

Fundamentos e
Princípios dos
Contratos
Empresariais

Coordenador

Wanderley Fernandes

Autores

Caio Farah Rodriguez

Jonathan Mendes Oliveira

Kleber Luiz Zanchim

Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias

Maria Cristina Varalla Mendes

Paula A. Forgioni

Paulo Dóron Rehder de Araujo

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Teresa Ancona Lopez

Wanderley Fernandes

 Editora
Saraiva

 FUNDAÇÃO
GETÚLIO VARGAS


DIREITO GV

CONTRATOS EMPRESARIAIS

Fundamentos e Princípios dos
Contratos Empresariais

saraivajur.com.br
Visite nosso portal

série *GVlaw*

Wanderley Fernandes
Coordenador

CONTRATOS EMPRESARIAIS

Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais

Caio Farah Rodriguez
Jonathan Mendes Oliveira
Kleber Luiz Zanchim
Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias
Maria Cristina Varalla Mendes
Paula A. Forgioni
Paulo Dóron Rehder de Araujo
Ruy Rosado de Aguiar Júnior
Teresa Ancona Lopez
Wanderley Fernandes

1ª edição, 2ª tiragem
2009





Editora Saraiva
Av. Marquês de São Vicente, 1697 — CEP 01139-904
Bairro Funchal — São Paulo/SP
Vendas: (11) 3613-8344 (4x1) / (11) 3611-3248 (fixo)
SAC: (11) 3613-9210 (Grande SP) / 0800557688 (em todas localidades)
E-mail: saraiva4@editorasaraiva.com.br — Acesso: www.saraiva.com.br

FILIALIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/TOCANTINS/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro
Fone: (47) 3633-4227 — Fax: (47) 3633-4782 — Manaus

BAHIA/SERGIPA

Rua Agripino Dória, 23 — Brumas
Fone: (71) 3381-3854 / 3381-5995
Fax: (71) 3381-9199 — Salvador

BAHIA (SÃO PAULO)

Rua Mesquita Otton, 235/253 — Ceacha
Fone: (14) 3234-5643 — Fax: (14) 3234-7401 — Baurão

CEARÁ/PARÁ/AMARJINHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 — Jacarango
Fone: (85) 3428-2123 / 3428-1384
Fax: (85) 3428-1331 — Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SELO 9 B, B — Cap 97 — Setor Industrial Gedco
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 — Setor Amparo
Fone: (62) 3225-2832 / 3212-2826
Fax: (62) 3224-2036 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3146 — Centro
Fone: (67) 3363-3682 — Fax: (67) 3362-0112 — Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Akim Fumbe, 449 — Lages
Fone: (31) 3429-8300 — Fax: (31) 3429-8310 — Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Ruessa Apogios, 186 — Betânia Campos
Fone: (91) 3222-9028 / 3224-9028
Fax: (91) 3241-6499 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Luciano, 2895 — Prda Velho
Fone/Fax: (41) 3337-4834 — Curitiba

PERNAMBUCO/PARAIBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Cordeiro do Brito, 185 — Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 — Fax: (81) 3421-4510 — Recife

REPERÃO PAZEM (SÃO PAULO)

Av. Francisco Joaquim, 1295 — Centro
Fone: (14) 3610-5843 — Fax: (14) 3610-8284 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 — Vila Isabel
Fone: (21) 2577-4974 — Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565

Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Rimes, 237 — Campos
Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-4567

Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Marquês de São Vicente, 1697 — Bairro Funchal
Fone: PBX (11) 3613-3000 — São Paulo

ISBN 978-85-02-06149-1

Declar. Internacional de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Contratos empresariais : fundamentos e princípios dos Contratos Empresariais / Wanderley Fernandes, coordenador. — São Paulo : Saraiva, 2007. — (Série GVlaw)

1. Contratos — Brasil 2. Direito empresarial — Brasil I. Fernandes, Wanderley, II. Série.

06-9123

CDU-347.74:338.93 (81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Contratos empresariais : Direito empresarial
347.74:338.93 (81)

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a expressa autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido no art. 170, § 1º, da Constituição Federal e punido pelo art. 184 do Código Penal.

Aos alunos do GVlaw.

APRESENTAÇÃO

A FGV é formada por diferentes centros de ensino e pesquisa com um único objetivo: ampliar as fronteiras do conhecimento, produzir e transmitir idéias, dados e informações, de modo a contribuir para o desenvolvimento socioeconômico do país e sua inserção no cenário internacional.

Fundada em 2002, a Escola de Direito de São Paulo privilegiou um projeto diferenciado dos currículos tradicionais das faculdades de direito, com o intuito de ampliar as habilidades dos alunos para além da técnica jurídica. Trata-se de uma necessidade contemporânea para atuar em um mundo globalizado, que exige novos serviços e a interface de diversas disciplinas na resolução de problemas complexos.

Para tanto, a Escola de Direito de São Paulo optou pela dedicação do professor e do aluno em tempo integral, pela grade curricular interdisciplinar, pelas novas metodologias de ensino e pela ênfase em pesquisa e publicação. Essas são as propostas básicas indispensáveis à formação de um profissional e de uma ciência jurídica à altura das demandas contemporâneas.

No âmbito do programa de pós-graduação *lato sensu*, o *GVlaw*, programa de especialização em Direito da Escola de Direito de São Paulo, tem por finalidade estender a metodologia e a proposta inovadora da graduação para os profissionais já atuantes no mercado. Com pouco tempo de existência, a unidade já se impõe no cenário jurídico nacional através de duas dezenas de

curso de especialização, corporativos e de educação continuada. Com a presente *Série GVlaw*, o programa espera difundir seu magistério, conhecimento e suas conquistas.

Todos os livros da série são escritos por professores do *GVlaw*, profissionais de reconhecida competência acadêmica e prática, o que torna possível atender às demandas do mercado, tendo como suporte sólida fundamentação teórica.

O *GVlaw* espera, com essa iniciativa, oferecer a estudantes, advogados e demais profissionais interessados insumos que, agregados às suas práticas, possam contribuir para sua especialização, atualização e reflexão crítica.

Leandro Silveira Pereira
Coordenador do *GVlaw*

PREFÁCIO

Este livro integra o projeto editorial da Fundação Getúlio Vargas de desenvolvimento de referência bibliográfica para os cursos do programa de especialização e educação continuada do *GVlaw*. Porém, é destinado a qualquer estudioso e a profissionais que atuam na área contratual.

O projeto para o tema "Contratos Empresariais" prevê a criação de quatro obras. Este é o primeiro volume, que trata da Teoria Geral dos Contratos, tendo sido selecionados temas relevantes do direito contratual moderno. Portanto, não se trata de um manual de direito contratual propriamente dito.

O segundo volume terá a coordenação da professora Teresa Ancona Lopez e do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior e cuidará dos contratos nas relações de consumo. O terceiro e quarto volumes serão coordenados pelos professores Flávio Maia e Wanderley Fernandes e tratarão da parte especial dos contratos, dividindo o objeto em dois grandes temas: a organização da atividade empresarial e o seu financiamento.

As obras deverão contar com a colaboração de professores e profissionais que atuam na área jurídica e empresarial, de forma a associar os grandes debates acadêmicos com o cotidiano do mercado, que se vale dos mecanismos contratuais para atingir seus objetivos. Nesse sentido, buscaremos dar um caráter interdisciplinar aos textos, que contarão com a participação de economistas e administradores em parceria com advogados e juristas.

Neste volume, a renomada professora Teresa Ancona Lopez, da Universidade de São Paulo e professora do *GVlaw*, introduz magistralmente a matéria tratando dos princípios contratuais, em especial os ditos “novos princípios” contemplados pelo Código Civil de 2002.

Em seguida, a professora Paula A. Forgioni desenvolve um tema que tem tratado de maneira profunda – a interpretação dos contratos. O texto ora apresentado foi originalmente publicado no seu livro sobre o contrato de distribuição e, segundo palavras do professor e Ministro Eros Grau: “Está dito, ali, o que havia de ser dito – e eu gostaria de ter dito”. O seu capítulo constitui desenvolvimento de seu pensamento a respeito do tema, estendendo sua análise para as regras de interpretação de Pothier.

Em razão da relevância do assunto, convidamos dois jovens advogados e integrantes do programa de pós-graduação da Universidade de São Paulo, sob orientação do professor Antonio Junqueira de Azevedo, para que aplicassem as regras e conceitos de interpretação a um caso concreto. A partir desse pressuposto, Kleber Luiz Zanchim e Paulo Dóron Rehder de Araujo fizeram a análise interpretativa do conteúdo de um interessante e complexo contrato de alienação do controle de uma companhia de telefonia.

Em seguida, são apresentados dois textos escritos pelo coordenador Wanderley Fernandes, sendo um deles em parceria com o advogado Jonathan Mendes de Oliveira. O primeiro texto analisa a formação dos contratos e o segundo trata do contrato preliminar, ambos integrados pela visão do contrato como um processo e como um instrumento de exercício da empresa. São discutidos alguns precedentes que evidenciam a complexidade e riqueza do tema.

A advogada Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias desenvolve a questão extremamente relevante da revisão contratual. Seu texto, por si só, é a evidência do cuidado e da pesquisa realizada, tratando de maneira abrangente de um dos mais interessantes temas em matéria contratual.

O texto seguinte é interdisciplinar, escrito pela executiva de uma grande empresa nacional, Maria Cristina Varalla Mendes, e pelo professor Caio Farah Rodriguez, da Fundação Getúlio Vargas. O texto, a partir da avaliação dos interesses das partes e dos critérios de alocação de riscos, analisa de maneira prática e objetiva as diversas modalidades de garantias contratuais.

Finalmente, não poderíamos deixar de convidar o ilustre professor e Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, também integrante do nosso programa *GVlaw*, para tratar da extinção dos contratos – tema que já mereceu sua atenção anteriormente, em especial na sua importante obra sobre a extinção dos contratos por incumprimento do devedor.

Dessa maneira, embora os temas tratados não sejam suficientes para cobrir toda a matéria contratual, esperamos contribuir no debate de questões que entendemos relevantes e absolutamente atuais para aqueles que atuam na prática dos contratos e que os utilizam no exercício da atividade econômica.

Wanderley Fernandes
Coordenador

SUMÁRIO

<i>Apresentação</i>	VII
<i>Prefácio</i>	IX

1 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

1.1 A mudança de paradigma: o respeito aos valores existenciais	3
1.2 Elenco dos princípios contratuais	8
1.3 Princípio da autonomia da vontade ou da autonomia privada.....	9
1.4 Princípio da força obrigatória – <i>pacta sunt servanda</i>	16
1.5 Princípio da relatividade das convenções	20
1.6 Princípio do equilíbrio contratual e a onerosidade excessiva.....	25
1.7 Princípio da boa-fé objetiva	41
1.8 O princípio da função social do contrato.....	59

2 INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS

2.1 Introdução	77
2.2 Alguns vértices do sistema de direito comercial	82
2.3 Os particularismos do sistema de direito comercial	97
2.4 As peculiaridades do direito comercial e da interpretação dos contratos comerciais	108

2.5 Cotejamento dos princípios cardiais da interpretação dos negócios comerciais antes e após o novo Código Civil	126
2.6 Conclusão.....	147
3 INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL: O PROBLEMA E O PROCESSO	
3.1 O problema	159
3.2 O processo contratual	165
3.3 Processo contratual e processo interpretativo – o vínculo	168
3.4 As tratativas e o problema da interpretação	171
3.5 O processo interpretativo: da doutrina à lei.....	177
3.6 Considerações finais.....	198
4 O PROCESSO DE FORMAÇÃO DO CONTRATO	
XIV 4.1 Negociações, contato social e a vida dos negócios: o contrato como processo	205
4.2 Documentos negociais e acordos intermediários.....	223
4.3 Responsabilidade pré-contratual e boa-fé.....	228
4.4 O alcance da responsabilidade pré-contratual e os danos ressarcíveis	239
4.5 A responsabilidade pré-contratual como responsabilidade contratual	257
4.6 Conclusões	258
5 CONTRATO PRELIMINAR: SEGURANÇA DE CONTRATAR	
5.1 Introdução	265
5.2 A função econômico-social do contrato preliminar	273
5.3 Opção terminológica.....	278
5.4 Negociações preliminares e contrato preliminar.....	280

5.5 O contrato preliminar.....	289
5.6 A relação entre o contrato preliminar e o contrato definitivo.....	296
5.7 A tutela específica para a hipótese de não-cumprimento do contrato preliminar.....	299
5.8 Conclusões	314
6 ONEROSIDADE EXCESSIVA E REVISÃO CONTRATUAL NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO	
6.1 Introdução e delimitação do tema	325
6.2 Origem histórica – cláusula <i>rebus sic stantibus</i>	327
6.3 A onerosidade excessiva no Código Civil brasileiro	336
6.4 A onerosidade excessiva no Código de Defesa do Consumidor	364
6.5 Questões especiais e controvertidas.....	367
6.6 Breve síntese e conclusões.....	384
7 NOTAS SOBRE ALOCAÇÃO DE RISCOS E GARANTIAS CONTRATUAIS	
7.1 Introdução	393
7.2 Contratos de produção – considerações básicas.....	397
7.3 Interesses e riscos	400
7.4 Instrumentos de mitigações de riscos.....	403
7.5 Observações finais.....	414
8 EXTINÇÃO DOS CONTRATOS	
8.1 Introdução.....	417
8.2 Extinção dos contratos: causas concomitantes e supervenientes.....	418

8.3 A classificação do Código Civil para as causas supervenientes.....	419
8.4 Distrato: conceito.....	422
8.5 Distrato: natureza e requisitos.....	424
8.6 Distrato: efeitos.....	425
8.7 Distrato: forma.....	428
8.8 A rescisão unilateral.....	431
8.9 Rescisão unilateral: espécies.....	432
8.10 A morte do contratante.....	437
8.11 Rescisão unilateral: a notificação.....	438
8.12 Art. 473, parágrafo único.....	439
8.13 A resolução (arts. 474 e 475 do Código Civil).....	441
8.14 Resolução: espécies e efeitos.....	448
8.15 Exceção de contrato não cumprido.....	449
8.16 Resolução por onerosidade excessiva.....	451
<hr/> XVI	
<i>Índice</i>	459

julgado ou em acordo expressamente autorizado pela seguradora, em virtude de danos morais, diretamente decorrentes de danos materiais e/ou danos físicos à pessoa causado a terceiros; invalidez permanente ou morte acidental. Além disso, oferece cobertura imediata para danos decorrentes de acidentes durante a prestação de serviços de obras civis, montagem, desmontagem, reparo e instalação.

7.5 Observações finais

Pretendemos neste artigo elaborar apontamentos sobre instrumentos disponíveis no mercado financeiro e segurador brasileiro, do ponto de vista da análise de alocação de riscos em contratos empresariais, do tipo especificado (contratos de produção).

Com efeito, de uma boa análise de riscos nem sempre resulta a possibilidade de sua eliminação. Garantias de cumprimento de obrigações contratuais contribuem, portanto, para a mitigação de riscos, basicamente ao permitir que estes sejam transferidos ou partilhados com partes percebidas como peculiarmente capazes de suportá-los.

Da mesma forma, permitem tais garantias que sejam complementados os modelos contratuais de incentivos à maneira como as partes se conduzem e devem se conduzir em casos de ocorrência de eventos não previstos no programa contratual. Como se sabe, nesses casos, muitas vezes, cria-se uma situação em que as partes devem optar entre renegociar os termos do acordo original ou proceder a uma forma de resolução de litígios sujeita à autoridade de uma terceira parte. E a configuração das garantias contratuais, em situações como essas, pode ter impacto significativo no caminho escolhido pelas partes – porque cria condições de liquidez maior para uma delas, porque desincentiva condutas oportunistas, porque reduz incertezas etc.

Com a evolução do mercado segurador brasileiro, acredita-se que novos mecanismos ainda sejam desenvolvidos em benefício dos empreendimentos produtivos no país.

8 EXTINÇÃO DOS CONTRATOS

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito GVlaw; professor colaborador do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, mestre em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça.

8.1 Introdução

O contrato é negócio jurídico bilateral e a principal fonte das obrigações. O Código Civil, depois de tratar dos casos de extinção das obrigações (pagamento, consignação, compensação etc.), cuida da extinção dos contratos.

O contrato se extingue, porque na origem há impossibilidade absoluta ou invalidade (nulidade ou anulabilidade), ou porque a relação que nasceu possível e válida é alvo de fenômeno superveniente, que destrói os seus efeitos e, com isso, extingue a própria relação originária.

Os defeitos de formação que invalidam a celebração (negócio nulo ou anulável, arts. 104 e s.) são causas extintivas (genéticas) do contrato, e os fatos posteriores, que impedem a realização dos efeitos da avença, podem também levar à extinção do contrato (causas funcionais). Em ambas as hipóteses, a causa que implica a extinção do contrato traz, como consequência, ordinariamente, a extinção das obrigações dele derivadas. Mas as situações não se confundem: (a) enquanto a causa extintiva do contrato atinge diretamente a fonte e, mediatamente, a obrigação dela nascida, como, por exemplo, a nulidade, (b) a causa que extingue a obrigação atinge o contrato apenas de modo reflexo e parcial; em alguns casos, também pode extingui-lo, quando o pagamento da prestação esgota a finalidade do contrato. Como se sabe, o contrato tem a característica da transitoriedade, nasce para se extinguir, depois de realizar o interesse visado pelas partes contratantes. Assim, o cumprimento da prestação, o pagamento ou o adimplemento em todas

as suas modalidades, bastantes para atender ao contratado, realizam o fim para o qual o contrato foi criado e produzem a sua extinção. Nesse sentido é que se pode dizer que a extinção da obrigação é também a extinção do contrato. Mas esta, nesse caso, sempre será um efeito reflexo e mediato daquela. Ademais, a extinção do contrato que deriva do pagamento é o que se pode chamar de dissolução normal do negócio, enquanto a resolução por impossibilidade da prestação ou inadimplemento da outra parte reflete uma situação de anormalidade.

8.2 Extinção dos contratos: causas concomitantes e supervenientes

Entre as causas presentes no momento da celebração (causas concomitantes) estão a nulidade, a anulabilidade, a redibição e o abuso de direito.

O Código Civil, no Livro III, Título I, Capítulo V, arts. 166 e seguintes, cuida das causas de extinção do negócio jurídico por invalidade.

O art. 166 descreve o negócio nulo, cujo defeito pode ser alegado por qualquer das partes, pelo Ministério Público e pronunciada de ofício pelo juiz, insuscetível de confirmação ou de sanação pelo decurso do tempo, e que são os negócios celebrados por pessoa absolutamente incapaz; quando ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; quando o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito, não revestir a forma prescrita em lei ou for preterida solenidade que a lei considere essencial; quando tiver por objetivo fraudar lei imperativa; quando a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

O art. 171 enumera os casos de negócio jurídico anulável, vício que não pode ser pronunciado de ofício pelo juiz, alegável apenas pelos interessados e passível de confirmação. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio realizado por

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

Os arts. 441 a 446 tratam da redibição, modalidade de extinção do contrato por vício ou defeito oculto, existente ao tempo da celebração do contrato, que autorizam o comprador a rejeitar a coisa, dissolvendo o contrato.

O abuso de direito é espécie de ato ilícito por definição da lei (art. 187), cuja presença no momento da celebração pode levar à sua anulação e, por consequência, à extinção do contrato. Não se confunde com o ato ilícito descrito no art. 186, pois o abuso não tem como elemento a culpa.

No Capítulo II do Título V (arts. 472 a 480), o Código Civil trata dos casos de extinção do contrato posteriores à sua celebração, e entre eles arrola o distrato, a rescisão unilateral, a resolução por inadimplemento e a resolução por onerosidade excessiva. São as figuras que veremos a seguir, em breve resumo.

8.3 A classificação do Código Civil para as causas supervenientes

No Capítulo sobre a extinção do contrato, o nosso Código dispõe sobre casos de ineficácia em sentido estrito, ou funcional (em que a extinção se dá por causa surgida depois da convenção), (a) por vontade de ambas as partes (distrato), ou (b) pela vontade de apenas uma delas (rescisão unilateral)¹; (c) como um meio de

¹ No livro **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**: resolução, o autor utilizou o termo rescisão para os casos de desfazimento do contrato duradouro, com efeito *ex nunc*, para distinguir da resolução, que tem efeito *ex tunc* e se aplica aos contratos instantâneos, e para isso seguiu a classificação de Pontes de Miranda. O Código Civil de 2002, porém, adotou a orientação francesa e a classificação entre nós difundida por Orlando Gomes: a "rescisão" é o termo empregado para designar a extinção do contrato pela vontade das partes, e nessa figura incluiu o distrato (embora não o diga expressamente) e as hipóteses de rescisão unilateral. É a classificação que a partir do novo Código deve ser utilizada.

defesa contra o inadimplemento ou (d) como meio de defesa contra a onerosidade excessiva (arts. 474, 475 e 478).

É preciso explicitar a sistematização adotada pelo nosso legislador na classificação dos fatos extintivos dos contratos, a respeito do que não se encontra uniformidade na lei dos diversos países, nem na doutrina nacional ou estrangeira.

Entre os fatos supervenientes estão os resultantes da vontade das partes, de ambas ou de apenas uma delas, como acontece na resilição. A resilição é a denominação genérica que o legislador de 2002 adotou para os casos de extinção por vontade das partes, e compreende o distrato, que é bilateral, e a resilição unilateral, que se apresenta nas modalidades de revogação, desistência, denúncia, arrependimento, renúncia ou resgate (n. 8.9, *infra*).

Além do consentimento e da vontade unilateral, que levam à resilição, os fatos posteriores consistentes no inadimplemento do devedor ou na onerosidade excessiva da prestação podem determinar a extinção pela resolução. Ainda, extinguem o contrato a impossibilidade absoluta superveniente, total e definitiva, sem culpa, a morte do devedor nas obrigações personalíssimas, a prescrição da pretensão ou a preclusão do direito, e o abuso do direito na execução do contrato.

No Capítulo II do Título V (arts. 472 a 480), o Código regula, como fatos extintivos posteriores, a resilição e a resolução por descumprimento e por onerosidade excessiva. As demais causas extintivas estão previstas em outras disposições esparsas. Assim, a prescrição está regulada nos arts. 189 e s.; a decadência é tratada quando o Código dispõe sobre os direitos e, desde logo, prevê o prazo para a sua extinção, de que são exemplos os arts. 501, 505, 513, parágrafo único, e 1.614; a impossibilidade absoluta superveniente está prevista no art. 234 (perda da coisa, sem culpa), no art. 248 (impossibilidade da prestação do fato, sem culpa), no art. 250 (impossibilidade da abstenção, sem culpa). A morte do credor extingue a obrigação feita em razão da sua vida (obrigação alimentar

por ato ilícito), e a morte do devedor faz cessar o contrato que dispunha sobre sua prestação pessoal (art. 248, que prevê a impossibilidade da prestação, sem culpa).

Muitos incluem, entre os casos de extinção, a rescisão do contrato. Na prática forense, tem sido a denominação usada para a generalidade das ações destinadas à extinção do contrato; assim, costuma-se dizer: rescisão do contrato por nulidade, rescisão do contrato por descumprimento do devedor. Na doutrina estrangeira, de um modo geral, rescisão é a denominação atribuída especificamente à hipótese de extinção por lesão: presente, na origem, a desproporção exagerada entre as prestações, o contrato poderia ser rescindido, seja para extingui-lo, seja para modificá-lo. Como no Brasil o Código incluiu a lesão entre os casos de anulabilidade (art. 171, II), não há como usar o termo rescisão para denominar essa espécie de extinção, que é apenas mais um caso de anulação, ou de ação anulatória. Isso não apaga o fato de que o próprio Código Civil e diversas leis esparsas continuem usando o termo rescisão para as ações de invalidade ou de extinção do contrato por qualquer causa prevista em lei².

² "Por mais contraditório que possa parecer, o próprio Código Civil de 2002 utiliza a expressão em diversos contextos, sem um elemento comum que os una (...). Confira-se, a propósito, os arts. 455 (tratando de evicção); 607 (tratando da extinção de contrato de prestação de serviços, mediante aviso prévio, o que caracteriza verdadeira resilição); 609 (tratando de hipótese onde não se caracterizaria, *a priori*, a extinção do contrato de prestação de serviços por alteração do titular de prédio agrícola onde é realizado; 810 (referindo-se ao contrato de constituição de renda, como sanção pela perda da garantia do cumprimento de prestações futuras; 1.642, IV (autorizando extinção de contratos de fiança e doação de um cônjuge, estabelecidos sem autorização do outro" (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO. *Novo curso de direito civil*, parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, t. 4, p. 248). Ver, ainda: a Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93, arts. 77, 78 e 79) e a Consolidação das Leis do Trabalho, que trata da extinção do contrato de trabalho sob o título de rescisão.

8.4 Distrato: conceito

Como se sabe, o contrato é um programa destinado a regular a conduta das pessoas e os efeitos daí decorrentes. Produto da autonomia da vontade exercida no âmbito do poder de disposição das pessoas, assim como pode ser criado, pode ser revisto, modificado ou extinto pelas mesmas vontades. A reunião de interesses que se fez presente na celebração pode desaparecer durante a vigência do acordo, justificando a sua extinção, e essa é a razão de ordem prática que levou o legislador a incluir o distrato como o primeiro caso de exceção ao princípio da força vinculativa dos contratos. A vinculatividade impõe às partes terem um comportamento e sofrer os resultados coerentes com a atuação do programa contratual³. O distrato é a conduta dos participantes que, de comum acordo, rompem esse vínculo para permitir o surgimento de uma nova relação cujo objeto é destruir os efeitos do contrato. Mas isso de nenhum modo ataca o valor do vínculo contratual, antes o reforça.

O contrato, uma vez celebrado, pode ser atingido por diversos fatos supervenientes, alguns deles produzindo a frustração do fim que se pretendia alcançar com o acordo, isto é, por uma causa superveniente de ineficácia⁴. As partes podem recorrer a diversas vias para fazer frente a essa nova realidade, e uma delas é chegarem, de comum acordo, à conclusão de que deve ser eliminado o efeito de um trato que já não realiza os fins esperados, e chegam assim ao distrato.

Clóvis Beviláqua assim definiu o distrato: é o acordo entre as partes contratantes, a fim de extinguirem o vínculo obrigacional estabelecido pelo contrato.

³ ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 511.

⁴ ESPERT SANZ, Vicente. *La frustración del fin del contrato*. Madrid: Tecnos, 1968, p. 20.

Vale lembrar que o negócio jurídico pode ser bilateral, a exigir o acordo de duas ou mais vontades, como na compra e venda, ou unilateral, em que basta a manifestação de apenas uma, como a promessa ao público. O contrato é uma espécie de negócio jurídico, e é sempre negócio jurídico bilateral, pois tem como elemento o acordo de vontade entre os participantes; todavia o contrato pode ser unilateral ou bilateral, conforme as obrigações sejam prestadas por uma ou por ambas as partes; quando a prestação é dada correspectivamente à outra, diz-se que o contrato (que é um negócio jurídico bilateral) é bilateral; se apenas um contratante se obriga, como no mútuo, há um negócio jurídico bilateral, pois que se exige a concordância do mutuante e do mutuário, mas também é o contrato unilateral, e somente o mutuário assume a obrigação de prestar (devolver o principal e pagar os juros), uma vez que o mutuante já o fez, ao entregar o capital. O distrato não tem como pressuposto necessário o contrato, embora assim seja no mais das vezes, principalmente para os contratos bilaterais; é que pode ser distratado o negócio jurídico unilateral, que já não possa ser revogado.

Na classificação adotada pelo Código Civil, o distrato (art. 472: "O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato") é uma espécie de resilição; é a resilição que resulta do consenso dos contratantes, ao contrário da resilição unilateral, tratada no art. 473.

O distrato é bastante em si, e opera independentemente de intervenção judicial. É uma manifestação que fica à discrição das partes, respeitados os pressupostos desse negócio e os direitos de terceiros, sendo, portanto, essa uma das raras hipóteses em que os contratantes podem agir livremente sem atentar para os termos do negócio que celebraram e sem depender de prévia previsão do contrato ou da lei para o seu agir.

Para Pontes de Miranda, distrato é o trato em sentido contrário, é o *contrarius consensus*, que não elimina nem nega a existên-

cia e a validade do contrato, mas que surge depois dele para lhe retirar a eficácia⁵.

8.5 Distrato: natureza e requisitos

A doutrina questionou sobre a natureza do distrato. Carvalho Santos⁶ e Manuel Ignacio Carvalho de Mendonça⁷ sustentam que não há contrato, porque o distrato pressupõe contrato anterior, depende de novo consentimento e não manifesta uma promessa. Essa corrente negativa, que segue a orientação da doutrina francesa, está hoje superada, prevalecendo a idéia de que o distrato é um verdadeiro contrato, um contrato de extinção⁸.

O distrato é um caso de ineficácia relativa, surgido depois da celebração do contrato. Nos dizeres de Pontes de Miranda, "O distrato não é ida ao passado para apagar o que se redigira, ou se dar como não tendo sido aquilo que foi. O distrato não é descontrato. Quem distrata não descontrata. O contrato foi feito, e lá fica. Apenas sem qualquer irradiação de efeitos"⁹, e sem qualquer existência para o futuro.

O distrato é um passo no sentido contrário ao do contrato, mas pressupõe seja dado por ambos os contratantes, isto é, resulta

⁵ Pode estar referido a contrato e bem assim também a negócio jurídico que não seja contrato, como na promessa ao público que já não possa ser revogada, mas que pode ser objeto de distrato. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. 25, p. 281-282.

⁶ *Código Civil brasileiro interpretado*: principalmente do ponto de vista prático. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. 15, p. 263.

⁷ *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, t. 1, n. 608.

⁸ MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995, v. 1, p. 243.

⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado*, cit., v. 25, p. 282.

de um acordo de vontades em sentido inverso ao que determinara o nascimento da relação.

São requisitos do distrato:

a) A manifestação da vontade de desfazer os efeitos do contrato deve partir daqueles que contrataram, e este é o requisito subjetivo do distrato.

b) Ser o distrato ainda possível, isto é, que a relação se mantenha como contratada, sem que haja a adesão de um terceiro a que fora destinada, e sem que tenha sido inteiramente cumprida a prestação. Se houve o cumprimento total da prestação do devedor, não há espaço para o distrato: "Nos contratos já executados, impossibilita-se o distrato"¹⁰. Pode haver a remissão da dívida (art. 385) pelo credor, não o distrato.

c) Se o contrato foi celebrado tendo em vista uma prestação em favor de terceiro, se este adcriu (muitas vezes, realizando despesas e efetuando prestações), o distrato não pode atingir o interesse desse terceiro. Igualmente, se houver cessão da posição contratual, de créditos ou débitos, o cessionário não pode ser prejudicado pelo distrato firmado pelos primitivos contratantes; então, o *contrarius consensus* produzirá efeito apenas entre os distratantes.

O *contrarius consensus* está sujeito a todas as regras sobre nulidade, anulabilidade e ineficácia. Assim, o distrato celebrado pelo que se tornou incapaz é inválido, e o realizado com o intuito de prejudicar credores (fraude a credores ou fraude de execução) é ineficaz em relação a estes.

8.6 Distrato: efeitos

A questão dos efeitos do distrato no tempo é importante. Carvalho Santos ensinou que "o distrato produz efeitos *ex nunc* e

¹⁰ BESSONE, Darcy. *Do contrato*: teoria geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 318.

não *ex tunc*, vale dizer, só produz efeitos para o futuro e não retroage aos efeitos anteriormente produzidos, quer em relação às partes, quer em relação a terceiros¹¹. Porém, não é essa a melhor orientação. Em princípio, cabe aos distratantes convencionar sobre os efeitos: "Este contrato de extinção deve então mostrar as particularidades; se a extinção há de valer só para o futuro, ou também para o passado, como as prestações já intercambiadas devem devolver-se, etc."¹². A lição de Darcy Bessone também está mais aproximada da realidade, embora não possa ser acolhida na sua última parte: "Tratando-se de um novo acordo de vontades, extintivo do contrato, nele os distratantes disporão, como lhes convier, sobre os efeitos futuros, ou retroativos, da resolução. No silêncio das partes, tais efeitos serão ainda *ex nunc*"¹³. Essa última parte da assertiva, de que os efeitos serão apenas *ex nunc*, se omisssas as partes, não corresponde. É que, mesmo na hipótese do silêncio delas, nem sempre o silêncio implicará eficácia apenas *ex nunc*, se resultar das circunstâncias o evidente propósito de atingir os efeitos desde quando celebrado o contrato. De igual modo, se as partes dispuseram expressamente sobre o efeito *ex nunc*, nem sempre se poderá atender a essa disposição, se impossibilitada pela necessidade de preservar direito de terceiro. Há um único limite à retroatividade: o resguardo dos direitos já adquiridos de terceiros¹⁴. Uma outra limitação é de ser lembrada: inviável a eficácia *ex nunc* quando impossibilitada a restituição das prestações já efetivadas.

Observa-se que os distratos de contratos de promessa de compra e venda contêm comumente cláusula sobre a restituição

426

¹¹ Código Civil brasileiro interpretado, cit., v. 15, p. 264.

¹² MEDICUS. Tratado de las relaciones. cit., t. 1, p. 243.

¹³ Do contrato, cit., p. 318.

¹⁴ ROPPO. Il contratto, cit., p. 540-541.

das prestações efetuadas por ambas as partes. O Superior Tribunal de Justiça, em reiteradas decisões, considerou abusiva a cláusula que determinava a perda da totalidade das prestações pagas pelo promissário comprador, quando caracterizada a relação de consumo (R Esp 241.636/SP, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira), ficando o promitente vendedor autorizado a reter parcela daquele valor, para cobertura das despesas efetuadas. O percentual é variável, dependendo das circunstâncias do negócio e de sua execução, sendo admissível ordinariamente a retenção de 10% a 30% do que foi pago, sem prejuízo de situações especiais, como acontece com o fato da posse do imóvel durante longo tempo pelo promissário comprador. Essa redução tem fundamento no princípio da igualdade das partes, não sendo conforme à boa-fé fique o promitente vendedor com o preço pago e recupere o bem prometido à venda, enquanto o promissário comprador fica sem o contrato, sem o bem e sem o preço parcialmente pago.

Nos contratos de promessa de compra e venda, o distrato não retira do corretor o direito à sua comissão: "O corretor tem direito à comissão pela intermediação do negócio, que foi exitosa e resultou na lavratura do contrato de promessa de compra e venda, ainda que depois tenham as partes distratado" (STJ, R Esp 186.818/RS, 4ª T.).

Se os contratos forem vinculados com laço de acessoriedade, o distrato do contrato principal implica o distrato do acessório; se este for objeto do distrato, permanece o principal. Porém, se os contratos forem coligados, impende definir se um é consequência do outro, ou se um perde o significado sem o outro, de modo que o distrato de um pode exigir seja dada a mesma sorte ao outro.

Na locação, a relação "pode ser desfeita por mútuo acordo" (art. 9º da Lei n. 8.245/91, que dispõe sobre a locação dos imóveis urbanos), e há de se entender que os efeitos do distrato são para o futuro, mas o sublocatário (terceiro em relação ao distrato) tem direito à indenização contra o sublocador (art. 15 da mesma lei).

427

A sociedade simples pode ser dissolvida pelo consenso unânime dos sócios, ou por deliberação da maioria absoluta dos sócios, na sociedade de prazo indeterminado (art. 1.033, II e III, do Código Civil). É caso de distrato. A dissolução da sociedade pelo distrato tem reflexo no relacionamento entre os sócios, mas não impede que o administrador continue agindo em nome da sociedade até o cancelamento no registro de comércio.

Pode haver distrato do distrato, com o que o contrato se restabelece, se ainda possível: "Se sobrevém distrato do distrato, a eficácia que se cancelou ou impediu não se refaz, mas o contrato, que foi, retoma a eficácia"¹⁵, assim como pode haver promessa de distrato, que se regula pelas regras próprias da promessa de contratar e autoriza a ação do art. 461 do Código de Processo Civil.

8.7 Distrato: forma

A exigência de ordem formal está no art. 472: o distrato deve obedecer à forma exigida para o contrato. De modo geral, a declaração de vontade do contratante não depende de forma especial, senão quando exigida em lei (art. 107), ou quando celebrada com a cláusula de não valer sem instrumento público (art. 109). A prova exclusivamente testemunhal somente é admitida para o negócio jurídico cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no país ao tempo da celebração (art. 227). A escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o valor do salário mínimo (art. 108). A escritura pública para esses negócios é dispensada pela legislação que regula o sistema financeiro da habitação (art. 61, § 5º, da Lei n. 4.380/64), a garantia real da cédula de crédito bancário (art. 27 da Lei n.

¹⁵ PONTES DE MIRANDA. *Tratado*, cit., v. 25, p. 290.

10.931/2004) e a alienação fiduciária de coisa imóvel (arts. 23 e 24 da Lei n. 9.514/97).

Isso significa que, para os negócios em relação aos quais se exige escritura pública ou prova escrita, apenas por essa via será feito o distrato. Mas, quando somente se pede a forma escrita, basta que exista um início de prova por escrito, pois pode esta ser complementada pela prova testemunhal, qualquer que seja o valor do negócio (art. 227, parágrafo único).

Gustavo Tepedino adverte para a diferença de redação do novo Código em relação ao antigo¹⁶, que exigia adotasse o distrato a mesma forma do contrato. Ainda naquele tempo, prevaleceu a corrente mais liberal, exposta no seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça: "Só é de exigir-se tenha o distrato a mesma forma do contrato quando exigida para validade desse"¹⁷. O atual art. 472 consagrou esse entendimento: deve ser respeitada a forma exigida pela lei, e não a eventualmente adotada para a elaboração do contrato. Isto é, se a lei autorizava o contrato na forma verbal ou por documento particular, ainda que redigido o contrato com maior rigorismo formal (por escritura pública, por exemplo), o distrato pode ser verbal ou por instrumento particular, respectivamente.

O antigo art. 1.093 do CC/16 continha uma segunda parte: "Mas a quitação vale, qualquer que seja a sua forma". Esta disposição não se repete no atual art. 472, mas a matéria encontra-se regulada no art. 320: "A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante. Parágrafo único. Ainda sem os requisitos estabelecidos neste artigo valerá a quitação, se de seus termos ou das circunstân-

¹⁶ *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 2, p. 114.

¹⁷ AgRg no Ag. 214.778/SP, 3ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro.

cias resultar haver sido paga a dívida". O *caput* do art. 320 dispensa o instrumento público e impõe requisitos ao conteúdo do documento particular. Mas a redação do parágrafo único praticamente invalida a regra do *caput*: havendo instrumento particular, as designações previstas podem não existir "se de seus termos resultar haver sido paga a dívida"; não havendo instrumento particular, esse requisito também pode ser dispensado, "se das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida". É o que acontece com a hipótese de entrega do título ao devedor (art. 324), com as operações realizadas no meio virtual, ou com pagamentos efetuados publicamente.

Assim como está flexibilizada a prova da quitação, também deve ser interpretada a disposição sobre a prova do distrato. Todos sabemos que a maioria dos negócios é realizada por pessoas de poucas luzes e despreparadas para os rigores dos formalismos legais. A perda de interesse pelo negócio induz naturalmente a parte a sair dele com a simples manifestação de vontade, depois de obtida a concordância da outra, comumente fundada na confiança e na aparência, consolidando-se uma situação de dissolução de fato que somente interpretação rigorosa poderá desconhecer. Se a falta da formalidade não for a causa determinante de prejuízo para terceiro, pode ser dispensada no relacionamento entre as partes, nos casos em que o juiz entender mais adequado. Roppo informa que a jurisprudência italiana se inclina por liberar a prova do distrato da proibição de provar por testemunhas contrariamente ao que consta de documento, e explica: Tudo isso tem uma razão – dissolver uma relação contratual existente é, em linha de princípio, ato menos grave e oneroso do que constituir uma nova relação; portanto, pode estar cercada de menor cautela¹⁸.

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 5.317/RS, fez boa aplicação do princípio: "Quando para o contrato não

exige a lei solenidade própria, o seu distrato pode ser feito de forma diversa, até verbalmente, ou, mesmo, decorrer de fato que dispense expressa manifestação de vontade dos pactuantes"¹⁹.

Araken de Assis admite o distrato tácito para os negócios desprovidos de forma prescrita em lei, decorrente do comportamento dos figurantes. Dá o exemplo: "O inquilino desocupa imóvel e entrega as chaves ao locador, que lhe passa recibo, aceitando a devolução. Quando o art. 59, § 1º, I, da Lei 8.245/1991 exige distrato escrito e assinado por duas testemunhas, prevendo o prazo de desocupação mínimo de seis meses para a concessão de liminar antecipatória, ocupou-se tão só de prova pré-constituída para tal efeito – o art. 273, *caput*, do CPC reclama, genericamente, prova inequívoca – e não impôs forma *ad solennitatem* ao distrato da locação"²⁰.

8.8 A resilição unilateral

A resilição unilateral (art. 473 do Código Civil) é um negócio jurídico unilateral, que se expressa pela manifestação de vontade de apenas uma das partes, diferentemente do distrato, que exige o consentimento de ambas para o desfazimento do contrato.

Essa iniciativa somente tem eficácia quando expressamente regulada na lei, como acontece nas situações abaixo enumeradas, ou quando implicitamente admitida. A implícita permissão ocorre, em geral, nos contratos por tempo indeterminado, e de execução continuada, quando qualquer dos contratantes pode unilateralmente desvincular-se, dissolvendo-os. "A indeterminação do tempo de duração do contrato ocasionaria a permanência infinita do vínculo, se não fosse facultado a qualquer das partes, através do *jus poenitendi*, desligar-se, quando lhe aprouvesse. Assis-

¹⁸ ROPPO, II *Contratto*, cit., p. 540.

¹⁹ STJ, Ac. da 3ª T., rel. Min. Dias Trindade, de 30-4-1999.

²⁰ ASSIS, Araken de. Do distrato no novo Código Civil. *Revista do CEJ*, n. 24, p. 58-61.

te, assim, a cada um dos contratantes, o direito potestativo de desvincular-se²¹.

É por isso que os contratos com duração indeterminada implicam, em princípio, o direito de se desligar unilateralmente, uma vez que o engajamento perpétuo agride a liberdade individual²². A rescisão desses contratos pode acarretar consequências sérias para a outra parte, o que será examinado adiante, quando comentado o parágrafo único deste artigo.

8.9 Resilição unilateral: espécies

O Código não mantém uniformidade na denominação das hipóteses de resilição unilateral, variando conforme o tipo de contrato a que se refere.

Revogação é a retirada da voz por parte do autor do negócio jurídico, nos casos permitidos em lei, com a eliminação do suporte de fato (vontade) necessário para a persistência do negócio. O característico da revogação é a extinção por vontade de uma só das partes. Ocorre normalmente nos negócios gratuitos, como no mandato sem estipulação de retribuição (art. 658, 1ª parte), ou na doação simples (art. 538), mas também é possível a resilição unilateral no mandato oneroso e na doação com encargos. A revogação pode ser imotivada (mandato, arts. 686 e 687), ou vinculada a uma hipótese legal permissiva, de que é exemplo a revogação da doação pelo doador, por ingratidão ou por inexecução do encargo (art. 555). No mandato, a revogação ao nuto do mandante encontra sua razão de ser no elemento confiança que está ínsito neste negócio de colaboração²³.

²¹ BESSONE, Darcy. *Do contrato*, cit., p. 317.

²² TERRÉ; SIMLER; LEQUETTE. *Droit civil: les obligations*. 6. ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 379.

²³ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, [199?], p. 394.

O mandato pode conter cláusula de irrevogabilidade, caso em que a revogação gerará a obrigação de pagar perdas e danos (art. 683) ou será ineficaz (arts. 684, 685 e 687). A revogação do mandato pode ser expressa ou tácita (art. 687).

O ato unilateral de promessa de recompensa, praticado por "aquele que, por anúncios públicos, se comprometer a recompensar ou gratificar a quem preencha certa condição, ou desempenhe certo serviço", pode ser revogado pelo promitente antes de prestado o serviço ou preenchida a condição, se não houver prazo assinado à execução da tarefa, garantido ao candidato de boa-fé o reembolso das despesas feitas (art. 856, *caput* e parágrafo único). Se houver prazo, entende-se que o promitente renunciou ao arbítrio de retirar, durante ele, a oferta (art. 856, *caput*, última parte).

A renúncia é o ato pelo qual o mandatário (não o mandante, que revoga) pode sair do contrato de mandato, gratuito ou oneroso (art. 688), regra também aplicável à comissão (art. 709).

A denúncia é a denominação que se dá ao exercício do direito de desfazer as obrigações duradouras²⁴, contra a sua renovação ou continuação, independentemente do inadimplemento da outra parte, nos casos permitidos na lei ou no contrato (v. g., arts. 6º, 46, 2º, e 57 da Lei n. 8.245/91, sobre locação de imóveis urbanos). Se unilateral, é denúncia, com ou sem motivo (uso próprio); a fundada no inadimplemento é resolução, com efeito *ex nunc*. A característica de desfazer o negócio apenas *ex nunc* decorre da impossibilidade de se desconstituir o efeito já realizado.

²⁴ A obrigação duradoura é aquela que não se esgota em uma só prestação, mas supõe um período de tempo mais ou menos largo, tendo por conteúdo ou uma conduta duradoura (cessão de uso, arrendamento, locação), ou a realização de prestações periódicas (como no pagamento dos aluguéis e no fornecimento de gás, de alimentação, de energia). Essa relação duradoura não se confunde com aquela outra em que haja a determinação da entrega de uma certa quantidade de bens, que, desde logo, é definida, apenas desdobrando-se em várias prestações, em momentos diferentes.

A iniciativa de resilir pode ser do locador, como nos casos do art. 9º da Lei n. 8.245/91, sobre locação de imóveis urbanos, e do art. 570 do Código Civil, para extinguir a locação de coisa aposta a fim diverso do ajustado ou a que se destina, ou quando é danificada por abuso do locatário. A iniciativa pode ser do locatário, quando a coisa locada se deteriorar sem culpa sua, não mais servindo para o fim previsto (art. 567 do CC).

O arrependimento é o modo pelo qual a parte sai do contrato, extinguindo-o, perdendo as arras dadas ou devolvendo-as em dobro, nos negócios com cláusula de arras penitenciais (art. 420 do CC).

O Código de Defesa do Consumidor concede a este o direito de desistir do contrato, no prazo de sete dias, sempre que a contratação se der fora do estabelecimento comercial, especialmente quando por telefone ou em domicílio, com direito de devolução do que pagou, sem obrigação de indenizar perdas e danos (art. 49 do CDC). Trata-se de um caso especial de arrependimento, com desfazimento do contrato por ato unilateral do consumidor, sem outro pressuposto que não a manifestação da sua vontade contrária ao contrato no prazo da lei, a qual o autoriza a sair do negócio sem reparar eventuais prejuízos do vendedor. O fundamento está na presunção de que o contrato não foi produto da vontade refletida do adquirente, tendo para isso contribuído o fato de ter sido o negócio realizado fora da sede do estabelecimento comercial. Essa particularidade aproxima a hipótese do art. 49 do CDC aos casos de vício de vontade. No art. 49, porém, não se dá a anulação, pois a lei prescinde de descer ao exame do elemento subjetivo e se satisfaz com as circunstâncias objetivas, fazendo depender a extinção do contrato à simples manifestação da vontade de desistir (arrependimento extintivo).

Os contratos de compra e venda realizados pela Internet devem ser equiparados aos contratos celebrados por telefone, com o mesmo tempo de sete dias para reflexão.

O resgate “é o ato de libertar alguma coisa de uma obrigação, ônus ou encargo a que estava vinculada, ou de cumprir uma obrigação de caráter pessoal, aplicável, por exemplo, à enfiteuse e à hipoteca”²⁵.

O Código Civil de 1916 referia-se ao resgate quando regulava o instituto da enfiteuse e o da renda constituída sobre imóvel (arts. 693 e 751). Esses dois dispositivos não estão reproduzidos no Código Civil de 2002, embora seja aplicável, às enfiteuses já constituídas, o regramento do Código revogado. O novo Código Civil refere-se ao resgate como um direito do vendedor no contrato com cláusula de retrovenda (arts. 505 e 506).

No que diz com a hipoteca, o Código regula a remição, que é o direito de alguém, legitimado pela lei, praticar ato unilateral, que libera o imóvel do gravame (arts. 1.481, 1.482, 1.483 e 1.499).

Na prestação de serviço, não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferi-lo da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode resolver o contrato (art. 599). Apesar do emprego do verbo resolver, trata-se de caso típico de resilição unilateral, não de resolução.

No comodato sem prazo convencionado, que é a situação mais ocorrente nesse tipo de contrato, o comodante somente pode resilir o comodato antes do vencimento do prazo determinado pelo uso, se houver necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo juiz (art. 581). É um caso de resilição vinculado à justa causa estabelecida na lei.

O mútuo, que é o empréstimo de coisas fungíveis, é um contrato unilateral (somente o mutuário se obriga), real (depende da entrega da coisa, ordinariamente moeda) e oneroso (o mutuário deve pagar juros), pode ser com ou sem prazo convencionado.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 3, p. 175.

Nessa última hipótese, atendido o tempo mínimo mencionado nos incisos I e II do art. 592, o mutuante pode pedir a restituição da coisa e dar por findo o contrato.

No depósito, o depositário será obrigado a restituir a coisa no momento em que o depositante a reclamar (art. 627). A reclamação, nesse caso, é modo de resilição unilateral. A obrigação de restituir existe ainda que o contrato fixe prazo (art. 633). Isso quanto ao depositante, pois o mesmo não ocorre quanto ao depositário, que deve, em princípio, aguardar o advento do termo. "Todavia, como se trata de contrato de favor, a lei permite a exoneração do depositário, desde que apresente motivo plausível. Note-se não ser, assim, necessária a escusa da força maior"²⁶.

O contrato de agência ou distribuição, "se for por tempo indeterminado, qualquer das partes poderá resolvê-lo, mediante aviso prévio de noventa dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente" (art. 720)²⁷.

O dono do negócio pode dispensar o corretor, se não houver prazo determinado (art. 727), aplicando-se a regra geral do art. 473, que exige prévia notificação ao dispensado. A lei não estabelece prazo para o aviso, que produzirá efeitos, tanto que comunicado ao corretor. Da mesma forma, admite-se que o corretor se afaste do contrato, mediante igual notificação.

No contrato de transporte de pessoas, "o passageiro tem o direito de rescindir o contrato de transporte, antes de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor da passagem,

desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de ser renegociada" (art. 740). Depois de iniciada a viagem, "é facultado ao passageiro desistir do transporte, sendo-lhe devida a restituição do valor correspondente ao trecho não utilizado, desde que provado que outra pessoa haja sido transportada em seu lugar" (art. 740, § 1º).

As duas hipóteses são de resilição unilateral, garantido ao transportador o direito de reter 5% da importância a ser restituída, a título de multa compensatória (art. 740, § 3º).

Também é caso de resilição unilateral motivada o direito garantido ao segurador de "resolver" o contrato se houver inexecução ou omissão nas declarações prestadas pelo segurado, sem má-fé (art. 766, parágrafo único). Havendo agravamento do risco, sem culpa do segurado, o segurador pode igualmente "resolver" o contrato de seguro, fazendo notificação por escrito, que terá eficácia trinta dias depois (art. 769, §§ 1º e 2º). O segurado, de sua vez, poderá "resolver" o contrato, se houver considerável redução do risco, se não optar pela revisão do prêmio (art. 770).

"Qualquer sócio pode retirar-se da sociedade, se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa" (art. 1.029). Essa retirada do sócio é hipótese de resilição unilateral, imotivada, na primeira situação, e com motivação, na segunda.

8.10 A morte do contratante

A morte do contratante é fato superveniente que leva à extinção do contrato (cessação), quando a relação é de caráter personalíssimo. Trata-se de uma causa natural que cria impossibilidade absoluta de continuidade da relação assumida em razão da pessoa do falecido. Nos contratos *intuitu personae*, não sendo possível substituir o obrigado pelos sucessores, que não apresentam as qualidades do morto, "outra solução não resta senão a cessação,

²⁶ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3, p. 284.

²⁷ O art. 720 utiliza o termo resolução para o caso de extinção do contrato por manifestação unilateral e imotivada de uma das partes. Mas não é resolução, e sim resilição unilateral, porquanto não se trata de desfazimento por incumprimento do devedor, pelo que inadequado uso do termo resolução para a hipótese.

cabendo ao credor pleitear a indenização, se paga alguma importância sem o recebimento da contraprestação¹²⁸.

O Código contém várias disposições sobre a cessação do contrato por morte do contratante: a morte do doador de subvenção periódica extingue a doação, salvo se o doador tiver disposto outra coisa, mas não poderá ultrapassar a vida do donatário (art. 545); o contrato de prestação de serviço acaba com a morte de qualquer das partes (art. 607); o contrato de empreitada celebrado em consideração às qualidades pessoais do empreiteiro extingue-se pela morte deste (art. 626); cessa o contrato de mandato pela morte de uma das partes (art. 682, II); o contrato de constituição de renda não pode ultrapassar a vida do credor (art. 806); a morte do sócio leva à liquidação da sua quota (que é uma forma de dissolução parcial), salvo se o contrato dispuser de modo diferente ou se os sócios remanescentes optarem pela dissolução (art. 1.028).

8.11 Resilição unilateral: a notificação

Ao dispor sobre a resilição unilateral, o Código exige a notificação da outra parte, pois é uma espécie de declaração receptícia da vontade, que só produz efeito quando levada ao conhecimento da outra parte. Não se exige que o notificado tome efetivo conhecimento da manifestação do proponente, pois pode acontecer que ele se recuse a ter ciência do conteúdo da notificação, ou esteja impossibilitado disso; basta que o notificante faça o comunicado chegar ao outro, colocando a mensagem à sua disposição.

O Código não estabelece regra geral sobre a forma ou o prazo.

Quanto à forma, não foi repetida a disposição do art. 472, para a resilição por mútuo consenso, onde se impôs a observância à mesma do contrato. Dessa omissão há de se entender que a forma

é livre, salvo para as situações em que há regra expressa, a exigir observância da forma escrita.

Para a questão do prazo a ser dado na notificação, deve-se atender ao disposto para o tipo de contrato de que se trata; se nada dispuser, a regra geral é a de que a notificação produz efeitos tão logo chegue ao conhecimento da outra parte. Esse princípio pode ser afastado se a própria parte, em favor de quem é expedida a notificação, conceder um prazo, ou quando as circunstâncias do negócio justificarem certa dilação de tempo após a notificação, conforme previsto no parágrafo único.

8.12 Art. 473, parágrafo único

A resilição unilateral, em qualquer de suas modalidades, significa a manifestação da vontade e do interesse do proponente. O término da relação negocial duradoura, em que todas as partes estavam até ali envolvidas, certamente influirá sobre a situação do notificado, com possíveis danos aos seus interesses, como acontece nos contratos de franquia, de concessão, de agência.

Por isso, é preciso atentar para os dois lados da questão. Se, de um lado, as partes devem conservar a sua liberdade de dar por findo um negócio sem prazo determinado, de outro, impende considerar que a extinção da relação pode significar o fim da fonte exclusiva de renda do co-contratante, que para isso pode ter feito investimentos e perdido outras oportunidades, confiando na continuidade do contrato. A boa-fé fornecerá sólidos subsídios para a solução de cada caso, na busca de solução adequada para salvaguardar os interesses de ambas as partes, tendo em vista que a permanência indefinida do contrato, após a notificação, deve ser descartada. Sendo uma fonte constante de litígios, é conveniente que as partes incluam dispositivos regulando a hipótese de extinção por vontade unilateral, estabelecendo previamente e de comum acordo uma solução equitativa.

Dispondo para essa hipótese, o parágrafo único do art. 473 condiciona a produção dos efeitos extintivos ao transcurso de pra-

¹²⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 288.

zo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos feitos pela parte notificada, que confiara na execução do contrato.

São pressupostos para a incidência da regra:

a) que a natureza do contrato justifique investimentos consideráveis. Assim, na corretagem de um grande empreendimento imobiliário, o corretor contratado poderá locar espaços, adquirir veículos e equipamentos, contratar servidores, na perspectiva de negócio duradouro e proveitoso, cuja execução cobriria a despesa antecipadamente feita. Não se pode dizer o mesmo da simples intermediação de venda de uma casa, que não justificaria mais do que alguns anúncios e acompanhamento de visitas, despesas essas que não constituem "*os investimentos consideráveis*" mencionados no parágrafo único;

b) os investimentos devem ter um certo vulto, na proporção do negócio, que ficaria a descoberto com a extinção do contrato por iniciativa do notificante;

c) a eficácia da denúncia unilateral (leia-se, resilição unilateral) dependerá do transcurso de um certo prazo. A definição desse tempo está em direta relação com a idéia de que, durante a dilatação, o notificado terá condição de recuperar os investimentos feitos. É por isso que tais investimentos devem ser proporcionados ao negócio, uma vez que somente estes devem ser considerados quando da fixação do prazo razoável para a extinção do contrato;

d) serão levados em conta a natureza e o vulto dos investimentos. A natureza deles poderá permitir o seu levantamento sem maior dano, ou a sua reutilização em outros negócios, enquanto o vulto é conceito que está ligado ao valor e ao custo do investimento;

e) o prazo compatível dependerá também da receita que o notificado poderá obter no período de graça, após o que se terá o contrato por extinto;

f) finalmente, o prazo não pode ser de tal ordem que torne ineficaz a iniciativa do proponente, eliminando o seu direito à resilição. Tal seja o caso, quando o prejuízo ao interesse do proponente também for considerável, poderá o juiz optar em dar eficácia imediata ou autorizar prazo curto à notificação, ressaltando ao notificado o direito a perdas e danos.

A lei não menciona o eventual pagamento de perdas e danos, para ressarcimento dos prejuízos decorrentes da resilição unilateral, mas a alternativa não pode ser afastada. A reparação do dano causado ao interesse de um ou de outro dos contratantes, prejudicados pela demora na efetivação da resilição ou pelo prazo curto que se impunha deferir, pode ser feita mediante o pagamento de equivalente indenização.

8.13 A resolução (arts. 474 e 475 do Código Civil)

A resolução é a modalidade de extinção do contrato que pressupõe o inadimplemento do devedor e nisso reside a especificidade que a distingue das outras formas de extinção.

São seus requisitos:

a) *Contrato bilateral*

Contrato bilateral é aquele em que ambas as partes contraem obrigações e em que ao menos alguns dos deveres de prestação recíprocos estão vinculados entre si, de modo que a prestação de uma representa, de acordo com a vontade das partes, a contraprestação pela outra. Há entre as prestações corresponsividade, interdependência e equivalência. Modernamente, tem sido acentuada a importância da equivalência entre as prestações, exigência de justiça contratual²⁹.

²⁹ O contrato unilateral é aquele em que apenas uma das partes se obriga, como acontece no comodato e no mútuo (o comodante ou o mutuante já prestaram, entregando o bem, restando apenas a prestação do comodatário ou do mutuário, de restituírem a coisa). O contrato bilateral é sempre oneroso; o unilateral pode ser oneroso (mútuo) ou gratuito (comodato).

O sinalagma deve estar presente no momento da celebração (sinalagma genético) e mantido durante o tempo de vigência do contrato (sinalagma funcional). A falta de equivalência no momento do nascimento do contrato pode caracterizar a lesão (causa de invalidade); a perda dessa característica no transcurso do contrato pode permitir o reconhecimento da onerosidade excessiva (causa de resolução).

Para que haja a resolução, é preciso que o contrato seja bilateral. Somente nele há prestações recíprocas, das quais o credor se libera, resolvendo o contrato diante do incumprimento do devedor, retornando tudo à situação anterior, com perdas e danos.

b) *Inadimplemento definitivo*

A falta da prestação autoriza o credor a pedir a extinção do contrato (resolução). O incumprimento que autoriza a extinção da relação é apenas o definitivo.

Como se sabe, o cumprimento deve ser feito em obediência a dois princípios: a) "pontualidade", regra segundo a qual o cumprimento tem de se ajustar inteiramente à prestação devida, devendo ser cumprida ponto por ponto (art. 394 do CC: "Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer"); e b) a boa-fé, nos termos do art. 422 do Código Civil ("Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé"). O princípio deve ser levado em conta como "uma causa ou uma fonte de criação de especiais deveres de conduta exigíveis em cada caso, de acordo com a natureza da relação jurídica e com a finalidade perseguida pelas partes através dela. Às partes não se devem só aquilo que elas mesmas estipularam ou estritamente aquilo que determina o texto legal, mas tudo aquilo que em cada situação impõe a boa-fé"³⁰.

³⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis. Prólogo. In: WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fé*. Madrid: Civitas, 1982, p. 19.

Quando a obrigação deixa de ser cumprida no modo e no tempo devidos, diz-se que há incumprimento.

O incumprimento pode ser classificado: a) quanto à "causa", em imputável ou imputável ao devedor, caso decorra de culpa deste, na primeira hipótese, ou, na segunda, se resultar de outro fator, como culpa do credor, ato de terceiro, caso fortuito ou força maior, da lei ou do próprio devedor sem culpa; b) quanto aos "efeitos", o comportamento contrário ao contrato pode resultar em: b.1) incumprimento definitivo, se a prestação não puder mais ser efetuada (impossibilidade) ou exigida (modificação superveniente das circunstâncias); ou, sendo possível e exigível, não tiver mais utilidade para o credor; b.2) incumprimento não-definitivo, quando persistem a possibilidade, a exigibilidade e o interesse do credor, mas a prestação não é efetuada no tempo, modo e lugar convencionados (mora); b.3) cumprimento defeituoso, quando é feita a prestação, mas de modo imperfeito; c) quanto ao "conteúdo" da violação, o incumprimento pode ser de obrigação principal ou acessória – contratualmente prevista e exigível –, ou de dever secundário de conduta, decorrente da boa-fé; d) tendo em vista o "interesse do credor", o incumprimento pode se dar: d.1) sem impedir a satisfação do interesse do credor, obtida do devedor ou mediante a intervenção de terceiro, na forma permitida pela lei civil (arts. 304 e 305 do CC), ou pela execução forçada, com a alienação de bens ("Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor", art. 391 do CC), ou pela obtenção da finalidade da obrigação realizada de outro modo que não pela prestação do devedor; d.2) sem a satisfação do credor, que não recebe a prestação e dela fica definitivamente privado, por ação do devedor, com ou sem culpa, ou por fato alheio ao devedor.

Para que haja a resolução, como se disse, deve haver incumprimento definitivo.

O descumprimento pode resultar da impossibilidade superveniente da prestação. Se a impossibilidade, total e definitiva, não

for imputável ao devedor, o contrato se extingue por força de lei. Se a prestação se tornou impossível por culpa do devedor, o credor pode optar entre pedir a resolução do contrato ou o adimplemento da obrigação, pelo equivalente (art. 389 do CC). A diferença entre as duas soluções é significativa: pela resolução, as partes retornam à situação anterior; pela ação de adimplemento, o credor efetua a sua prestação e exige o equivalente da prestação do devedor, nos dois casos com direito a perdas e danos.

A impossibilidade imputável é a culpável. A "culpa" contratual, em sentido amplo, consiste em o devedor infringir, dolosa ou culposamente, os deveres que o contrato lhe impõe.

Além da impossibilidade superveniente total como causa do incumprimento definitivo e extinção do contrato, a outra espécie de descumprimento definitivo que autoriza a resolução é o inadimplemento com a "perda do interesse do credor pela prestação ainda possível". Essa situação pode decorrer de impossibilidade superveniente parcial, da impossibilidade temporária, da mora ou do cumprimento imperfeito (incompleto ou defeituoso), com ou sem culpa do devedor. Esses fatos podem estar presentes e o credor ter interesse na manutenção do contrato, recebendo a prestação assim como prestada, ou exigindo o equivalente. Porém, se em razão deles a prestação se tornar inútil ao credor, que assim perde interesse na execução do contrato, tais fatos originam o incumprimento definitivo e servem de fundamento à resolução.

O Código Civil não define o inadimplemento que autoriza a resolução do contrato, mas impõe ao devedor efetuar o pagamento no tempo, lugar e forma previstos na lei ou na convenção (art. 394), regra cujo descumprimento ocasiona responsabilidade por perdas e danos (art. 389). Para a resolução, porém, não basta o simples incumprimento: é preciso trazer à baila o princípio consagrado no parágrafo único do art. 395: "Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la e exigir a satisfação das perdas e danos". Quer dizer, o incumprimento, para ser defini-

tivo e causa de resolução, deve ser qualificado por essa perda de interesse do credor, decorrente da inutilidade da prestação.

Se o incumprimento definitivo, por perda do interesse na prestação, resulta da "culpa do devedor", o credor não exigirá a execução em espécie, que já não lhe traz nenhuma utilidade, mas poderá optar entre manter o contrato e obter o equivalente (art. 236 do CC) ou requerer a resolução (art. 475 do CC), sempre com perdas e danos.

A impossibilidade parcial, decorrente de causa natural ou jurídica, é uma espécie de cumprimento imperfeito, imputável ou não ao devedor. Servirá de fundamento para o pedido resolutorio se a falta ofender substancialmente o interesse do credor, tenha ou não havido culpa do devedor. A solução está nos arts. 235 e 236 do Código Civil.

A impossibilidade temporária atua de dois modos: nos negócios que não admitem cumprimento em outra data (negócios fixos ou negócios com termo essencial), o incumprimento da prestação na época convencionada equipara-se à impossibilidade definitiva, com extinção *ipso jure*, se inimputável, ou com a resolução, se decorrer de culpa do devedor; nos demais negócios, o obstáculo intercorrente não será motivo de resolução, salvo quando o retardamento destruir o interesse do credor, que então poderá pedir a resolução, haja ou não culpa do devedor, neste último caso sem indenização.

Da demora, que é o retardo no cumprimento da prestação, da desatenção aos princípios da identidade e da integridade da prestação, e do cumprimento sem obediência à forma e fora do lugar devidos, pode resultar incumprimento definitivo, se houver a perda do interesse do credor. Quando imputável ao devedor, teremos a mora, que é o não-pagamento culposos no tempo, lugar e forma devidos.

É pacífico que a simples mora não é causa de resolução, e isso porque a própria lei somente permite ao credor enjeitar a

prestação ofertada após o vencimento e a constituição da mora, se essa prestação se mostrar inútil (CC, art. 395, parágrafo único). A mora que permite a resolução é somente a "mora qualificada".

A demora sempre ocasionará a mora qualificada quando o negócio for a "termo essencial", em que a prestação deve ser cumprida necessariamente em certa data, depois da qual não terá como satisfazer o interesse do credor, como acontece na obrigação de confeccionar o vestido da noiva até o dia da celebração do casamento.

O cumprimento imperfeito compreende as violações contratuais por prestação incompleta ou defeituosa, gerando insatisfação do credor, que pode ser de variada graduação.

A mora compreende a inexistência da prestação, a prestação tardia, a efetuada fora do lugar adequado, ou sem a forma prevista na convenção ou na lei. Além desses casos, porém, e, portanto, além do âmbito do art. 394 do Código Civil, o contrato pode ser lesionado com o cumprimento da prestação de "modo" imperfeito, seja porque desatende ao exigível para as circunstâncias (casos de execução defeituosa da prestação quanto ao modo), seja porque da prestação efetuada pelo devedor resultaram danos ao credor (violação positiva do contrato):

O cumprimento imperfeito pressupõe a existência da prestação, mas efetivada de modo contrário à lei ou ao convencionado. Assim ocorre quando a prestação da obrigação de dar é concretizada sem que a coisa entregue tenha a qualidade ou a quantidade previstas, quando o fornecimento foi por período inferior ao determinado, ou quando o serviço é executado com deficiência, incluindo-se aí os casos de violação a contrato de fornecimento de serviços profissionais de médicos, advogados, engenheiros etc.

O cumprimento imperfeito pode estar ligado à própria prestação principal e, portanto, ofendê-la diretamente, mas também pode decorrer de descumprimento de obrigação acessória, sendo essa violação causadora de ofensa indireta à obrigação principal, gerando, conforme o caso, o seu desfazimento.

Quando as prestações principais e acessórias não forem plenamente satisfeitas, haverá cumprimento imperfeito, a ensejar a resolução se caracterizada a violação substancial do contrato, com perda do interesse do credor, aferível de acordo com os critérios adiante indicados. A prestação imperfeita, mas que significou o adimplemento substancial da obrigação, autoriza pedido de indenização, porém não o de resolução.

Além da desatenção ao modo de cumprimento da prestação, devem ser aqui referidas as infrações contratuais positivas, que também pressupõem o cumprimento da prestação, igualmente de modo imperfeito, mas com imperfeição que não está nela mesma, e sim no fato de causar ofensa ao interesse do credor. No Brasil, o conceito de mora absorve as hipóteses de cumprimento imperfeito por defeito quanto à forma e ao lugar da prestação, razão pela qual não sentimos a mesma dificuldade enfrentada na doutrina alemã, que derivou para a teoria da infração contratual positiva.

Há a questão da quebra antecipada do contrato.

É possível o inadimplemento antes do tempo, se o devedor pratica atos nitidamente contrários ao cumprimento ou faz declarações expressas nesse sentido, acompanhadas de comportamento efetivo contra a prestação, de tal sorte que se possa deduzir conclusivamente, dos dados objetivos existentes, que não haverá o cumprimento. Se essa situação se verificar, o autor pode propor a ação de resolução.

c) *Credor não inadimplente*

Nos contratos bilaterais, a parte somente pode pedir a resolução pelo descumprimento da outra se ela mesma não tiver descumprido antes. É o que está escrito no art. 476 do Código Civil. Credor não inadimplente é a parte que, como credora, não está em *mora creditoris*, e a que, como devedora, já efetuou a sua prestação, sem ter recebido a contraprestação, ou está beneficiada por um prazo ainda não vencido, ou vencido depois do inadimplemento da devedora.

Quando o credor promove ação de cobrança da prestação, o devedor acionado pode arguir a exceção de contrato não cumprido; se a ação proposta for a de resolução, a defesa fundada no descumprimento por parte do autor é uma objeção ao pedido, defesa direta que leva à improcedência da ação por falta de um dos pressupostos da resolução.

8.14 Resolução: espécies e efeitos

A resolução pode ser: (a) extrajudicial, nos casos em que a lei autoriza a extinção do contrato por inadimplemento do devedor independentemente de manifestação judicial, podendo acontecer sem prévia interpelação, quando assim previsto no contrato com cláusula resolutiva expressa (art. 474, 1ª parte, do CC – resolução de pleno direito), ou dependente de interpelação, nas situações reguladas por leis esparsas (Leis n. 6.766/79 e Lei n. 4.591/64; DLs n. 745/69 e n. 58/37); e b) judicial, nos demais casos, quando o autor deverá demonstrar os requisitos acima indicados.

A resolução destrói a relação obrigacional desde a celebração. Tem, pois, efeito *ex tunc*. Atendendo ao que agora dispõe o Código Civil, deve ficar reconhecido que a resolução extingue também o contrato (embora essa conceituação não seja a melhor, nem corresponda à unanimidade da doutrina; porém, feita a classificação legal, é ela que deve ser adotada).

O efeito *ex tunc* significa que a resolução tem efeito retroativo, e com a extinção decretada por essa causa devem as partes ser repostas na situação em que estavam antes de celebrarem o contrato. Significa dizer: as partes devem restituir o que receberam em razão do contrato, tanto o credor, autor da ação, como o devedor inadimplente, apenas que sobre esse ainda pesará a condenação de indenizar as perdas e danos sofridos pela outra parte.

Liberadas ambas as partes em virtude da resolução, surge uma nova relação entre elas – a de liquidação –, a fim de que sejam cumpridos os efeitos da resolução, em especial definidos os termos

em que deve ocorrer a restituição das prestações executadas e a definição dos valores que integrarão a indenização por perdas e danos devida em favor daquele que não descumpriu e sofreu com a inadimplência do outro.

Se a restituição se tornou impossível por algum motivo, tanto não será impedimento para o decreto de resolução, cumprido-se a restituição pelo equivalente³¹.

8.15 Exceção de contrato não cumprido

Nos contratos bilaterais, exatamente porque existem obrigações recíprocas, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro (art. 476 do CC).

A exceção é uma defesa do réu, que encobre a pretensão do autor, e nela o demandado não nega a existência do contrato, da obrigação e da dívida, mas levanta a tese de que o outro ainda não prestou, o que o libera momentaneamente da sua prestação.

Diante da exceção, o juiz que a acolher poderá julgar procedente o pedido do autor e condenar o réu a prestar, desde que o autor cumpra prévia ou simultaneamente a sua obrigação.

A exceção não cabe quando o autor da ação tem o direito, assegurado pela lei ou pelo contrato, de prestar depois. O beneficiado por essa cláusula pode pedir o adimplemento do outro, ainda que não tenha prestado, sem que o réu possa levantar contra ele a exceção. Assim, no contrato de compra e venda, não sendo a

³¹ Indico alguns precedentes do STJ sobre o tema da resolução: REsp 132.903/SP; REsp 109.331/SP; REsp 237.539/SP; REsp 22.283/RJ, voto vencido; REsp 88.712/SP; REsp 19.992/SP; REsp 102.020/SP; REsp 403.037/SP; REsp 72.491/SP; REsp 300.721/SP; REsp 208.492/DF; REsp 54.791/SP; REsp 309.626/RJ; REsp 67.739/PR; REsp 171.951/DF; REsp 94.640/DF; REsp 59.494/SP; REsp 124.146/MG; REsp 123.342/RS; REsp 114.071/DF; REsp 258.220/RJ.

crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço (art. 491); nesse caso, vencido o prazo para o pagamento do preço, o vendedor pode promover ação de cobrança e o réu não pode alegar o não-recebimento da coisa, porquanto somente receberá o bem depois de efetuar o pagamento, nos termos do contratado.

A defesa contida na exceção pode consistir na alegação de incumprimento total da obrigação (*exceptio inadimplenti contractus*), ou apenas parcial (*exceptio non rite inadimplenti contractus*). Caberá ao juiz examinar se o inadimplemento parcial, ou o cumprimento imperfeitó do autor, tem suficiente relevância para justificar a recusa do réu.

A parte que não recebeu a prestação devida em primeiro lugar pode promover ação de adimplemento, cobrando o seu crédito e assim dando execução ao contrato, ou pedir a extinção do contrato mediante a ação de resolução, se houver o incumprimento definitivo, assim como acima explicitado. A defesa do réu, fundada no inadimplemento do autor, pode ser apresentada tanto em uma quanto em outra dessas ações, mas tem diversa natureza. Na ação de adimplemento, a exceção apenas encobre e paralisa momentaneamente a pretensão do autor; na ação de resolução, que tem por requisito não seja o autor inadimplente, o acolhimento da exceção implica a improcedência do pedido do autor.

Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la (art. 477). A regra permite que o obrigado a prestar em primeiro lugar deixe de cumprir, se houver fundado receio de que não receberá a contraprestação a que tem direito. A lei menciona a diminuição do patrimônio da outra parte como indício para a recusa do devedor, o que deverá ser avaliado caso a caso, mas, além disso, podem ser arrolados quaisquer fatos que tornem impossível ou

dificultem a prestação, sejam ou não oriundos de comportamento imputável à parte.

8.16 Resolução por onerosidade excessiva

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, retroagindo os efeitos da sentença à data da citação (art. 478).

A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato (art. 479). A lei, nesse ponto, disse menos do que cabia, pois muito bem pode o juiz, sem extinguir o contrato, decidir pela modificação das cláusulas, reequilibrando as prestações.

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 (art. 480). A norma se aplica tanto para os contratos bilaterais em que uma das partes já cumpriu integralmente com a sua prestação (ex.: vendedor que entregou o bem), ficando diferido para o futuro o pagamento parcelado do preço, como também para os contratos unilaterais, em que somente uma das partes tem obrigações (ex.: contrato de mútuo, em que apenas o mutuário tem obrigação de pagar juros e restituir o valor recebido a título de empréstimo). A alternativa aqui oferecida ao juiz, de não extinguir, mas apenas modificar o contrato, reforça a idéia de que também no caso do art. 479 a mesma solução pode ser adotada, independentemente de oferecimento do réu da ação de resolução.

A onerosidade excessiva pode ser o fundamento para ação iniciada pelo devedor que queira extinguir o contrato (resolução) ou simplesmente modificá-lo (ação de revisão). Mas também pode ser o fundamento para a defesa do devedor, réu em ação de adim-

plimento ou cobrança, no qual venha o demandado a alegar que a inexecução decorre da onerosidade excessiva.

O Código Civil de 1916 ressentia-se da falta de regra sobre os efeitos das circunstâncias supervenientes, capazes de abalar o equilíbrio contratual. O Código de Defesa do Consumidor previu, no seu art. 6º, V, como direito básico do consumidor, a revisão das cláusulas contratuais que se tornem excessivamente onerosas em razão de fatos supervenientes. Nos termos do CDC (que deu ao caso regulação melhor do que o CC), a onerosidade excessiva é apurada mediante a consideração de dado estritamente objetivo: dificuldade extrema e desproporcionada para o cumprimento do contrato.

O novo Código Civil veio agora autorizar não apenas a extinção do contrato, como também a sua modificação, em razão dos fatos surgidos depois da celebração do contrato.

Ao dispor sobre a matéria, enumerou os requisitos de fato que devem estar presentes: contrato de execução continuada ou diferida, onerosidade excessiva para a prestação do devedor, vantagem extrema da outra parte, acontecimentos extraordinários ou imprevisíveis.

Os contratos podem ter execução instantânea, como acontece na compra e venda realizada no balcão, ou prolongar-se para o tempo futuro, em razão da própria natureza da relação (p. ex., contrato de locação, em que o bem deve permanecer à disposição do locatário; fornecimento periódico de bens ou serviços, como nos contratos de fornecimento de gás, alimentos, assistência técnica etc.), ou diferido para o futuro por convenção das partes (compra e venda a prazo, por exemplo).

Se o desequilíbrio entre as prestações está na própria convenção, o caso é de lesão (art.157); se a dificuldade decorre de fatos posteriores, a hipótese é de resolução ou modificação do contrato por onerosidade excessiva.

O conceito de onerosidade excessiva está vinculado à idéia da quebra da base objetiva do contrato.

Por base do negócio, a esses efeitos, se há de entender as representações dos interessados, ao tempo da conclusão do contrato, sobre a existência de certas circunstâncias básicas para sua decisão, no caso de que essas representações não hajam sido conhecidas meramente, senão constituídas, por ambas as partes, em base do contrato, como, p. ex., a igualdade de valor, em princípio, de prestação e contraprestação nos contratos bilaterais (equivalência), a permanência aproximada do preço convenicionado, a possibilidade de repor a provisão das mercadorias e outras circunstâncias semelhantes. A fundamentação, que se apóia no defeito da base do negócio, faz possível satisfazer a necessidade de um direito de resolução não só nos casos em que as bases econômicas do negócio desaparecem, em virtude de uma alteração posterior das circunstâncias, senão também naqueles em que, de antemão, essas bases não existem³².

Larenz distingue a base do negócio em subjetiva e objetiva. "Subjetiva" seria a representação mental de ambos os contratantes, determinando de modo decisivo a vontade na conclusão do negócio; não bastam a representação e a vontade de uma, ainda que do conhecimento da outra parte. A base objetiva do negócio é "o conjunto de circunstâncias e o estado geral das coisas, cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato, segundo o significado das intenções de ambos os contratantes, possa subsistir como regulação dotada de sentido"³³. Essa base objetiva desaparece quando há destruição da relação de equivalência ou frustração da finalidade do contrato.

A parte prejudicada pode pedir a modificação ou a resolução da relação.

³² ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1954, v. 1, t. 2, p. 209.

³³ LARENZ. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, p. 224.

Assim, as modificações supervenientes que atingem o contrato, sem que possam ser qualificadas como integrantes do seu risco natural ou determinantes de sua extinção *ipso jure* (p. ex., destruição da coisa, sem culpa), podem ensejar pedido judicial de revisão do negócio jurídico, se ainda possível manter o vínculo com modificações nas prestações (arts. 317 e 479 do CC), ou ação de resolução, nos termos dos arts. 317 e 478, a ser apreciado tendo em conta as cláusulas gerais sobre o enriquecimento injusto (art. 884), a boa-fé (art. 422) e o fim social do contrato (art. 421), se houver modificação da base do negócio que signifique quebra insuportável da equivalência ou a frustração definitiva da finalidade contratual objetiva.

Além da extraordinariedade dos acontecimentos imprevisíveis e do ônus excessivo para uma das partes, figura o requisito da extrema vantagem para a outra, o que limita o âmbito de abrangência da cláusula. Os fatos modificativos extraordinários incidem, quase sempre, de modo igual sobre as duas partes, tornando inviável a prestação, sem que disso decorra vantagem à outra; assim a guerra, as revoluções, os planos de intervencionismo econômico etc. Portanto, o último requisito é absolutamente inadequado para a caracterização da onerosidade, que existe sempre que o efeito do fato novo pesar demais sobre um, pouco importando que disso decorra ou não vantagem ao outro.

Já para os casos de revisão a regra é outra e melhor, fundada apenas no dado objetivo da equivalência da prestação ("Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.").

Há aparente conflito entre o que está no art. 317 (revisão) e no art. 478 (resolução) do Código Civil. Muito embora o art. 317, considerando a sua localização, possa permitir, a um primeiro exame, a idéia de que sua finalidade foi apenas a de proteger o credor da prestação que se desvalorizou — e para isso não impôs outra condi-

ção que não a simples desproporção do valor real da prestação entre o momento da celebração e o da execução —, na verdade a regra se aplica para os dois lados: a desproporção manifesta pode ser tanto pela desvalorização do bem a ser prestado (desvalorização da moeda pela inflação, por exemplo), como pela superveniente valorização excessiva da prestação, quebrando a proporcionalidade entre a que fora convencionada e a que agora deve ser cumprida, em prejuízo do devedor. No primeiro caso, a onerosidade excessiva seria sofrida pelo credor, se obrigado a manter o contrato assim como previsto, apesar de reduzido o valor da prestação a receber; no segundo, o sacrifício exagerado seria imposto ao devedor, forçado a pagar mais, pela escassez do bem ou elevação do custo da sua prestação.

Em resumo, o fato superveniente determinante da desproporção manifesta da prestação é causa também de resolução da relação quando for insuportável para a parte prejudicada pela modificação das circunstâncias, seja o credor ou o devedor.

A resolução por onerosidade excessiva tem a característica de poder ser utilizada por ambas as partes, seja pelo devedor, seja pelo credor, quando atingidos por circunstâncias supervenientes que tornam excessiva a onerosidade da continuação do laço contratual, dificultando a prestação pelo devedor ou evidenciando que o cumprimento da relação obrigacional, assim como previsto, é excessivamente oneroso ao credor em razão da perda que sofre pela falta de equivalência entre a prestação e a contraprestação.

A ação de resolução por incumprimento parte do pressuposto de que o credor já perdeu o interesse pelo adimplemento, enquanto na onerosidade excessiva esse interesse ainda pode existir, tanto que permitida a simples modificação do contrato. Também a circunstância de fato que fundamenta o pedido de extinção é, na onerosidade excessiva, estranha às partes, enquanto no incumprimento decorre de fato atribuível ao devedor.

Os casos mais abrangentes de onerosidade excessiva motivam, muitas vezes, a atividade do legislador, levando-o a editar leis que

dispõem sobre a alteração ou a resolução dos contratos, em vista de modificações sobrevindas, de ampla atuação no meio social. Exemplos disso são as diversas leis sobre planos econômicos implantados no Brasil, que atingiram, a partir de sua vigência, os contratos já celebrados (Lei n. 7.730/89 – Plano Verão; Lei n. 8.024/90 – Plano Collor; Lei n. 9.069/95 – Plano Real).

A imprevisibilidade deve acompanhar a idéia da probabilidade: é provável o acontecimento futuro que, presentes as circunstâncias conhecidas, ocorrerá, certamente, conforme o juízo derivado da experiência. Não basta que os fatos sejam possíveis (a guerra, a crise econômica sempre são possíveis), nem mesmo certos (a morte). É preciso que haja notável probabilidade de que um fato, com seus elementos, atuará evidentemente sobre o contrato, devendo o conhecimento das partes incidir sobre os elementos essenciais desse fato e da sua força de atuação sobre o contrato. Para esse juízo, devem ser consideradas as condições pessoais dos contratantes, seus conhecimentos e aptidões (previsibilidade em concreto). A probabilidade, para ter relevância jurídica, deve ter um certo grau (notável probabilidade), porque o conhecimento deve abranger os elementos essenciais do fato futuro causador da onerosidade e a força dos seus efeitos sobre o contrato. Assim, a desvalorização da moeda é um fato provável num regime de câmbio flexível, mas poderá haver imprevisibilidade do seu grau, a ser determinado pela própria evolução do processo de desvalorização. Se a uma situação de inflação contínua, mas controlada em certo nível, um dado futuro se acrescentar ao processo, este poderá determinar substancial modificação, gerando situação imprevisível. Assim a taxa de câmbio, que pode ser variável, embora a maxidesvalorização da moeda nacional possa ser um fato imprevisível. Se o contratante, atendendo ao cuidado que dele se poderia exigir, não teve condição de pensar o fato e seus elementos essenciais (a inflação e o grau da inflação; a crise política e a sua duração; a crise política e os seus efeitos sobre o contrato; a alteração das regras de câmbio etc.), o fato é imprevisível. Foi o que aconteceu com a maxidesva-

lurização da moeda em janeiro de 1999, com reflexos imediatos sobre os contratos de *leasing* com cláusula de reajustamento cambial. O STJ decidiu que o fato novo determinava o desequilíbrio do contrato, com onerosidade excessiva para o devedor e, por essa razão, determinou que o gravame fosse suportado por ambas as partes, por metade (REsp 268.661/RJ, 3ª T., rel. Min. Ari Pargendler).

A onerosidade pode atingir o devedor ou o credor, a prestação ou a contraprestação. Pode ser excessivamente oneroso para o credor ter de suportar uma prestação que se tornou irrisória, em relação à sua própria obrigação, assim como ter de eventualmente cumprir com uma contraprestação extremamente dificultada ou supervalorizada; de igual modo, para o devedor em via de receber do credor uma contraprestação já insignificante. Quando a modificação das circunstâncias supervenientes reduzir de tal forma o valor da prestação, o desgaste não está em prestá-la, mas sim em recebê-la, com a quebra da equivalência entre as prestações respectivas, pelo ônus resultante do recebimento de uma prestação ou de uma contraprestação já insignificante ou inútil.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**: resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004.
- ASSIS, Araken de. **Do distrato no novo Código Civil**. Revista do CEJ, n. 24, p. 58-61.
- BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- CARVALHO DE MENDONÇA, M. I. **Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. t. 1.
- CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil brasileiro interpretado**: principalmente do ponto de vista prático. 8. ed. Rio

de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. v. 2; 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. 15.

DÍEZ-PICAZO, Luis. Prólogo. In: WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fé**. Madrid: Civitas, 1982.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1954. v. 1, t. 2.

ESPERT SANZ, Vicente. **La frustración del fin del contrato**. Madrid: Tecnos, 1968.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, t. 4.

LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

458

MEDICUS, Dieter. **Tratado de las relaciones obligacionales**. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Contratos**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, [199-?].

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 25.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. Milano: Giuffrè, 2001.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). **Código Civil interpretado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. **Droit civil: les obligations**. 6. ed. Paris: Dalloz, 1996.