiro (o beneficiário)'.

A faculdade de revogar o benefício é pessoal, não passando aos herdeiros do estipulante, no caso de seu falecimento.

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

O princípio da relatividade dos efeitos contratuais, consubstanciado na antiga máxima *res inter alios*, encontra exceções, na própria codificação priva, como, por exemplo:

a) **a estipulação em favor de terceiro** (arts. 436 a 438, CC): hipótese em que um terceiro, que não é parte do contrato, é beneficiado por seus efeitos, podendo exigir seu adimplemento; ex: contrato de seguro de vida, em que consta terceiro como beneficiário; esse contrato é celebrado entre segurado e seguradora, mas os efeitos atingem um terceiro que consta do instrumento, mas não o assina;

b) **a promessa de fato de terceiro** (arts. 439 e 440, CC): figura negocial pela qual determinada pessoa promete que uma determinada conduta seja praticada por outrem, sob pena de responsabilização civil. O art. 440 do CC, entretanto, enuncia que se o terceiro pelo qual o contratante se obrigou comprometer-se pessoalmente, estará o outro exonerado de responsabilidade. Neste caso, a promessa pessoal substitui a promessa feita por um terceiro, havendo uma cessão da posição contratual, pois o próprio terceiro é quem terá a responsabilidade contratual;

c) **o contrato com pessoa a declarar ou com cláusula *pro amico*** (arts. 467 a 471, CC): no momento da conclusão do contrato, pode uma das partes reservar-se à faculdade de indicar pessoa que deve adquirir os direitos e assumir as obrigações dele decorrentes (art. 467, CC), comumente ocorre no contrato

preliminar;

d) **a tutela externa do crédito ou eficácia externa da função social do contrato** (art. 421, CC).

> **I Jornada de Direito Civil.**
> **Enunciado 21**: A função social do contrato, prevista no art. 421 do Novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

A visão preconizada nestes precedentes abraça o princípio constitucional da solidariedade (art. 3°, I, CF), em que se assenta o princípio da função social do contrato, em que ganha enorme força com a vigência do novo Código Civil (art. 421).

A interpretação do contrato de seguro dentro da perspectiva social autoriza e recomenda que a indenização prevista para reparar os danos causados pelo segurado a terceiro seja por este diretamente reclamada da seguradora.

Assim, sem afrontar a liberdade contratual das partes, as quais quiseram estipular uma cobertura para a hipótese de danos a terceiros, maximiza-se a eficácia social do contrato com a simplificação dos meios jurídicos pelos quais o prejudicado pode haver a reparação que lhe é devida. Cumpre-se o princípio da solidariedade e garante-se a função social do contrato. [32]

Mas, o próprio STJ mudou o seu entendimento, ao preconizar que não cabe ao terceiro prejudicado ajuizar ação, direta e exclusivamente, em face da seguradora do apontado causador do dano, porque, no seguro de responsabilidade civil facultativo, a obrigação da seguradora de ressarcir os danos sofridos por terceiros pressupõe a responsabilidade civil do segurado, a qual, de regra, não poderão ser reconhecidas em demanda na qual esse não interveio, sob pena de vulneração do devido processo legal e da ampla defesa.

O entendimento acima esposado, fundamenta-se no fato e que o seguro de responsabilidade civil facultativa ter por finalidade neutralizar a obrigação do segurado em indenizar danos causados a terceiros nos limites dos valores contratados, após a obrigatória verificação da responsabilidade civil do segurado no sinistro.

Isso significa, que a obrigação da seguradora está sujeita à condição suspensiva que não se implementa pelo simples fato de ter ocorrido o sinistro, mas somente pela verificação da eventual obrigação civil do segurado. Isso porque o seguro de responsabilidade civil facultativo não é espécie de estipulação a favor de terceiro alheio ao negócio, ou seja, quem sofre o prejuízo

não é beneficiário do negócio, mas sim o causador do dano.

Portanto, o ajuizamento direto exclusivamente em face da seguradora ofende os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois a ré não teria como defender-se dos fatos expostos na inicial, especialmente da descrição do sinistro. [33]

O entendimento revisado causa estranheza, porque, presente a solidariedade, a vítima pode escolher contra quem demandar (art. 275, CC).

Ademais, a nova posição representa um retrocesso em relação ao entendimento anterior na perspectiva da função social do contrato.

> **VI Jornada de Direito Civil.**
> **Enunciado 544**: O seguro de responsabilidade civil facultativo garante dois interesses, o do segurado contra os efeitos patrimoniais da imputação de responsabilidade e o da vítima à indenização, ambos destinatários da garantia, com pretensão própria e independente contra a seguradora.

A decisão orienta-se, de certo modo, em um sentido social que se vislumbra importante para fundar e explicar também o direito dos contratos, o qual é subjacente a toda a temática e que, realmente, representa uma evolução do paradigma do direito privado individualista, pautado no princípio da autonomia privada contratual. Referenda ideia de que contrato não é um elemento estranho ao corpo social em que celebrado e no qual se ambienta. [34]

5.3.Princípio da força vinculante do contrato, ou da obrigatoriedade das convenções.

Esse princípio consagra a ideia de que o contrato, uma vez obedecidos os requisitos legais, torna-se obrigatório entre as partes, que dele não se podem desligar senão por oura avença, em tal sentido.

O contrato vai constituir uma espécie de lei privada entre as partes, adquirindo força vinculante igual à do preceito legislativo, pois vem munido de uma sanção que decorre da norma legal, representada pela possibilidade de execução patrimonial do devedor.

O princípio da obrigatoriedade das convenções encontra um limite na regra de que a obrigação se extingue se vier a se impossibilitar por força maior ou caso fortuito.

A força obrigatória dos contratos preconiza que tem força de lei o estipulado pelas partes na avença, constrangendo os contratantes ao cumprimento do conteúdo completo do negócio jurídico. Não há previsão

expressa desse princípio do no CC, mas os artigos 389 a 391, que tratam do cumprimento obrigacional e das consequências advindas do inadimplemento, afastam qualquer dúvida quanto à manutenção da obrigatoriedade das convenções como princípio do ordenamento jurídico privado brasileiro.

O princípio da força obrigatória como regra máxima tinha previsão já no direito romano, segunda a qual deveria prevalecer a pacta sunt servanda, ou seja, a força obrigatória do estipulado no pacto. Não poderia, portanto, sem qualquer razão plausível, ser o contrato revisto ou extinto, sob pena de acarretar insegurança jurídica ao sistema. [35]

A realidade jurídica e fática do mundo capitalista pós-moderno não sustenta mais a concepção estanque do contrato. O mundo globalizado, a livre concorrência, o domínio do crédito por grandes grupos econômicos e a manipulação dos meios de marketing geraram um grande impacto no direito contratual. Vive-se o império dos contratos modelos, pela prevalência maciça dos contratos de adesão, com conteúdo pré-estipulado. [36]

O princípio da força obrigatória ou da obrigatoriedade das convenções continua previsto em nosso ordenamento jurídico, mas não mais como regra geral, como antes era concebido. A força obrigatória constitui exceção à regra geral da socialidade, secundária à função social do contrato, princípio que impera dentro da nova realidade do direito privado contemporâneo. Esse princípio está mitigado ou relativizado, sobretudo pelos princípios sociais da função social do contrato e da boa-fé objetiva. [37]

6.Evolução do direito contratual.

O conceito jurídico de contrato está, para Roppo, [38] intrinsecamente ligado ao conceito social-econômico que lhe é dado, como instrumento que operacionaliza a circulação de riquezas, ou seja, contrato é sinônimo de operação econômica, mas com uma acepção mais ampla.

Conforme Roppo, [39] a construção teórica acerca do conceito jurídico de contrato se deu da análise dos aspectos da operação econômica que se queria tutelar. Assim, pode-se dizer que o conceito jurídico de contrato é o que dá formalidade a operação econômica, apesar de que, esse, o conceito jurídico de contrato, não se limita à operação econômica.

A operação econômica que dá substrato ao conceito jurídico de contrato é a circulação de riquezas vista de modo objetivo. Deste modo, toda a transferência de riquezas, mesmo aquela que não aufere lucro ou que não tenha interesse patrimonial, é considerada como operação econômica.

O conceito jurídico de contrato é histórico, para tanto, faz-se necessário perquirir como o contrato foi visto ou utilizado nos diferentes momentos históricos. Como início, adotar-se-á o Direito Romano que exerceu grande influência aos países que se basearam no sistema de leis romano-germânico, ao qual, o Brasil faz parte. Após, será analisado o conceito de contrato no contexto da idade média, do Estado Liberal, do Estado Social e, por fim, do Estado Democrático de Direito. Isso tudo, com o intuito de perceber se o conceito que temos de contrato reflete com os ditames do Estado Democrático de Direito.

O contrato no Direito Romano Clássico [40] era dotado de rigor formalista. Ele não era visto como meio regulador para qualquer operação econômica. Para cada operação havia uma fórmula que deveria ser seguida para que essa operação tivesse a proteção estatal. O mero acordo de vontades não era suficiente para criar as obrigações.

Nesse período, também, haviam alguns contratos, denominados pacta, que, mesmo destituídos de fórmula, eram aceitos, contudo não tutelados. Ou seja, nesses contratos o credor não poderia exigir a prestação em juízo, mas caso recebesse a prestação poderia retê-la.

Podemos perceber a utilização de três vocábulos para designar fenômenos semelhantes: convenção, contrato e pacto. A convenção era gênero e as espécies eram o contrato e o pacto. Contratos eram convenções normatizadas e por isso protegidas pela via da *actio*. Três eram as espécies contratuais: a) ***litteris***, que exigia inscrição no livro do credor (denominado de *codex*); b) ***re***, que se fazia pela tradição efetiva da coisa; e c) ***verbis***, que se celebrava pela troca de expressões orais, como em um ritual religioso. Esses contratos tinham proteção judicial prevista pelo *ius civile*, podendo reclamar via *actio* sua execução. O pacto era um acordo não previsto em lei. Não exigia forma especial, nem era protegido pela *actio*. [41]

No Direito Romano se tinha uma grande categoria: a convenção. Ela se dividia em contratos, dotado de rigor formalista e protegido via *actio*, e o *pacto*, sem rigor formalista e sem proteção pela *actio*. Ainda, os contratos se dividiam-se em *litteris*, *re e verbis* dada a peculiaridade da fórmula de cada um.

O rigor formalista desse período pode ser atribuído a pouca utilização da escrita e pela alta carga religiosa da sociedade, já que, o contrato só seria protegido pelos deuses se observasse a forma prescrita.

No Direito Romano Pós-clássico, segundo Naves [42] foi conferida a alguns pactos mais utilizados a proteção via *actio*. São contratos como a compra e venda, locação, mandato e sociedade.

Essa categoria de contratos passou a ser denominada *contractus solo consensu*, já que não requeriam formalidade bastando a declaração de vontade das partes. Os demais contratos que não estavam previstos nas categorias de *Litteris*, *Verbis*, *Re* e *Solo Consensu*, não eram considerados contratos, já que não produziriam uma obrigação civil, apenas uma obrigação natural.

No Direito Romano o contrato era instrumento para criar obrigações e não para modificá-las ou extingui-las. Para essas operações utilizava-se dos pactos, *pacta adiecta*.

A *pacta adiecta* gerava obrigação civil, mas a sua oposição não se dava pela *actio* e sim pela *exceptio*. Caso o credor exercesse o contrato pela *actio* desconsiderando o pactuado na *pacta adiecta* o devedor poderia opor a essa *actio* pela *exceptio*.

O Direito Medieval, Segundo Roppo [43] sofreu forte influência do Direito Canônico, Romano e Germânico costumeiro e assim apresentava parte do formalismo do Direito Romano. Com o crescimento da economia mercantil esse formalismo contratual passou a ser um entrave para as contratações, que pretendiam cada vez mais rápidas. Tornou-se, assim, comum, no instrumento contratual, constar que as fórmulas foram cumpridas, mesmo que, na prática, não fossem realizadas. Além disso, era comum, ao se celebrar um contrato, fazer um juramento com motivos religiosos para dar força àquele contrato.

Outro aspecto importante, por influência do Direito Canônico que tinham a mentira como pecado, considerava-se o descumprimento contratual tal qual a mentira, sendo, portanto, também condenado. Acreditava-se que se a obrigação fosse assumida de forma livre e consciente, não haveria motivos para se descumprir o contrato.

O contrato, tal qual o entendemos hoje, é fruto do jusnaturalismo e do nascimento do capitalismo. Nos períodos anteriores o indivíduo era determinado pelo grupo em que estava inserido e pela função que exercia dentro deste grupo, com o nascimento do capitalismo, o indivíduo passa a ser determinado por sua vontade autônoma, sendo, o contrato o meio mais utilizado para fazer valer essa vontade.

No século XIX, dada a expansão do capitalismo, o contrato e o direito dos contratos passaram a exercer um papel ideológico na sociedade. [44] Era necessário que não houvesse impedimentos para a circulação de riquezas, assim a dogmática contratual da época desenvolveu algumas teorias para fundamentar a ideologia perquirida.

As ideias desenvolvidas no intuito de que a vontade exercesse um papel

ideológico naquela sociedade, se somaram àquelas desenvolvidas pela própria teoria do direito. Fiúza cita quatro dogmas assentados nesse período:

1º) oposição entre o indivíduo e o Estado, que era um mal necessário, devendo ser reduzido;

2º) princípio moral da autonomia da vontade: a vontade é o elemento essencial na organização do Estado, na assunção de obrigações etc.;

3º) princípio da liberdade econômica;

4º) concepção formalista de liberdade e igualdade, ou seja, a preocupação era a de que a liberdade e a igualdade estivessem, genericamente, garantidas em lei. Não importava muito garantir que elas se efetivassem na prática. [45]

No contexto do direito contratual, a principal ideia traçada nesse período era a da liberdade de contratar. O sujeito era livre para escolher contratar ou não contratar, escolher o seu parceiro contratual, além de estabelecer o conteúdo desse contrato. Não era dado ao Estado impor as parte um determinado tipo de contrato ou a contratar com determinado parceiro contratual.

O Estado se limitava a fazer valer as vontades livremente estabelecidas. Assim, a intervenção estatal só ocorreria em caso de descumprimento contratual para fazer valer aquela vontade estabelecida no contrato, ou caso um contrato que se perfizesse por uma vontade viciada (vícios do consentimento) caso em que o Estado interviria por não haver vontade livremente estabelecida.

Outro fator importante é que nesse período não havia proteção a alguma parte que tivesse inferioridade econômico-social, desse modo acreditava-se que o mercado se auto regulava, ao Estado caberia apenas assegurar que a vontade fosse estabelecida de forma livre.

Ainda, dado o primado da igualdade jurídica que rompeu com os privilégios do absolutismo, passou-se que todo indivíduo era igual perante a lei, somando-se a isso nasceu a ideia de que as vontades estabelecidas, mesmo que uma das partes tivesse inferioridade econômico-social, seria livre em razão dessa igualdade perante a lei. Não se admitia que a parte economicamente mais forte pudesse impor a sua vontade em detrimento da do economicamente mais fraco, já que a igualdade jurídica estava estabelecida.

Por essa noção de vontade e para dar segurança ao tráfego econômico, perfaz-se a ideia de que o contrato, emanado de uma vontade livre, faz lei entre as partes – *pacta sunt servanda*. Aquele que por sua vontade celebrou contrato deve executá-lo, já que ninguém o impeliu a contratar, pois, repita-se é fruto de

sua própria vontade.

Ripert [46] chega a afirmar que o contrato é lei entre as partes, mas uma lei com força maior que todas as outras leis, já que, depois de formado com regularidade, nem mesmo as outras normas podem atingi-lo.

A ideia de justiça contratual substancial era rechaçada. O contrato era fruto da vontade das partes que eram iguais e estabeleciam por essa mesma vontade o conteúdo desse contrato.

Nesse sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações econômicas, de vez em quando realizadas sob a forma contratual).

> Considerava-se e afirmava-se, de fato, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo facto (sic) de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contraentes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses, e, sobretudo o determinavam num plano de recíproca igualdade jurídica (dado que as revoluções burguesas, e as sociedades liberais nascidas destas, tinham abolido os privilégios e as discriminações legais que caracterizavam os ordenamentos em muitos aspectos semifeudais do 'antigo regime', afirmando a paridade de todos os cidadãos perante a lei): justamente nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contraentes consistia a garantia de que as trocas, não viciadas na origem pela presença de disparidades nos poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles, respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa. Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram, portanto, os pilares, sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer contratual. [47]

Essa ideia dava sustentáculo ao próprio capitalismo, para o contrato ser justo bastava que as partes o estabelecessem por suas vontades, que eram formalmente livres. Com isso se quer dizer que ordenamento jurídico da época, garantia que todos fossem iguais perante a lei, não havendo a distinção em classes juridicamente privilegiadas, como havia no antigo regime.

A dogmática do direito nesse período, garantindo a igualdade formal, constrói a noção de um conjunto de normas, sistematicamente organizadas que regrasse toda a vida de um indivíduo em suas relações privadas, de modo, completo e coeso. Surgem as grandes codificações, dentre elas, as que serviram de modelo para boa parte das demais codificações: o Código de Napoleão (1804 – *Code Civil*) e o Código Alemão (1900 – *Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB).

No Código de Napoleão o contrato não tinha regramento em um livro próprio, era tratado no livro destinado a propriedade. Ou seja, o contrato era um dos instrumentos para se adquirir a propriedade, estava subordinado a essa.

Isso porque, naquela sociedade a propriedade era o que movimentava a economia, tal como, na sociedade de consumo, na qual, é o contrato que a movimenta.

Ainda, na construção ideológica daquele período histórico, conforme Roppo, [48] a liberdade só era possível com a propriedade, assim como para a propriedade era essencial a liberdade, liberdade de usá-la, dispô-la como bem o aprouver, sendo o contrato o meio hábil para isso.

A segunda grande codificação de destaque foi o Código Civil Alemão – BGB- que foi promulgado quase cem anos depois do Código de Napoleão. Isso se deu pelo fato da unificação tardia da Alemanha. O contrato nesse diploma teve tratamento diverso do estabelecido no Código de Napoleão, sendo tratado no capítulo referente ao negócio jurídico, categoria geral da qual o contrato é espécie.

A criação da categoria geral do negócio jurídico abarcaria qualquer relação entre sujeitos destinada a produzir efeitos jurídicos, assim, não só os contratos seriam negócios jurídicos, mas também, as relações não patrimoniais.

Conforme Roppo [49] essa categoria mais abstrata e geral do contrato afirmou com mais vigor o mito da vontade inviolável e da igualdade das pessoas perante a lei. Ou seja, com a criação dessa figura, negócio jurídico, a proibição da intervenção estatal na liberdade e vontade individual, não se daria somente nos contratos ou na propriedade, mas em qualquer negócio jurídico, ou seja, nas relações estabelecidas pelas vontades livres destinadas a produzirem efeitos jurídicos.

O contrato, desde a revolução industrial que se inicia no século XVIII, passa a sofrer inúmeras mudanças, conforme o que já foi dito acima. Esse fato histórico que contribuiu para a alteração da teoria contratual até então existente e que no século XX modificar-se-á novamente baseando-se nas próprias idéias desenvolvidas na modernidade.

No fim do século XIX com o desenvolvimento da sociedade industrial iniciou-se um novo modelo de sociedade que se comumente denomina-se de sociedade de consumo.

As indústrias diminuíram em quantidade, mas aumentaram em seu tamanho. O modo de produção também modificou, passando a ser organizado em categorias, nas quais, cada operário seria detento de apenas uma parte da produção. Esse modelo estabelecido culminou com o aumento da produção e barateamento do produto final.

Por essa modificação da sociedade o modo de contratar se modificou. De um contrato pessoalizado, no qual, era possível se discutir as cláusulas contratuais, se passou a um modelo de contrato impessoalizado, massificado e objetivizado. O capitalismo avançou e o ato de contratar passou a ser cada vez mais rápido. Por essa velocidade nas contratações foi estabelecido um novo tipo contratual, qual seja, o contrato por adesão, no qual as cláusulas contratuais já estão previamente estabelecidas, bastando a um das partes aderir ou não a esse contrato, ou seja, não se discute o conteúdo dessas cláusulas contratuais.

O resultado dessa modificação é que o contrato passou a ser um instrumento de poder e de opressão. O Estado passa a ter que intervir nos contratos para que a própria lógica do capitalismo não fosse frustrada.

O direito civil, assim como os outros ramos do chamado direito privado, o direito comercial e o direito do trabalho, assiste a uma profunda intervenção por parte do Estado. Procurou-se com êxito evitar que a exasperação da ideologia individualista continuasse a acirrar as desigualdades, com a formação de novos bolsões de miseráveis, cenário assaz distante do que imaginaria a ideologia liberal no século anterior, ou seja, a riqueza das nações a partir da riqueza da burguesia-, tornando inviável até mesmo o regime de mercado, essencial ao capitalismo. Estamos falando, como todos sabem, da consolidação do Estado Social. [50]

O que se quer dizer é que aquele que é economicamente mais forte, depende que o economicamente mais fraco compre o produto disponibilizado pelo primeiro. Se o segundo passa a não ter condições o sistema pára. Por isto, já que o contrato virou uma forma de opressão dos economicamente mais fracos, o Estado precisou dirigir tais contratos no intuito de que a lógica do capitalismo não fosse frustrada.

A dogmática contratual que passou a justificar a intervenção estatal nos contratos desenvolveu-se de modo a resgatar as construções teóricas estabelecida no período histórico anterior, ou seja, do dogma da vontade. Quer dizer que as teorias estabelecidas que justificam a intervenção estatal nos contratos, o faz de modo a resguardar o dogma da vontade, ou seja, questionava-se como intervir nos contratos sem que a autonomia da vontade não fosse violada ou que permanecesse resguardada. Contudo, a mudança ocorrida nas contratações, como dito acima, muda a perspectiva do direito contratual.

Não se quer apenas garantir a vontade das partes, mas dada a velocidade das contratações e a consequente impessoalidade, é mister, garantir a segurança e estabilidade das contratações. Assim, ao se ter um conflito entre a vontade interna, psicológica, e a vontade declarada, aquela que é exteriorizada,

prevalece a vontade objetivamente declarada, de modo a dar segurança as contratações realizadas. Passa-se da teoria da vontade para a teoria da declaração.

O contrato, portanto, modifica-se, e sofre interferências do Estado, que, após duas guerras mundiais, passa a ter que interferir na economia, dirigindo os contratos. O que se tem é que o liberalismo gerou grande opressão das camadas sociais mais populares, que, em um dado momento passou a reivindicar outros direitos, que não só a igualdade perante a lei. Como dito antes, para que o próprio sistema pudesse se desenvolver, o Estado passou a ter que intervir nos contratos. Assim como o Estado passa de Liberal para Social em meados do século XX o contrato passa de liberal para social.

Em tentativa de maior precisão conceitual, o contrato não passa de um modelo liberal para um social. A dogmática contratual, até hoje, de certa forma, é relutante em aceitar as modificações ocorridas na teoria contratual, dizendo que o contrato é ainda o mesmo do modelo liberal, ou seja, aquele modelo de contrato em que se tem o dogma da vontade.

Por isso, a afirmação de boa parte dos estudiosos do direito contratual no sentido de que o seu conteúdo pouco modificou, permanecendo o que foi teorizado no século dezenove. Outra parte da dogmática do direito contratual, afirma que o direito contratual está em crise ou que, hoje, temos a morte do contrato, já que é impossível estabelecer outro modelo contratual do que o liberal.

Face a essas objetivas e radicais transformações, existem, em geral, dois modos de análise, dois processos intelectuais mais frequentemente empregados no contexto de ideologias jurídicas de índole conservadora, que, indubitavelmente, precluem, consciente ou inconscientemente, a possibilidade de captar o seu sentido e a sua dimensão real.

Simplificando, o primeiro consiste em negar que aquelas modificações se tenham verificado ou tenham sido profundas; por outras palavras, em fingir que o contrato e do direito dos contratos são, hoje, substancialmente idênticos ao que eram no século dezenove: um tipo de análise que é causa e, ao mesmo tempo, efeito de certa incorreção das teorias e dos conceitos jurídicos, por sua vez coincidente com o tendencial tradicionalismo dos juristas, com a sua relutância e a sua lentidão na tomada de consciência do que é novo.

> O segundo processo, aparentemente oposto, mas na realidade radicado numa mesma atitude de misoneísmo e de *laudatio temporis acti*, consiste, ao invés, em lamentar que a teoria e a praxe moderna do direito contratual assinalem uma inversão completa das concepções e dos valores dominantes no passado: hoje, lamentam-se, a vontade

> dos contratantes já não conta, e uma vez que essa vontade se identifica com a essência do contrato, retiram conclusões, em termos de crise, de declínio, ou até de morte do próprio conceito de contrato, de extinção da liberdade de contratar e do papel da autonomia privada; e muito frequentemente o fenômeno, assim delineado, encontra-se articulado, segundo relações de causa e efeito, com um mais geral processo de decadência do indivíduo, de progressiva erosão da sua liberdade e da sua autonomia, por força das exigências sociais, das razões da coletividade. [51]

O que se quer dizer, portanto, é que a dogmática do direito contratual é relutante em aceitas as modificações ocorridas nos contratos. Assim, Roppo [52] afirma que no intuito de manter o dogma da vontade alguns afirmam que o contrato pouco modificou, ainda sendo a vontade a sua fonte primária. E outros, saudosistas dessa doutrina, do dogma da vontade intangível, afirmam não ser possível um contrato sem vontade e que as mudanças havidas no direito contratual a limita de tal maneira que a vontade deixa de existir.

Nesse ponto de vista o que se tem é a morte ou o declínio do contrato. Aceitar a evolução do contrato, ou seja, que ele passe a um novo modelo é romper com o dogma da vontade intangível, mas isso não quer dizer, necessariamente, a morte ou o declínio do contrato, mas sim a morte ou o declínio do contrato naquela perspectiva passada, na qual, a vontade das partes era intangível. No âmbito dos contratos pelo visto acima, ainda, se discute a transição de um modelo liberal para um modelo social de contrato, pouco se trás do que poderia ser um modelo democrático de contrato.

Hoje, os contratos são objetivados, massificados, standartizados, despersonalizados, em contraponto àquele modelo de contrato pessoalizado. Novas figuras contratuais surgem: contratos por adesão, contratos necessários, todos fenômenos, em que a teoria da autonomia da vontade, ponto nevrálgico, da teoria contratual liberal, sofre grandes modificações.

Outro fenômeno, o desenvolvimento dos meios de comunicação, em especial, da publicidade, interfere na ideologia da vontade livre. A publicidade hoje determina, em muito, a vontade e a necessidade de cada indivíduo em contratar, ou ter ou não ter algo.

Pelo modelo Social de Estado, como se introduziu, anteriormente, os contratos passaram a serem dirigidos pelo Estado. Surgem direitos novos, como os dos consumidores, no qual, os contratos passam a serem amplamente regulados pelo Estado. Assim, novos preceitos passam a permear a dogmática contratual, com a justiça contratual, a função social dos contratos e a boa-fé objetiva, todos como limites para a autonomia da vontade.

Para Cláudia Lima Marques [53] no modelo social de contratos se preocupa

mais com os efeitos oriundos deste do que com o momento da manifestação de vontade (acordo de vontades). Em contraponto, no modelo liberal de contrato se procura mais com o momento da manifestação da vontade do que com seus efeitos. Assim, no modelo social de contrato, a liberdade das partes de regularem os efeitos dos contratos é limitada pela a própria lei, em função de um interesse social.

Mas o espaço reservado para que os particulares auto regulem suas relações será reduzido por normas imperativas, como as do próprio Código de defesa do consumidor. É uma nova concepção de contrato no Estado social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social. [54]

Desse modo, portanto, se no modelo liberal de contrato o ponto central da teoria era a vontade, no modelo social passa a ser o interesse social.

O direito civil, como um todo, sofre um processo de publicização de suas normas que eram eminentemente privadas. A efetivação de políticas públicas atinge, sobretudo, o direito contratual, fonte antes, intocável da autonomia da vontade.

Contudo, em um modelo democrático de contrato, a autonomia privada não pode ser tolhida em função de um interesse social, tão pouco, pode ser exercida sem levar em conta o interesse social. Em um possível modelo democrático de contrato as partes devem ter autonomia para decidirem o seu destino, mas sempre, respeitando a confiança legítima da contra parte e respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana.

O contrato deve ser percebido como ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e socioeconômica, que cria, modifica ou extingue relações dinâmicas de caráter patrimonial, formado pelo encontro de comportamentos típicos socialmente reconhecíveis, levados por duas ou mais pessoas, que, em regime de cooperação, visam atender suas necessidades e seus desejos, orientados pela preocupação fundamental de promoção da dignidade humana. [55]

Conforme Roppo, [56] portanto, observa-se que o contrato, ou qualquer instituto jurídico, possui conceito que muda ao longo do tempo. Assim, a cada momento ele se revelará em conformidade com a vivencia de uma certa sociedade em determinado espaço de tempo, não havendo um só modelo ou o modelo correto de contrato.

Qualquer instituto jurídico, longe de ser governado por leis absolutas, está sujeito a um princípio de relatividade histórica: postular uma essência do contrato

(e encontrá-la, em concreto, no exercício incondicionadamente livre da vontade individual e dos impulsos subjetivos das partes) significa destacar, de modo arbitrário, uma fase historicamente condicionada e circunscrita da evolução do instituto contratual (admitindo, o que é duvidoso, que também aquela fase tenha correspondido perfeitamente à pureza do modelo). Mas isso é ideologia: a verdade é que não existe uma essência histórica do contrato; existe sim o contrato, na variedade das suas formas históricas e das suas concretas transformações. [57]

Desse modo, em processo de síntese, o modelo democrático de contrato deve estar em conformidade com o período histórico que se vive. Ainda, nesse processo de síntese não se pode admitir que a vontade seja intangível ou mesmo que a essência do contrato seja o interesse social.

O que se pode afirmar até o momento é que o contrato, expressão da liberdade individual, não pode ser tolhida ou dirigida em razão do interesse coletivo, nem mesmo que pode ser exercida ao arbítrio do interesse social. Ambos, privados e Estado devem proteger e promover a dignidade humana. Desse modo, o contrato, no Estado democrático de direito, deve ser efetivado tendo em vista essa prerrogativa de proteção e promoção da dignidade humana.

A partir dos últimos anos do século XIX, apareceu na doutrina uma tendência a reviver a velha cláusula rebus sic stantibus, que se foi consolidar por meio da moderna teoria da imprevisão.

Segundo essa concepção não é mister que a prestação se torne impossível para que o devedor se libere do liame contratual, bastando que, na ocorrência de fatos extraordinário e imprevisíveis, ela se torne excessivamente onerosa para uma das partes.

Postas tais considerações propedêuticas, pode-se estudar a teoria da imprevisão no Código de Defesa do Consumidor, analisando, para tanto, o que dispõe seu art. 6º, V (sem esquecer que o dispositivo se encontra no capítulo III, ‘Dos Direitos Básicos do Consumidor’).

7.Resolução por onerosidade excessiva.

A resolução por onerosidade excessiva prevista no novo Código Civil é de difícil aplicação, pois exige cinco requisitos e faculta apenas a resolução do contrato e não a sua revisão, como no Código de Defesa do Consumidor.

O vetusto princípio do *pacta sunt servanda*, ao longo da História do Direito, e muito especialmente na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, sofreu fortes abalos em decorrência do revigoramento da cláusula '*rebus sic stantibus'*, hodiernamente denominada Teoria da Imprevisão.

Efetivamente, na sociedade moderna, massificada e globalizada, frequentemente os contratantes, no curso dos contratos de longa duração, se veem gravemente onerados à vista de acontecimentos supervenientes à formação do contrato. Daí, no mais das vezes, objetivam a revisão do contrato e não a sua resolução.

Malgrado tal desiderato, a resolução por onerosidade excessiva prevista no Novo Código Civil resume-se numa quimera jurídica, de difícil aplicação prática, na medida em que exige do contratante prejudicado a reunião de cinco requisitos, facultando-lhe apenas a opção pela resolução do contrato e não a sua revisão, como assim previsto se acha no Código de Defesa do Consumidor.

Nesse cenário, pois, o estudo sugere a alteração legislativa do instituto, a fim de torná-lo mais factível e concreto, na esteira do Direito Civil-Constitucional, inclusive com a adoção de uma nova nomenclatura, ou seja, Teoria da Excessiva Onerosidade, bem diferente da secular Teoria da Imprevisão.

O instituto da resolução por onerosidade excessiva representa um dos corolários do novel princípio do direito contratual, o princípio do equilíbrio econômico do contrato, o qual 'o contrato não deve servir de instrumento para que, sob a capa de um equilíbrio meramente formal, as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento do outro contratante'. [58]

Em essência, o princípio busca alcançar o justo equilíbrio do contrato, a chamada Justiça Contratual, tendo inclusive matriz constitucional, pois deita raízes no princípio da igualdade substancial, previsto no artigo 3º inciso III da Constituição Federal.

Doutrinariamente, o princípio do equilíbrio econômico do contrato alberga duas vertentes, sendo uma referente à formação do contrato e, nesse viés, resulta como corolário o instituto da lesão e uma segunda vertente, referente à execução do contrato e, nesse viés, resulta como corolário o instituto da resolução por onerosidade excessiva, ora em comento.

O instituto da resolução por onerosidade excessiva, sem correspondência no Código Civil de 1916, tem sido apresentado, até então, como uma grande inovação do Novo Código Civil, sendo para uns juristas digno de aplauso ou apologia, mas que, segundo outros, seu aparecimento é pouco inovador, entendendo-o até como um grave retrocesso.

No Código Civil de 2002, o instituto está previsto nos artigos 478, 479 e 480, *in verbis*:

> **Lei 10406/2002 (CC).**
> Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.
> Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.
> Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Acerca do tema, a hodierna doutrina exara que cinco são os requisitos necessários para a aplicação do instituto, a teor do artigo 478 do CC/02.

Contratos de execução continuada ou diferida: somente se opera nos contratos de execução continuada ou sucessiva, isto é, naqueles contratos que se cumprem por meio de atos reiterados e que, portanto, a prestação 'tem de ser cumprida durante certo período de tempo, continuadamente', conforme lição de Orlando Gomes [59] e também nos contratos de execução diferida, isto é, naqueles contratos que devem ser cumpridos em um só ato, mas em momento futuro, uma vez que a execução se protrai em virtude de cláusula que a subordina a um termo(entrega, em determinada data, do objeto alienado, p. ex..

Nesse diapasão, o seu campo de atuação se cinge aos contratos bilaterais comutativos e unilaterais onerosos, uma vez que estes possuem um lapso temporal entre a conclusão e a execução, não se aplicando aos contratos de execução instantânea, haja vista que estes se consumam em um só ato (compra e venda à vista, p. ex.), bem como nos contratos aleatórios, diante da sua própria natureza, segundo majoritária doutrina;

Acontecimentos extraordinários e imprevisíveis: isto é, reporta-se aos acontecimentos extraordinários, incomuns, inesperados, imprevistos e imprevisíveis pelos contratantes no momento da celebração do contrato.

Bem exemplificando a distinção entre acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, registre-se a lição de Sílvio de Salvo Venosa, para quem, em

primeiro lugar, devem ocorrer acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

Tais acontecimentos não podem ser exclusivamente subjetivos. Devem atingir uma camada mais ou menos ampla da sociedade. Caso contrário, qualquer vicissitude na vida particular do obrigado serviria de respaldo ao não cumprimento da avença. Um fato será extraordinário e anormal para o contrato quando se afastar do curso ordinário das coisas. [60]

Será imprevisível quando as partes não possuírem condições de prever, por maior diligência que tiverem. Não podemos atribuir a qualidade de extraordinário ao risco assumido no contrato em que estavam cientes as partes da possibilidade de sua ocorrência; neste sentido, tem decidido a jurisprudência majoritária. [61]

Prestação excessivamente onerosa para uma das partes: refere-se à alteração do montante da prestação, de forma grave, substancial e custosa, ao ponto de tornar o seu cumprimento um sacrifício muito além do que poderia antever o prejudicado no momento da celebração do contrato, comprometendo assim a viabilidade econômica do mesmo.

Exagerada vantagem para a outra parte: trata-se do enriquecimento indevido, do lucro exorbitante aproveitado pela parte contratante que não sofre a onerosidade excessiva, e que reflete, de conseguinte, num considerável aumento patrimonial a seu favor.

A resolução é entendida como uma causa anormal da extinção dos contratos, decorrente de uma causa superveniente à sua formação, consoante bem explica Carlos Roberto Gonçalves, [62] ‘Algumas vezes o contrato extingue-se antes de ter alcançado o seu fim, ou seja, sem que as obrigações tenham sido cumpridas. Várias causas acarretam essa extinção anormal. Algumas são anteriores ou contemporâneas à formação do contrato; outras, supervenientes’.

No caso, o mesmo autor aponta a resolução por onerosidade excessiva como sendo uma das causas supervenientes à criação ou formação do contrato capaz de o extinguir, sem cumprimento.

Nessa seara, pois, o instituto da resolução por onerosidade excessiva, também denominado de Teoria da Imprevisão, segundo alguns, somente se opera e se aplica uma vez presentes todos os requisitos supra/retro mencionados, simultaneamente, o que ocasiona, a meu juízo, um enorme impasse jurídico, à vista da sua pouca ou nenhuma utilidade prática, conforme em adiante vaticino.

Tratado diferentemente no Código de Defesa do Consumidor, a resolução

por onerosidade excessiva ou teoria da imprevisão se acha insculpida no artigo 6º inciso V parte final do Código de Defesa do Consumidor.

Nessa seara, a primeira grande característica do instituto é o fato de ser aplicável às relações de consumo, entendida estas segundo os critérios da vulnerabilidade de um dos contratantes e do lucro em caráter permanente do outro, o que faz distinguir, em apertada síntese, as relações consumeristas das relações civilísticas.

Não obstante, perante o Código de Defesa do Consumidor o instituto apresenta apenas quatro requisitos:

a) **Contratos de execução continuada, diferida e contratos aleatórios**: basicamente, a prestação deve ser duradoura ou periódica, restringindo-se aos contratos bilaterais comutativos e unilaterais onerosos, podendo, todavia, ser aplicado aos contratos aleatórios, os quais, apesar de conter um risco inato, eventualmente o consumidor pode ser excessivamente onerado, como, por exemplo, na hipótese de um contrato de seguro em que a seguradora eleve em demasia o valor do prêmio, sob o argumento do agravamento dos riscos além do que era possível antever no contrato.

No seguro, a álea do contrato está na ocorrência ou não do sinistro. Se o sinistro não ocorre e o consumidor continua pagando o prêmio sem receber nenhuma contraprestação, não é possível dizer que o consumidor sofre excessiva onerosidade.

Entretanto, se, por motivos supervenientes à formação do contrato, o prêmio pago sucessivamente pelo consumidor apresenta-se super majorado por circunstâncias que o consumidor não ocasionou, na forma permitida pelo artigo 1.453 do Código Civil de 1916, o montante destas prestações poderá ser revisto. Observe-se que, corretamente, tal artigo não possui correspondente no Código Civil de 2002. Parece que o codificador atentou para a excessiva onerosidade que poderia sofrer o segurado se aplicada ao caso concreto a hipótese prevista no artigo revogado. [63]

b) **Onerosidade excessiva do consumidor**: nesse aspecto, observe-se que o Estado-Juiz é quem avaliará, com base numa interpretação sistemática e axiológica da Constituição da República e do Código de Defesa do Consumidor, se o consumidor se acha ou não em situação de onerosidade excessiva, entendida esta como a extrema dificuldade para cumprir a obrigação assumida, ao ponto mesmo de levá-lo à ruína, à pobreza, à marginalização, violando enfim à sua própria dignidade humana.

Para tanto, deve o Julgador examinar se a alegada onerosidade é ou não

objetivamente excessiva, isto é, se a suposta prestação questionada se configura excessivamente onerosa não apenas para o devedor de ‘per si’, e sim para toda e qualquer pessoa que se encontrasse em sua posição;

c) **Fatos supervenientes**: reporta-se a qualquer acontecimento, sobrevindo à celebração do contrato, e que resulta em excessiva onerosidade, importando na quebra do princípio da equidade que deve presidir toda e qualquer avença.

Contudo, perante o Código de Defesa do Consumidor, tais acontecimentos supervenientes não precisam ser anormais, extraordinários ou imprevisíveis, devendo o Julgador aferir tais fatos de maneira objetiva, sendo prudente observar que, apesar da vagueza da expressão(fatos supervenientes), o consumidor jamais poderá ser causador do fato superveniente motivador da onerosidade excessiva, pois, dessa forma, estaria se chancelando a má-fé e a torpeza;

d) **Revisão**: prevê o direito de revisão do contrato e não o de resolução, não afastando, contudo, este último, se assim a revisão se mostrar uma medida insuficiente.

O direito de revisão tem liame com o princípio da conservação do contrato, estando este princípio explicitamente expresso no artigo 51 § 2º do Código de Defesa do Consumidor e implicitamente expresso no próprio artigo 6º, V parte final, pois a teleologia da revisão é no sentido da conservação do pacto.

De fato, geralmente, as partes não desejam a resolução(extinção) do contrato, mas apenas a sua revisão, ou seja, alguns reajustes para se manter e cumprir as legítimas expectativas de ambos os contratantes, o fornecedor e o consumidor.

A revisão dá-se judicialmente, mediante sentença com efeito ‘ex tunc’, ou seja, produz efeito entre as partes e com retroatividade desde o surgimento da circunstância que gerou a excessiva onerosidade.

A doutrina aplaude o contido na aludida norma (art. 6º, V, CDC), ou seja, o direito de revisão, valendo-se consignar o entendimento de Renato José de Moraes, [64] segundo o qual parece ‘extremamente relevante que o direito do consumidor, ramo que tem uma enorme abrangência, pelo número e importância das relações jurídicas que regula, tenha previsto a revisão das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais. Não trata o citado dispositivo do Código do Consumidor de fatos imprevisíveis, ou da ausência de culpa da parte prejudicada, ou da delimitação do que seria o desequilíbrio acentuado; ele deixa em aberto a questão, cabendo ao julgador determinar se,

no caso concreto, convém ou não revisar o conteúdo contratual.

À evidência, a resolução por onerosidade excessiva tem tratamento diverso no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

Basicamente, reside a diferença no fato de o instituto, no Código de Defesa do Consumidor, ensejar a revisão contratual, iluminado pelo princípio da conservação do contrato, enquanto que no Código Civil o instituto resultar na resolução, em regra, consoante assim resume Rogério Ferraz Donnini, [65] 'o CDC, ao contrário da construção doutrinária e jurisprudencial relativa à aplicação da teoria da imprevisão na relação entre particulares, procura a conservação do contrato de consumo, e não a resolução deste'.

Em sede de direito do consumidor, a comprovação da onerosidade excessiva não se acha atrelada ao requisito da exagerada vantagem para a outra parte, ou seja, não se exige que importe em extrema vantagem para o fornecedor - como assim dispõe e prevê o Novo Código Civil, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor adotou uma postura desvinculada do enriquecimento sem causa e que, portanto, é bastante a prova de que a prestação se tornou excessivamente onerosa para o consumidor, independente desse excesso se reverter em favor do fornecedor.

A questão, contudo, não é pacífica. Por exemplo, apesar de uma parcela considerável da doutrina defender que a onerosidade excessiva já provoque, por via reflexa, o lucro indevido e exagerado da outra parte, há casos que assim não ocorre, à medida que a onerosidade excessiva não implica, necessariamente, no lucro indevido da outra parte.

> Imagine-se o caso do pequeno empreiteiro do interior que se compromete a construir um único imóvel, e que, no curso do contrato, vê-se surpreendido pela dobra do preço do cimento na região forçada pela presença de uma empreiteira que inicia a construção de um grande condomínio. A onerosidade excessiva experimentada pelo pequeno empreiteiro não se reflete em favor do dono da obra, que receberá o mesmo produto anteriormente contratado, não havendo, dessarte, exagerada 'vantagem'.

Em sede de direito do consumidor, é bastante a ocorrência de fatos supervenientes e imprevistos após a celebração do contrato, não se fazendo necessário que esses fatos sejam também imprevisíveis e extraordinários, segundo a dicção do Novo Código Civil, na medida em que muitas situações passíveis de previsão podem causar uma prestação absolutamente desproporcional, ou mesmo causar a qualquer dos contraentes o cumprimento de uma obrigação excessivamente onerosa, como foi o caso, por exemplo, do surto inflacionário que acometeu o País antes do Plano Real.