

APOSTILA DE DIREITO CIVIL – PARTE III

Esta apostila foi preparada pelo site [CONCURSONET](http://concursonet.cjb.net)
<http://concursonet.cjb.net>

Visite-nos e acompanhe periodicamente nossas atualizações em Aulas, Apostilas, Simulados e Provas Anteriores para concursos públicos

DOS CONTRATOS E DAS DECLARAÇÕES UNILATERAIS DA VONTADE

LIVRO I

A IDÉIA DE CONTRATO

CAPÍTULO I

CONCEITO DE CONTRATO

NOÇÃO DE CONTRATO

Dentro da teoria dos negócios jurídicos, é tradicional a distinção entre os atos unilaterais e os bilaterais. Aqueles se aperfeiçoam pela manifestação da vontade de uma das partes, enquanto estes dependem da coincidência de dois ou mais consentimentos. Os negócios bilaterais, isto é, os que decorrem de acordo de mais de uma vontade, são os contratos. Portanto, o contrato representa uma espécie do gênero negócio jurídico. E a diferença específica, entre ambos, consiste na circunstância de o aperfeiçoamento do contrato depender da conjunção da vontade de duas ou mais partes.

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

Em face de tal conceito, o âmbito do contrato não se circunscreve apenas ao direito das obrigações, estendendo-se aos outros ramos do direito privado e mesmo ao direito público. Todavia uma parte considerável da doutrina procura limitar o conceito de contrato, em sentido estrito, aos ajustes que constituam, regulam ou extinguam relações patrimoniais.

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

O contrato exerce uma função e apresenta um conteúdo constante: o de ser o centro da vida dos negócios. É o instrumento prático que realiza o mister de harmonizar interesses não coincidentes. Defluindo da vontade das partes, ele só se aperfeiçoa quando, através da transigência de cada um, alcançam os contratantes um acordo satisfatório a ambos.

O contrato vai ser o instrumento imprescindível e o elemento indispensável à circulação dos bens. E não há exagero em se dizer que o direito contratual foi um dos instrumentos mais eficazes da expansão capitalista em sua primeira etapa.

FUNDAMENTO DA OBRIGATORIEDADE DOS CONTRATOS

Uma vez ultimado, o contrato liga as partes concordantes, estabelecendo um vínculo obrigacional entre elas, algumas legislações vão a ponto de afirmar que as convenções legalmente firmadas transformam-se em lei entre as partes.

O homem deve manter-se fiel às suas promessas, em virtude da lei natural que compele a dizer a verdade. Pode calar-se ou falar. Mas, se fala, e falando promete, a lei o constringe a cumprir tal promessa. A seu ver só esse sistema consegue explicar de maneira satisfatória a gênese contratual.

Com efeito é a lei que torna obrigatório o cumprimento do contrato. E o faz compelir aquele que livremente se vinculou a manter sua promessa, procurando, desse modo, assegurar as relações assim estabelecidas.

O contrato se aperfeiçoa pela coincidência de duas ou mais manifestações unilaterais da vontade. Se estas se externarem livre e conscientemente, se foram obedecidas as prescrições legais a lei as faz obrigatórias, impondo a reparação das perdas e danos para a hipóteses de inadimplemento.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS E PRESSUPOSTOS DA VALIDADE DO CONTRATO

São elementos constitutivos do ato jurídico:

- a) a vontade manifestada através da declaração;
- b) a idoneidade do objeto;
- c) a forma, quando se substância do ato.

Verificamos, também, constituírem seus pressupostos de validade:

- a) a capacidade das partes e sua legitimação para o negócio;
- b) a liceidade do objeto;
- c) a obediência à forma, quando prescrita em lei.

O fator novo, elementar ao conceito, é a coincidência de vontades, ou seja, o acordo entre dois ou mais participantes da convenção.

PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL

Três princípios básicos constituíram o alicerce da teoria contratual:

I. O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, desde que se submetam às regras impostas pela lei e que seus fins coincidam com o interesse geral, ou não o contradigam. Desse modo, qualquer pessoa capaz pode, através da manifestação de sua vontade, tendo objeto lícito, criar relações a que a lei empresta validade.

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

De acordo com o princípio da autonomia da vontade, ninguém é obrigado a se ligar contratualmente, só o fazendo se assim lhe aprouver. E ainda: qualquer pessoa capaz pode recorrer a qualquer procedimento lícito para alcançar um efeito jurídico almejado.

Todavia, essa liberdade concedida ao indivíduo, de contratar o que entender, encontrou sempre limitação na idéia de ordem pública, pois, cada vez que o interesse individual colide com o da sociedade, é o desta última que deve prevalecer.

A idéia de ordem pública é constituída por aquele conjunto de interesses jurídicos e morais que incumbe à sociedade preservar. Por conseguinte, os princípios de ordem pública não podem ser alterados por convenção entre os particulares.

As normas legais se classificam em princípios cogentes ou de ordem pública e princípios dispositivos. Enquanto aqueles, por interessarem diretamente à estrutura da sociedade, ou à política jurídica estabelecida pelo legislador, não podem ser alterados pelo ajuste entre as partes. Estes outros só vigoram no silêncio dos interessados, podendo, por conseguinte, ser superados pela vontade em contrário dos contratantes.

O princípio da autonomia da vontade esbarra sempre na limitação criada por lei de ordem pública. Esbarra, igualmente, na noção de bons costumes, ou seja, naquelas regras morais não reduzidas a escrito, mas aceitas pelo grupo social e constituem o substrato ideológico inspirados do sistema jurídico.

A noção de ordem pública e o respeito aos bons costumes constituem, por conseguinte, barreiras limitadoras da liberdade individual em matéria de contrato.

II. O segundo princípio – o da RELATIVIDADE DAS CONVENÇÕES - contém a idéia de que os efeitos do contrato só se manifestam entre as partes, não aproveitando nem prejudicando terceiros. Como o vínculo contratual emana da vontade das partes, é natural que terceiros não possam ficar atados a uma relação jurídica que lhes não foi imposta pela lei, nem derivou de seu querer.

Por conseguinte, tal princípio representa um elemento de segurança, a garantir que ninguém ficará preso a uma convenção, a menos que a lei o determine, ou a própria pessoa o delibere.

III. O PRINCÍPIO DA FORÇA VINCULANTE DAS CONVENÇÕES consagra a idéia de que o contrato, uma vez obedecidos os requisitos legais, se torna obrigatório entre as partes, que dele não se podem desligar senão por outra avença, em tal sentido. Isto é, o contrato vai consistir uma espécie de lei privada entre as partes, adquirindo força vinculante igual à do preceito legislativo, pois vem munido de uma sanção que decorre da norma legal, representada pela possibilidade de execução patrimonial do devedor. *Pacta sunt servanda!*

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

EVOLUÇÃO DO DIREITO CONTRATUAL

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

Segundo esta concepção não é mister que a prestação se torne impossível para que o devedor se libere do liame contratual. Basta que, através de fatos extraordinários e imprevisíveis, ela se torne excessivamente onerosa para uma das partes. Isso ocorrendo, pode o prejudicado pedir a rescisão do negócio.

No Brasil não se encontra texto expresso abraçando genericamente a teoria da imprevisão. Mas é inegável que ela inspirou o legislador na elaboração de alguns preceitos esparsos.

CAPÍTULO II

CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

A classificação é um processo lógico, por meio do qual, estabelecido um ângulo de observação, o analista encara um fenômeno determinado, agrupando suas várias espécies conforme se aproximem ou se afastem uma das outras. Sua finalidade é acentuar as semelhanças e dessemelhanças entre as múltiplas espécies, de maneira a facilitar a inteligência do problema em estudo.

Para que a classificação seja adequada, faz-se mister a presença de duas condições, a saber: a) que não deixe resíduos, isto é, que, uma vez determinada, todas as espécies caibam numa das categorias estabelecidas; b) que as espécies classificadas numa rubrica mais se afastem, do que se aproximem, das espécies classificadas em outra.

Se encararmos os contratos tendo em consideração a sua natureza, podemos classificá-los em: a) unilaterais e bilaterais; b) onerosos e gratuitos; c) cumulativos e aleatórios; d) causais e abstratos.

Se tivermos em vista a maneira como se aperfeiçoam, podemos distinguir os contratos em consensuais e reais, e solenes e não solenes.

Se nos ativermos à tradicional divisão, tendo em vista o fato de a lei lhes atribuir, ou não, um nome e lhes sistematizar as regras, podemos separar os contratos em nominados e inominados.

Considerados uns em relação aos outros, os contratos se classificam em principais e acessórios.

Tendo em vista o tempo em que devem ser executadas, separam-se em contratos de execução instantânea e contratos de execução diferida no futuro.

Quando ao seu objeto, pode-se ainda distinguir o contrato definitivo do contrato preliminar.

Finalmente quando se tem em vista a maneira como são formados, cumpre separar os contratos paritários dos contratos de adesão.

CONTRATOS UNILATERAIS E BILATERAIS

A terminologia ora empregada poderá provocar alguma perplexidade, pois, conforme já foi visto, o contrato é, por definição mesmo, um ato bilateral.

Ao classificarmos os atos jurídicos distinguimos os negócios unilaterais e bilaterais. Os primeiros se aperfeiçoam pela manifestação da vontade de uma das partes, como ocorre com o testamento, enquanto os segundos dependem da conjugação da vontade de duas ou mais pessoas, para se completarem, como se dá na hipótese dos contratos. Portanto, aqui se tem em vista o momento da formação do ato jurídico.

Quando se fala entretanto, em contratos bilaterais ou unilaterais, considera-se o fato de o acordo de vontade entre as partes criar, ou não, obrigações recíprocas entre elas. Se a convenção faz surgir obrigações recíprocas entre os contratantes, diz-se bilateral o contrato. Se produz apenas obrigações de um dos contratantes para com o outro, chama-se unilateral.

Assim, a compra e venda é um contrato bilateral. Enquanto o depósito é um contrato unilateral.

O que é relevante considerar, no contrato bilateral, é que a prestação de cada uma das partes tem por razão de ser, e nexa lógico, a prestação do outro contratante. Melhor se diria que a obrigação de um contratante tem como causa a prestação do outro contratante. Cada uma das partes é a um tempo credora e devedora da outra, e a reciprocidade acima apontada constitui a própria característica desta espécie de negócio.

O contrato unilateral, ou o contrato com prestação a cargo de uma só das partes, embora envolva duas partes e duas declarações de vontade, coloca apenas um dos contratantes na posição de devedor; são unilaterais, entre outros, o mandato, o comodato, o mútuo e o depósito, pois uma vez aperfeiçoados, tais contratos só envolvem obrigações para o mandatário, o comodatário, o mutuário e o depositário.

A distinção entre estas duas espécies de contrato é de enorme relevância, porque variam os efeitos do ato conforme o ajuste seja bilateral ou unilateral. Assim, a *expectio non adimpleti contractus*, ou seja, a “exceção do contrato não cumprido”, é peculiar às convenções sinalagmáticas; também, a cláusula resolutiva tácita é inerente ao contrato bilateral e estranha ao unilateral, pois, como aquele, as prestações são recíprocas; o inadimplemento por parte de um contraente confere ao outro a prerrogativa de promover a resolução do negócio; finalmente, conforme seja unilateral ou bilateral o contrato, variará por sua vez a solução da lei quanto aos riscos advindos da força maior ou caso fortuito.

CONTRATOS ONEROSOS E GRATUITOS

Diz-se a título oneroso o contrato quando uma das partes sofre um sacrifício patrimonial, ao qual corresponde uma vantagem que pleiteia; assim, por exemplo, na troca, um dos permutantes oferece uma coisa, para obter outra; na locação o inquilino paga o preço, para obter o uso pacífico da coisa; no segundo o segurado paga o prêmio, para se garantir contra os riscos futuros, etc. no contrato oneroso, o sacrifício feito e a vantagem almejada estão em relação de equivalência, equivalência esta de caráter subjetivo.

Diz-se a título gratuito, o contrato, quando somente uma das partes sofre um sacrifício patrimonial, enquanto a outra apenas obtém um benefício. O exemplo típico do contrato gratuito é a doação sem encargo. Através desse ajuste uma pessoa transfere bens ou vantagens de seu patrimônio a outra, que os aceita (CC, art. 1165). Ele envolve sempre uma liberalidade.

A presente classificação oferece, igualmente, enorme interesse, porque, em numerosos casos, a proteção outorgada ao contratante que recebe a título gratuito é menos importante que a conferida a quem obtém a título oneroso. Pois aqui incide a regra, segundo a qual, havendo de escolher entre o interesse de quem procura assegurar um lucro (*qui certat de lucro captando*), e o de quem busca evitar um prejuízo (*qui certat de damno vitando*), é o interesse desse último que o legislador prefere. Assim, por exemplo:

- a) a responsabilidade pelo ilícito, nos contratos gratuitos, deve ser apreciada com maior indulgência, só a determinando, em regra, se se caracterizar o dolo do autor da liberalidade. Aqui o beneficiário só procura assegurar um lucro.
- b) O doador não está sujeito à evicção (CC, art. 1179), que por disposição expressa da lei só se aplica aos contratos onerosos (CC, art. 1107); nem está sujeito às ações decorrentes da existência de vícios redibitórios – amenos que se trate de doação gravada de encargo -, pois

a responsabilidade por tais vícios só pode decorrer de contrato comutativo que, como veremos, é espécie de contrato oneroso.

- c) Diferente é a posição do legislador, em matéria de fraude pauliana, conforme a alienação de bens efetuada pelo devedor insolvente, tenha se procedido a título gratuito ou oneroso. Na hipótese da alienação à título gratuito, a lei presume, de maneira irrefragável, o *consilium fraudis* e possibilita a revogação do ato, independentemente de maiores provas (CC, art. 106); enquanto, se a alienação se operar a título oneroso, a lei presume a boa-fé do adquirente e prestigia o negócio jurídico e prestigia o negócio jurídico, a menos que se prove o *consilium fraudis*, isto é, que o adquirente conhecia a insolvência do alienante, ou que tal insolvência era notória. No primeiro caso, a lei nega proteção ao adquirente à título gratuito, que apenas procura assegurar um ganho (*qui certat de lucro captando*), enquanto no segundo ela tenta proteger o adquirente de boa-fé, que almeja evitar um prejuízo (*qui certat de damno vitando*).

CONTRATOS COMUTATIVOS E ALEATÓRIOS

Comutativo é o contrato bilateral e oneroso, no qual a estimativa da prestação a ser recebida por qualquer das partes pode ser efetuada no ato mesmo em que o contrato se aperfeiçoa. Assim, por exemplo, a locação de coisa. O locador pode, desde logo, verificar a importância que deve receber, enquanto o locatário, por sua vez, conhece o objeto cujo uso pacífico lhe será assegurado.

Aleatório é aquele contrato bilateral e oneroso em que pelo menos uma das partes não pode antecipar o montante da prestação que receberá, em troca da que fornece. Compra-se um risco, como no exemplo do seguro, em que o segurado, em troca do prêmio, pode vir a receber a indenização, se advier o sinistro, ou nada receber, se o mesmo incorrer.

Na idéia de comutatividade se insere, de um certo modo, a de equivalência das prestações. Porque é normal que, nas convenções de intuito lucrativo, cada parte só consista num sacrifício, se aquilo que obtém em troca lhe for equivalente.

Todavia, o que em rigor caracteriza o contrato comutativo não é a equivalência das prestações, mas o fato de a respectiva vantagem ou sacrifício de qualquer das partes pode ser avaliado no próprio ato em que o contrato se aperfeiçoa.

O CC ao cuidar da evicção, restringe-a ao campo dos contratos comutativos; e nos arts. 1118 a 1121 cria um regime especial para os contratos aleatórios.

Ademais, só os contratos comutativos estão sujeitos à rescisão por lesão (nos regimes que a admitem), estando, por conseguinte, fora de sua alçada, os contratos aleatórios.

CONTRATOS CASUAIS E ABSTRATOS

Em geral as obrigações estão filiadas às causas que as geraram e o devedor, quando acionado, pode ilidir o pedido, se provar a inexistência da causa do contrato, ou se demonstrar que ele se inspira em causa ilícita ou imoral. Em princípio, o credor deve provar a existência do contrato, seu conteúdo, bem como a obrigação do réu, a fim de conseguir sua condenação no pedido. De modo que através desse procedimento demonstra ele uma relação de causa e efeito entre sua pretensão e a obrigação se seu contendor. Porque em regra, os contratos são casuais.

Portanto, contrato abstrato é aquele que tira sua força da própria forma externada, independentemente da causa que o gerou. O exemplo típico do contrato formal e abstrato era a *stipulatio*, do Direito Romano, onde a mera circunstância de alguém proferir as palavras solenes da fórmula o vinculava de maneira absoluta.

Entre nós poderíamos lembrar, para caracterizar um negócio abstrato, a cambial. A emissão da nota promissória, ou o aceite da cambial, em tese, vincula o responsável, independente de qualquer discussão sobre a causa geradora da obrigação.

CONTRATOS CONSENSUAIS E REAIS

Consensuais são aqueles que se ultimam pelo mero consentimento das partes, sem necessidade de qualquer outro complemento; assim, por exemplo, a compra e venda de bens móveis, ou o contrato de transporte.

Reais são aqueles ajustes que dependem, para seu aperfeiçoamento, da entrega da coisa, feita por um contratante ao outro. São contratos reais o comodato, o mútuo, o depósito, o penhor, a anticrese e as arras.

CONTRATOS SOLENES E NÃO SOLENES

Solenes são os contratos que dependem de forma prescrita em lei; não solenes, os de forma livre.

Em regra, a forma dos atos jurídicos é livre. Todavia, para alguns atos a lei impõe determinada forma, não dando validade ao negócio a menos que ele se ultime por meio de tal solenidade.

CONTRATOS NOMINADOS E INOMINADOS

Contratos nominados ou típicos são aqueles a que a lei dá denominação própria e submete a regras que pormenoriza. O CC cuida de dezesseis contratos típicos, a saber: compra e venda, troca, doação, locação, empréstimo, mandato, gestão de negócios, edição, representação dramática, sociedade, parceria rural, constituição de renda, seguro, jogo e aposta e fiança.

Inominados ou atípicos são os contratos que a lei não disciplina expressamente, mas que soa permitidos, se lícitos, em virtude do princípio da autonomia privada. Surgem na vida cotidiana, impostos pela necessidade do comércio jurídico.

CONTRATOS PRINCIPAIS E ACESSÓRIOS

Contrato principal é aquele cuja existência independe da existência de qualquer outro.

Contrato acessório é aquele que existe em função do principal e surge para lhe garantir a execução.

Aqui se aplica o preceito geral que determina seguir o acessório o principal. Dessa maneira, o contrato acessório depende da sina do principal. Exemplos típicos do contrato acessório são a fiança e as arras.

Se o contrato principal é nulo, ineficaz, igualmente será o acessório. Todavia a recíproca não é verdadeira.

CONTRATOS DE EXECUÇÃO INSTANTÂNEA E DE EXECUÇÃO DIFERIDA NO FUTURO.

Considerando-se o tempo em que devem ser executados, distingue-se os contratos de execução instantânea dos contratos de execução diferida no futuro (contratos sucessivos).

Os primeiros são os que se cumprem pela execução efetuada por ambas as partes num só momento, como ocorre com a compra e venda a vista, com a permuta etc.

Os segundos são aqueles em que uma das partes (ou ambas) deve cumprir sua obrigação em tempo futuro.

Estes contratos podem se apresentar sob duas modalidades: a) é possível que as prestações devidas por uma ou ambas as partes, por sua própria natureza ou em virtude da natureza do contrato, só possam ser oferecidas futura e periodicamente, como, por exemplo, no contrato de locação de serviços; aí a obrigação do empregado e do patrão é contínua, e seu cumprimento se alonga no tempo; o mesmo ocorre no contrato de locação de imóveis, de fornecimento de matérias primas, etc., ou então, b) o fornecimento da prestação de um dos contratantes pode se fazer, por convenção entre as partes, através de pagamentos parcelados, como nas vendas a prazo; nelas o comprador recebe desde logo o objeto comprado, para pagá-lo em um determinado número de prestações futuras.

Tal distinção entre contratos de execução instantânea e contratos de execução diferida no futuro decorrem importantes conseqüências na ordem prática, dentre as quais vale a pena ressaltar as seguintes:

- a) nos sistemas que admitem a revisão dos contratos pelo juiz, por acolherem a teoria da imprevisão, está só incide sobre os contratos de execução diferida no futuro, e não sobre os de execução instantânea. Aliás, já a velha cláusula *rebus sic stantibus* formulava a questão dentro desses termos: "*Contractus qui habent tractu sucessivum et dependentia de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*".

- b) Somente nos contratos instantâneos podem as partes exigir o cumprimento simultâneo das prestações; portanto, não se faculta ao contratante que deva produzir em primeiro lugar sua prestação, em contrato de execução diferida no futuro, defender-se pela *exceptio non adimpleti contractus*, recusando-se a cumprir sua obrigação, sob a alegação de que a outra parte não cumpriu a dela.

CONTRATOS PRELIMINARES E DEFINITIVOS

Tendo em vista seu objeto, podemos distinguir os contratos em definitivos e preliminares.

C contrato definitivo tem por objeto, como é óbvio, criar vários tipos de obrigações para os contraentes. Assim, a compra e a venda impõe ao vendedor o mister de entregar a coisa e, ao comprador, o de entregar o preço; o contrato de locação de imóvel obriga o locador a garantir ao locatário o uso pacífico da coisa, e este a pagar um aluguel ao senhorio, etc. portanto, cada qual destes ajustes tem um objeto peculiar e as partes que a eles recorrem visam obter esse fim típico em questão.

Entretanto o contrato preliminar (*pacto de contrahendo*) é uma espécie de convenção, cujo objeto é sempre o mesmo, ou seja, a realização de um contrato definitivo. Com efeito, o contrato preliminar tem sempre por objeto a efetivação de um contrato definitivo.

O contrato preliminar mostra-se portador de uma característica constante, isto é, a de ter por escopo, sempre, a realização de um contrato definitivo.

O motivo de sua enorme difusão na vida moderna se encontra na considerável utilidade prática que oferece, pois não raro, convém às partes, a quem interessa um contrato, adiar sua efetivação, sem risco de perdê-lo. Ora, lançando mão do contrato preliminar, asseguram os contratantes a possibilidade de ultimar oportunamente o negócio almejado, pois o ordenamento jurídico prestigia a convenção provisória, impondo o cumprimento da obrigação assumida. E, naturalmente, sanciona o inadimplemento desse ajuste.

A capacidade das partes para o contrato preliminar é a mesma que a requerida para o contrato definitivo; a exigência da liceidade do objeto é idêntica, em quaisquer ajustes.

Todavia a questão ganha complexidade quanto ao requisito forma, pois, enquanto muitos entendem que o contrato preliminar só vale quando efetuado na forma imposta para o definitivo, outros repelem tal entendimento, fundados em que tal exigência tiraria muito da utilidade do *pacto de contrahendo*. Aliás, nesta última hipótese, talvez se estivesse negando a própria existência do contrato preliminar.

Art. 639. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

Art. 641. Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração na emitida.

CONTRATOS PARITÁRIOS E DE ADESÃO

Contrato de adesão é aquele em que todas as cláusulas são previamente estipuladas por uma das partes, de modo que a outra, no geral mais fraca e na necessidade de contratar, não tem poderes para debater as condições, nem introduzir modificações, no esquema proposto. Este último contraente aceita tudo ou recusa tudo por inteiro.

A idéia de contrato de adesão surge em oposição à de contrato paritário. No conceito clássico de contrato admite-se uma fase em que se procede ao debate das cláusulas das avenças e na qual as partes, colocadas em pé de igualdade, discutem os termos do negócio. É a chamada fase de pontuação, onde as divergências são eliminadas através da transigência dos contraentes. A esse tipo de negócio dá-se o nome de contrato paritário, pois supõe-se a igualdade entre os interessados. No contrato de adesão a fase inicial de debates e transigência fica eliminada, pois a das partes impõe à outra, como um todo, o instrumento inteiro do negócio, que esta, em geral, não pode recusar.

Vamos encontrar, nessa espécie de contrato, uma restrição ainda mais extensa, ao princípio clássico da autonomia da vontade. Uma das partes não pode interferir nas condições do contrato, que deve

aceitar ou rejeitar em bloco. E não pode, tampouco, recusar o contrato, sob pena de ficar privada de serviços fundamentais para a vida moderna.

Para que o contrato de adesão se caracteriza como tal, mister se faz a presença de várias circunstâncias, a saber:

- a) O negócio deve ser daqueles que envolvem necessidade de contratar por parte de todos, ou de um número considerável de pessoas. O exemplo do concessionário de eletricidade é característico.
- b) O contratante mais forte deve desfrutar de um monopólio de direito ou de fato, ou seja, é mister que a procura exceda em tal proporção a oferta, que uns precisem comprar e os outros possam se recusar a vender.
- c) É mister que os interesses em jogo o permitam. Isso ocorre quando há multiplicidade de situações uniformes, de maneira que a oferta é dirigida a uma coletividade.

Tentou-se minorar os efeitos porventura funestos do contrato de adesão. Regras de hermenêutica, aplicadas sensatamente, alcançaram, por vezes, tal efeito.

- a) na dúvida o contrato deve ser interpretado contra quem o redigiu;
- b) deve-se distinguir entre as cláusulas principais e acessórias;
- c) as cláusulas impressas, por isso que chamam menos a atenção, devem ser preferidos à manuscritas, pois estas revelam o propósito de revogar as primeiras.

LIVRO II

PARTE GERAL DOS CONTRATOS

CAPÍTULO I

DA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

INTRODUÇÃO

O contrato, negócio jurídico que é, tem como substrato elementar a vontade humana. Ao analisá-la, dois momentos distintos podem ser apreciados: um momento subjetivo, psicológico, interno, representado pela própria formação do querer, e um momento objetivo, em que a vontade se reflete através da declaração.

Enquanto não se externa, mantendo-se oculta no espírito do homem, a vontade conserva-se ignorada de todos, não adquirindo, por conseguinte, relevância na vida dos negócios. Somente quando se manifesta de maneira séria, obrigante e definitiva é que vai repercutir no campo do direito, criando relações jurídicas. De maneira que, em rigor, é a declaração da vontade, e não ela própria, que constitui o principal objeto de estudo, neste ensejo.

No geral, existe identidade entre a vontade e a declaração, pois as partes, em regra, conhecem o próprio desejo e o externam de maneira adequada.

A MANIFESTAÇÃO DA VONTADE

O contrato, definido como ato bilateral, só se aperfeiçoa pela manifestação concordante da vontade dos contratantes. Tal manifestação, externada por uma declaração, pode ser expressa ou tácita. (CC, art. 1079).

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

O consentimento é tácito quando provém de atos do agente, incompatíveis com a decisão contrária. Se, num contrato de doação, o donatário de um automóvel, sem declara que o aceita toma posse do veículo, há que se entender que aceitou a liberalidade.

O SILÊNCIO COMO MANIFESTAÇÃO DA VONTADE

Não se deve confundir consentimento tácito com efeito vinculativo do silêncio, pois este, não sendo nem afirmação nem negação, não pode ser considerado como manifestação tácita do querer. Por conseguinte, a expressão corrente, sendo a qual quem cala consente, não apresenta foros de juridicidade, pois, em rigor, quem cala não diz coisa nenhuma.

O problema que nessa matéria maior interesse provoca é o da eventual vinculação de quem recebe proposta acompanhada da coisa oferecida, com a cominação de devolver a mercadoria ou responder negativamente, caso não queira contratar, sob pena de, se o não fizer, interpreta-se sua atitude como anuência

Excepcionalmente, entretanto, tem-se admitido a função vinculadora do silêncio, quando, em virtude de circunstâncias especiais, a inércia de uma das partes deve ser compreendida como aceitação. Diz-se então correr silêncio circunstanciado, ou qualificado. Isso se dá sempre que a lei, a vontade das partes ou o comportamento passado dos contratantes houver estabelecido para qualquer destes o dever de recusar expressamente oferta, sob pena de se imaginar que a aceitou.

Art. 2º O silêncio importa anuência quando, segundo os costumes ou as circunstâncias do caso, como tal deve ser interpretado.

A FORMAÇÃO DO CONTRATO E AS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES

Forma-se o contrato pelo encontro concordante de duas declarações receptícias. Isso ocorre, portanto, quando a proposta emanada do proponente (também chamado policitante), é aceita pela pessoa a quem foi dirigida, isto é oblato (oblato – pessoa a quem se dirige a proposta).

Todavia em muitos casos, o ajuste entre as partes é conseguido através de laboriosa fase pré contratual, em que os interessados, de transigência em transigência, vão eventualmente chagando a um acordo final. É o que os escritores chamam de período de pontuação. Trata-se em todo o caso, de uma fase de negociações preliminares, de um período pré contratual.

Em rigor, se as partes se encontram ainda na fase de negociações preliminares, por definição mesmo não contrataram, não se havendo estabelecido, entre elas, desse modo, qualquer laço convencional. Pois, se lançaram mão de tais discussões vestibulares, foi justamente para decidir se lhes convinha, ou não, contratar. De maneira que, se no curso do debate uma delas apura o inconveniente do negócio, é justo que dele deserte, recusando-se a prestar sua anuência definitiva. Nenhuma responsabilidade lhe pode daí advir, pois as negociações preliminares ordinariamente não obrigam os contratantes.

Todavia, o abandono das negociações preliminares não pode ser arbitrário e injustificado, estribado no mero capricho de uma das partes. O início da fase de pontuação revela o propósito de contratar e cria, naturalmente, no espírito dos futuros contratantes, uma expectativa legítima de vir a concluir um negócio.

A PROPOSTA

A proposta é a oferta dos termos de um negócio, convidando a outra parte a com eles concordar. Constitui ato jurídico unilateral, por intermédio do qual o policitante convida o oblato a contratar, apresentando desde logo os termos em que se dispõe a fazê-lo. Se o contrato só se aperfeiçoa pelo cruzamento das declarações das partes, verdade é, entretanto, que a mera proposta contém uma declaração séria do policitante. Ora, a força vinculante do contrato provém dessa declaração unilateral de cada uma das partes, que se obrigam a se atam a um negócio, porque assim o declaram. Daí determinar a lei ser a proposta vinculante. Com efeito, dispõe o art. 1080 do CC:

Art. 1080. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

Tal regra se firma na necessidade de assegurar a estabilidade das relações sociais. Com efeito, quem formula uma proposta de negócio provoca uma legítima expectativa junto à pessoa a quem a endereçou. De maneira que a possibilidade de retirar arbitrariamente a oferta representaria uma fonte de insegurança, capaz de causar prejuízo ao outro contratante, que, de boa fé, acreditou na seriedade da proposição a ele apresentada. Por isso, a lei impõe ao policitante o dever de manter sua proposta, sujeitando-o às perdas e danos em caso de inadimplemento.

Todavia hipóteses há em que a proposta deixa de ser obrigatória.

Deixa de ser obrigatória a proposta dirigida a pessoa presente quando, feita sem prazo, não for imediatamente aceita (a lei considera presentes as pessoas que contratam por telefone). O que vale dizer que, se prazo foi concedido para a resposta, o peticitante só se desvincula de sua oferta após o transcurso desse prazo, sem aceitação.

Em três hipóteses a proposta feita a pessoa ausente deixa de obrigar o proponente: a) se, formulada sem prazo, houver decorrido tempo suficiente para chegar a aceitação ao conhecimento do proponente; porque supõe a lei que, não havendo concessão de prazo para refletir, deve o recipiente da proposta resolver de pronto se a aceita ou recusa, respondendo *in continenti*; b) se, havendo concessão de prazo para a resposta, este se esgotar sem que a aceitação seja expedida; c) se, antes da proposta, ou simultaneamente com ela, chegar ao conhecimento da outra parte a retração do proponente; porque, na hipótese, recebendo o oblato ao mesmo tempo a proposta e a retratação, não se cria, em seu espírito, aquela justa expectativa de contratar, que o legislador quer proteger.

A ACEITAÇÃO

A aceitação consiste na formulação da vontade concordante do oblato, feita dentro do prazo e envolvendo adesão integral à proposta recebida.

Da análise deste conceito vê-se o mister da presença de dois requisitos para que da aceitação, como tal, derivem seus efeitos peculiares. Necessário se faz que ela: a) se formule dentro do prazo concedido na oferta, e b) corresponda a uma adesão integral à proposta.

Caso a manifestação da vontade do aceitante não se submeta a tais requisitos necessários, não se tratará de aceitação, mas de nova proposta, que não gerará os efeitos daquela, pois o primeiro proponente ficará desvinculado da obrigação de contratar.

Com efeito. Se o peticitante propõe um ajuste para ser aceito dentro de certo prazo, enquanto o mesmo não transcorrer estará o ofertante preso à proposta. Mas, esgotado esse intervalo, a oferta perde seu caráter obrigatório, alforriando-se o proponente da obrigação de cumpri-la. Se só então, e após o transcurso do prazo, o oblato concordar com o negócio, sua declaração não vale como aceitação, para o fim de obrigar o primeiro proponente, mas sim como nova proposta, que este aceitará, ou não, conforme lhe aprouver.

Da mesma maneira, se a declaração não corresponder a uma adesão integral aos termos da proposta, não constitui aceitação, mas nova proposta, de iniciativa do oblato. Daí decorre que se alteram as conseqüências do ato, pois o primeiro proponente recobra sua liberdade, só aceitando a oferta se lhe apetecer (CC, art. 1083).

A aceitação, em regra, expressa, pode operar tacitamente. A lei (CC, art. 1084) reconhece duas hipóteses de aceitação tácita, a saber: a) quando se tratar daqueles negócios em que se não costuma exigir aceitação expressa, isso ocorre, por exemplo, quando um comerciante remete habitualmente sua produção ao varejista que a recebe, vende e reembolsa o fornecedor. b) quando o proponente tiver dispensado a aceitação e a recusa não chegar a tempo.

Em duas hipóteses deixará a aceitação de gerar o aperfeiçoamento do contrato, desligando, por conseguinte, o proponente de qualquer obrigação. Isso ocorre:

- I. Se a aceitação, embora expedida a tempo, por motivos imprevistos chegar tarde ao conhecimento do peticitante.
- II. Se antes da aceitação, ou com ela, chegar ao proponente a retratação do aceitante (CC, art. 1085). O contrato, neste caso, não se completa porque não chegou a se formar, visto não ter ocorrido a coincidência de vontade das partes

A ACEITAÇÃO NOS CONTRATOS POR CORRESPONDÊNCIA EPISTOLAS – TEORIA. SOLUÇÕES DA LEI

Como verificamos, os contratos se aperfeiçoam no momento da aceitação. Se complica quando o contrato se perfaz por correspondência epistolar ou telegráfica, pois cumpre saber se o negócio se conclui no momento em que o oblato escreve sua aceitação, no momento em que a expede, ou naquele em que o peticitante toma conhecimento da concordância do outro contratante.

Segundo o sistema da cognição, o contrato só se aperfeiçoa no momento em que o polícitante toma conhecimento da aceitação.

Conforme o sistema da agnição, o contrato se ultima pela declaração do aceitante. Todavia aqui se formam três subteorias, a saber:

- a) Subteoria da declaração: o contrato se forma desde que o aceitante escreve a carta.
- b) Subteoria da expedição: entende que o momento do aperfeiçoamento do contrato é aquele em que a carta ou telegrama é expedido, pois nesse instante o aceitante perde o comando sobre a sua vontade, não mais podendo se arrepender.
- c) Subteoria da recepção: apregoa a idéia de só se ter por concluído o contrato no momento em que a aceitação chega à mãos do polícitante.

O código civil brasileiro acolheu o sistema da agnição, na forma da teoria da expedição.

LUGAR EM QUE SE REPUTA CELEBRADO O CONTRATO

O art. 1087 cuida do lugar em que se reputa celebrado o contrato, e determina ser aquele em que foi proposto.

O problema oferece grande relevância para se apurar qual o foro competente e, no campo do direito internacional, qual a lei aplicável.

CONTRATOS DEPENDENTES DE INSTRUMENTO PÚBLICO. ARREPENDIMENTO LÍCITO

Os contratos, via de regra, têm forma livre, aperfeiçoando-se pela mera troca dos consentimentos. Alguns, entretanto, isto é, os contratos solenes, dependem de forma imposta em lei.

Dentre os contratos solenes encontram-se os que dependem de escritura pública, como, por exemplo, os contratos translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a determinada cifra.

CONTRATOS SOBRE HERANÇA DE PESSOA VIVA

A lei proíbe contratos que tenham por objeto herança de pessoa viva. É a regra do art. 1089 do CC. Trata-se preceito de ordem pública, pois a sociedade quer arredar do campo da liceidade os *pacta corvina*, isto é, aqueles negócios capazes de levantar, no coração de uma das partes ou de ambas, um anseio pela morte da outra ou de terceiro, um *votum alicujus mortis*.

A IMPOSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO

Determina o art. 1091 do CC que a impossibilidade da prestação não invalida o contrato, sendo relativa, ou cessando antes de realizada a condição.

Aqui, em primeiro lugar, mister se faz distinguir a impossibilidade absoluta da relativa.

Diz-se absoluta a impossibilidade quando ela se torna irrealizável por qualquer pessoa nas condições do contratante. Assim, é fisicamente impossível a prestação de dar a volta ao mundo a pé em três dias, ou o de chegar ao centro da terra; é juridicamente impossível a prestação de praticar ato contrário à lei, como a de organizar o tráfico de entorpecentes, ou a de fornecer escravos.

Diz-se relativa a impossibilidade quando ela afeta determinada pessoa, mas não abrange a generalidade dos homens. Assim, o devedor insolvente encontra-se na impossibilidade de pagar um débito, mas tal impossibilidade é relativa a ele, não se estendendo a outras pessoas em melhor condições financeiras.

Quando a impossibilidade é relativa, o contrato não se invalida e o credor pode, se lhe convier, proceder à execução dos bens do devedor, para alcançar a satisfação de seu crédito. *Pacta sunt servanda*.

Se o legislador determina que a impossibilidade relativa não elide o contrato, daí decorre, a contrario sensu, que a possibilidade absoluta o desfaz. Assim, se a prestação se torna impossível pela perda do objeto, ou por proibição legal, o contrato se invalida.

Se a impossibilidade absoluta adveio de culpa ou dolo do devedor, o contrato se resolve, mas responde o culpado por perdas e danos; enquanto, se a impossibilidade adveio de força maior ou caso fortuito, a resolução do contrato não constribe qualquer das partes à reparação dos prejuízos.

CAPÍTULO II

DOS CONTRATOS BILATERAIS

NATUREZA DOS CONTRATOS BILATERAIS. EFEITOS DELES DECORRENTES

Contratos bilaterais são aqueles ajustes que envolvem prestações recíprocas de uma das partes, pois cada qual dos contratantes se obriga a uma determinado sacrifício. Exemplo típico do contrato bilateral é a compra e venda, na qual o vendedor se compromete a entregar a coisa e o comprador, a pagar o preço.

O que há de peculiar nessa espécie de contratos é que a obrigação de um contratante encontra sua razão de ser na obrigação do outro.

Portanto, nos contratos bilaterais existe um elo a prender as obrigações dos contratantes, as quais só se justificam como causa recíproca uma da outra. O cumprimento da prestação de uma das partes, sem o co-respectivo cumprimento da prestação cabente à outra, instalaria um desequilíbrio no contrato, que se chocaria com a idéia de justiça.

Dessa idéia de reciprocidade das prestações, inerentes aos contratos bilaterais, derivam algumas conseqüências de maior importância a saber:

- a) Se nada se houver estipulado quanto ao momento da execução, entendem-se simultâneas as prestações, de modo que nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua, pode exigir o implemento da do outro (CC, art. 1092, 1ª parte). Daí decorre se um deles, antes de prestar o que deve, reclama a prestação prometida pelo contratante, este pode recusar a fornecê-la defendendo-se pela execução do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*).
- b) Se, concluído o contrato, sobrevier diminuição do patrimônio de uma das partes, capaz de tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra, a quem incumbe fazer a prestação em primeiro lugar, recusar-se a fornecê-la, até que obtenha garantias do cumprimento do contrato ou receba, antecipadamente, a prestação de que é credora (CC, art. 1092, 2ª parte).
- c) Se um dos contratantes tornar-se inadimplente, quando o outro já forneceu sua prestação, ou estiver pronto a fornecê-la, confere a lei a este último uma alternativa. Com efeito, pode o contratante pontual ou exigir o cumprimento do contrato ou pedir a sua rescisão com perdas e danos (CC, art. 1092, parágrafo único).

Quanto à hipótese de inadimplemento, a lei faculta duas atitudes possíveis ao contratante pontual. Pode ele tomar uma atitude passiva, desinteressando-se da efetivação da convença, guardando, como meio de defesa contra o inadimplente, a exceção do contrato não cumprido. De fato, não sendo obrigado a cumprir sua obrigações antes que a outra parte cumpra a dela, o contratante pontual permanecerá inativo e se defenderá, quando cobrado, através da *exceptio non adimpleti contractus*.

Pode, ao contrário, preferir um comportamento ativo, quer exigindo da outra parte o cumprimento da obrigação assumida, quer requerendo a rescisão do contrato com perdas e danos.

A “EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS”

Se nos contratos bilaterais as prestações são recíprocas e nada se estipulou quanto ao instante de seu cumprimento, há que se entender serem devidas simultaneamente. De modo que nenhuma das partes pode exigir o cumprimento da obrigação cabente à outra, sem que tenha cumprido a sua.

A idéia inspiradora da regra é sempre a mesma, isto é, que a prestação de um contratante tem como causa e razão de ser a prestação do outro.

Consiste na execução em que uma parte demandada pela execução do contrato pode excluir a ação invocando o fato de não ter a outra também satisfeito a prestação.

A *exceptio non adimpleti contractus* é igualmente instrumento útil para compelir o devedor a pagar seu débito, pois a recusa de uma das partes ao cumprimento da obrigação pode surgir como elementos de compulsão a atuar sobre a atitude da outra.

A *exceptio non adimpleti contractus* pode ser invocada, qualquer que seja a causa geradora do inadimplemento do contrato. Quer a recusa de cumprimento se funde na má vontade do contratante, quer não força maior ou no caso fortuito, em ambas as hipóteses a outra parte pode aduzir a exceção. Porque, tendo uma prestação sua causa na outra, deixando aquela de ser cumprida. Seja qual for o motivo. Cessa de exigir a causa de cumprimento da segunda.

GARANTIA DE EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO A PRAZO

Problemas importantes também se propõem quando as prestações correspondentes a cada uma dos contratantes devem ser fornecidas em momentos diversos.

Em regra, o contratante que se propõe a fornecer sua prestação em primeiro lugar, como o comerciante que vende a prazo ou o empreiteiro que constrói para a final receber o preço, assume espontaneamente um risco. Com efeito, enfrenta a possibilidade de não receber a prestação prometida, após haver produzido a própria. Mas a assunção de tal risco é consciente, tendo em vista as condições de solvabilidade do contratante.

Todavia a lei contempla a hipótese de o devedor da obrigação exigível em último lugar sofrer diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa sua prestação. Trata-se do fato superveniente, imprevisível para o credor que, devendo executar de pronto sua obrigação, ainda não o fez. A lei (CC, art. 1092, 2ª al.) confere-lhe a prerrogativa de sustar a entrega do que deve prestar, até que o outro contratante satisfaça sua prestação, ou dê garantias de satisfazê-la.

CONDIÇÃO RESOLUTIVA DA OBRIGAÇÃO

Dado o inadimplemento unilateral do contrato, pode o contratante pontual, em vez da atitude passiva de defesa, adotar um comportamento ativo na preservação de seus direitos. De fato, se o inadimplemento resulta de culpa de um dos contratantes, a lei concede ao outro uma alternativa. Com efeito, pode ele: a) exigir do outro contratante o cumprimento da avença; b) pedir judicialmente a resolução do contrato.

A opção, pelo menos no campo teórico, constitui prerrogativa do contratante pontual e a lei (CC, art. 1092, parágrafo único), determinando que a parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos, concede uma faculdade que o beneficiário usará se quiser. Caso não queira e seja possível alcançar tal resultado. Optará pelo cumprimento do contrato.

Aqui deparamos com o problema da condição resolutiva tácita, existente em todos os contratos bilaterais. Isto é, entende-se que, na totalidade dos ajustes sinalagmáticos, as partes inseriram, pelo menos tacitamente, cláusula dispondo que o não cumprimento do contrato por qualquer delas rescinde a avença, assim o querendo o contratante pontual.

Vê-se que a cláusula resolutiva se encontra em todos os contratos bilaterais, podendo a ela recorrer o contratante adimplente, se lhe aprouver. Caso prefira, entretanto, pode exigir a execução do contrato.

Mas a cláusula resolutória pode ser expressa. É o que se dá em grande número de ajustes, em que as próprias partes estipulam que o não cumprimento de qualquer das obrigações neles constantes, rescinde o contrato, sujeitando o inadimplente às perdas e danos.

Dispõe o parágrafo único do art. 119 do CC que a condição resolutiva expressa opera de pleno direito, isto é, automaticamente; enquanto, se for tácita a cláusula, depende de interpelação judicial, feita ao inadimplente.

Explica-se facilmente o fundamento da distinção. É que na hipótese de a condição resolutiva ser tácita pode o contratante adimplente escolher entre exigir o cumprimento da avença, ou pleitear a resolução. Ora, sua preferência pela segunda hipótese se manifesta através da interpelação. Daí ser esta indispensável, no caso.

DO DISTRATO E DA QUITAÇÃO

O distrato é o acordo entre as partes contratantes, a fim de extinguir o vínculo obrigacional estabelecido pelo contrato.

Todavia, o distrato só se faz necessário se os contratos ainda não houverem sido executados, ou se não haja expirado o prazo de sua vigência. Pois nestas hipóteses, supérfluo é o distrato.

A lei determina que o distrato se faça pela mesma forma que o contrato. Tal disposição não pode ser interpretada literalmente, no sentido de serem obrigadas as partes, exemplificativamente, a desfazer, por escritura pública, uma locação por tal instrumento ajustada. Na prática observa-se até distratos verbais de tais negócios.

Somente quando a lei prescrever forma determinada para o contrato, é que o distrato deve se revestir da mesma solenidade.

Se a lei é minuciosa na forma do distrato, é liberal quanto à da quitação, pois determina valer qualquer que seja sua forma (CC, art. 1093, 2ª parte). Aqui, ainda, a exegese não pode ser literal, pois conjugado o presente texto com a disposição do art. 940, daí deflui que deve a quitação ser dada por escrito. Isso porque tal dispositivo determina dever ela conter, além dos requisitos nele mencionados, a assinatura do credor. E esta só pode ser aposta em documento.

CAPÍTULO III

DAS ARRAS

CONCEITO DE ARRAS

As arras, ou sinal, constituem a importância em dinheiro ou da coisa dada por um contratante ao outro, por ocasião da conclusão do contrato, com escopo de firmar a presunção de acordo final e tornar obrigatório o ajuste; ou ainda, excepcionalmente, com o propósito de assegurar, para cada um dos contratantes, o direito de arrependimento.

Dá distinguir-se duas espécies de arras. De um lado, as arras confirmatórias. cuja finalidade é demonstrar a existência da composição final das vontades; de outro, as arras penitenciais, que almejam assegurar às partes o direito de se desdizerem, mediante a perda do sinal, por quem o deu, ou a sua devolução em dobro, por quem o recebeu.

ESBOÇO HISTÓRICO

O CC de 1916 fugiu à orientação tradicional do direito brasileiro, para acolher a solução esposada pelo código alemão, segundo a qual a função básica e fundamental das arras é a de confirmar o contrato.

NATUREZA JURÍDICA DAS ARRAS

As arras constituem em pacto acessório ao contrato principal e de caráter real.

Acessório, porque sua existência e eficácia dependem da existência e eficácia do contrato principal. É inconcebível a idéia de arras, sem que se imagine um ajuste principal cuja obrigatoriedade seja revelada pelo sinal; ou então, sem que se refira a uma concordância, da qual as partes podem desertar, pela perda do sinal.

É *real* tal contrato, porque ele se aperfeiçoa pela entrega da coisa, por uma das partes à outra. A mera promessa de entrega de um sinal não gera os efeitos atribuídos pela lei ao ajuste arrasal, porque este depende, para sua eficácia, da entrega da *res*, acima referida.

Esta, afinal, é uma das diferenças entre as arras e a cláusula penal. Embora estes institutos tenham, por vezes, funções semelhantes (criar um reforço para o contrato, sujeitando o inadimplente à perda da importância da pena, ou do sinal a qual correspondem às perdas e danos pré calculados), os dois institutos se diversificam, entre outras circunstâncias, pelo fato das arras envolverem a entrega, desde logo, da coisa ou cifra decorrente.

AS FUNÇÕES DAS ARRAS

As duas funções fundamentais das arras já foram enumeradas: função confirmatória e função penitencial.

Art. 1094. O sinal, ou arras, dado por um dos contraentes, firma a presunção de acordo final, e torna obrigatório o contrato.

Portanto, à falta de estipulação, as arras têm função meramente confirmatória. Assim, nenhuma das partes pode, legitimamente, se arrepender do negócio e o inadimplemento, por qualquer delas, sujeita-a à indenização das perdas e danos, com base no art. 1056 do CC.

É evidente que se o contrato se cumprir, a importância já entregue por um dos contratantes ao outro, a título de arras, passa a ser considerada como adiantamento do preço.

Entretanto, se a lei considera o sinal como confirmatório do ajuste, permite que, mediante expressa convenção das partes, adquiram as arras a função penitencial. Neste caso, a faculdade de arrependimento deflui não da natureza das arras, mas da avença entre os contraentes, nesse sentido. Diz o CC:

Art. 1095. Podem, porém, as partes estipular o direito de se arrepender, não obstante as arras dadas. Em caso tal, se o arrependimento for o que as deu, perdê-las-á em proveito do outro; se o que a recebeu, restituí-las-á em dobro.

Nesta hipótese, a faculdade de arrependimento, mediante sacrifício do sinal, só é permitida se houver cláusula expressa. Este é o sentido da regra e a opinião da grande maioria dos julgados e juristas. A importância das arras representa cálculo prefixado das perdas e danos. Daí a razão pela qual não pode o inadimplente, que perdeu as arras penitenciais ou teve que devolvê-las em dobro, ser também condenado a reparar as perdas e danos. Porque, se não, o outro contratante receberia duas indenizações pelo mesmo prejuízo.

Ora, de acordo com os termos do art. 1097 do CC se o que deu arras rescindir o contrato, perdê-las-á em benefício do outro contratante. Por conseguinte, de acordo com a interpretação literal, a lei impõe como pena do inadimplente somente a perda das arras dadas, não facultando ao outro contratante a possibilidade de abrir mão do sinal, optando pela reclamação das perdas e danos. Nada mais diverso do que a cláusula penal, que representa benefício do credor. O que ocorre, apenas, é que tal artigo representa um aleijão dentro do capítulo, cuja sobrevivência de modo nenhum se justifica.

AS IMPERFEIÇÕES DO ART. 1097 DO CC. SUA INTERPRETAÇÃO CORRETA

Se a lei dispõe que o inadimplente perde as arras dadas ao não cumprir o ajuste, deve-se entender que esta é a única pena que o legislador impõe, donde deriva a necessidade de se interpretar o texto no sentido de ser sempre lícito o arrependimento, mesmo na falta de convenção expressa, mediante perda do sinal. Ora, através dessa exegese, de resto a mais literal, estaria o legislador de 1916 reinstalando no código, pelo art. 1097, o entendimento penitencial das arras, que ele mesmo baniria com o art. 1094.

Para conciliar essa contradição, alguns escritores têm sustentado que, se o contratante inadimplente deu arras, fica ele impedido de reclamá-las e ainda deve compor as perdas e danos.

Ora, *data venia*, tal solução é iníqua porque envolve um enriquecimento injusto do contratante pontual, que não só assiste compor-se o seu prejuízo, como ainda conserva as arras.

O art. 1097 do CC é supérfluo porque as conseqüências que dele decorrem já se encontram nas regras anteriores, bem como no princípio geral do art. 1056 do mesmo código, que consigna a responsabilidade pelo inadimplemento contratual.

Para justificar sua existência, deve ser interpretado da seguinte maneira:

- a) se o contratante inadimplente deu arras, pode a outra parte guardá-las, a título de indenização, ou pleitear a reparação integral do prejuízo. Neste último caso as arras devem ser imputadas na indenização;
- b) se inadimplente for o contratante que recebeu o sinal, pode o outro ou reclamar indenização pelo prejuízo que provar ter sofrido, ou pleitear apenas a devolução em dobro das arras.

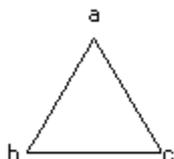
CAPÍTULO IV

DAS ESTIPULAÇÕES EM FAVOR DE TERCEIRO

CONTRATOS EM FAVOR DE TERCEIROS – GENERALIDADES

Dá-se o contrato em favor de terceiros quando uma pessoa (o estipulante) convencionou com outra (o promitente) uma obrigação em que a prestação será cumprida e, favor de outra pessoa (o beneficiário).

Muito se tem debatido em doutrina a propósito da caracterização jurídica deste ato negocial, que por seu aspecto exterior, por sua estrutura e por seus efeitos se diversifica dos negócios jurídicos ordinários, pelo fato de ostentar algo diferente, com o comparecimento das declarações de vontade de duas pessoas na celebração de ajuste, o qual beneficiará um estranho à relação jurídica. A extraneidade cresce, atentando-se em que este terceiro, embora não participante da formação do ato, adquire as qualidades de sujeito da relação obrigacional.



Configuração como contrato – não um contrato como todos os outros, porém *sui generis*, visto como nasce, firma-se, desenvolve-se e vive como os demais contratos, porém se executa de maneira peculiar, com a *solutio* em favor de um estranho à relação criada. Buscando materialização gráfica para este ato, figuramo-lo como um triângulo, cujo vértice *a* é ocupado pelo estipulante, e os ângulos *b* e *c* da base respectivamente pelo promitente e pelo beneficiário.

A estipulação em favor de terceiro é, com efeito, um contrato, e por isso ganha terreno a preferência pela sua nomeação como contrato em favor de terceiro. Origina-se da declaração acorde do estipulante e do promitente, com a finalidade de instituir um *iuris vinculum*, mas com a peculiaridade de estabelecer obrigação do devedor prestar um benefício de uma terceira pessoa, a qual, não obstante ser estranha ao contrato, se torna credora do promitente. No momento da formação, o curso as manifestações de vontade estabelece-se entre o estipulante e o promitente (lado a-b do triângulo). O consentimento do beneficiário não é necessário à constituição do contrato, e por conseguinte à criação de vantagens em seu proveito. Não se pode, entretanto, negar ao terceiro a faculdade de recusar a estipulação em seu favor, expressa ou tacitamente. No momento de sua execução, flui pela base ou pela linha b-c do triângulo, isto é, entre promitente e beneficiário. E, para fechá-lo, lado a-c, há faculdades reconhecidas ao estipulante quanto à revogação da estipulação, substituição do beneficiário, e mesmo revogação do benefício em caso de descumprimento de encargo eventualmente imposto ao terceiro.

Se não há harmonia entre os doutores na sua caracterização jurídica, aprovação da doutrina não lhe falta à caracterização econômica.

1. Constituição de renda em que o promitente recebe do estipulante um capital, e obriga-se a pagar ao beneficiário uma renda por tempo certo ou pela vida toda.
2. Seguro, em várias de suas modalidades (de vida, contra atividades pessoais, contra acidentes de trabalho, dotal), em que o segundo (estipulante) contrato com o segurador (promitente) pagar ao beneficiário (terceiro) o valor ajustado, em caso de sinistro.
3. Doações modais, quando o donatário se obriga para com o doador a executar o encargo a benefício de pessoa determinada ou indeterminada.
4. Contratos com o poder público, concessão de serviço público, etc. em que o contratante (promitente) convencionou com a administração (estipulante) a prestação de serviços aos usuários (terceiros indeterminados).

Para a formação da estipulação em favor de terceiro exigem-se os requisitos necessários à validade dos contratos em geral – subjetivos, objetivos e formais, convindo tão-somente fazer algumas alusões a peculiaridades desse contrato. Começando pelo último observamos que se trata de contrato consensual, sendo livre a sua forma; é muito freqüente nesse campo o contrato tipo, como o por adesão. A liceidade e a possibilidade do objeto merecem encarecidas, pois que não muda os termos da equação jurídica o fato de ser o credor um elemento estranho à criação do vínculo. No tocante ao requisito subjetivo, é claro que o estipulante e o promitente hão de ter aptidão para contratar. Não se requer, porém, a capacidade do terceiro, já que ele não intervém na celebração do contrato. Outro aspecto a considerar reside na indagação formulada pela doutrina se é válida a estipulação em favor de pessoa indeterminada e futura. Pelo nosso direito não padece dúvida. Somente a indeterminação absoluta de credor invalida o contrato. Se o terceiro é momentaneamente indeterminado, mas suscetível de identificação (determinável), o ato é válido.

EFEITOS DO CONTRATO EM FAVOR DE TERCEIROS

A- Relações entre o estipulante e o promitente.

Na formação do contrato, o estipulante e o proponente agem como quaisquer contratantes. E se o promitente fica obrigado a prestar a um terceiro, nem por isso se desobriga em relação ao estipulante. Ao contrário, enquanto não realiza a *solutio*, permanece vinculado a este, que conserva o direito de exigir o cumprimento do contrato (art. 1098). Pode ainda reservar-se o direito de substituir o terceiro designado no contrato, independentemente de consentimento do promitente, que deverá cumprir a determinação recebida. Basta, para isso, a declaração unilateral da vontade do estipulante, por atos inter vivos ou causa mortis (art. 1100). Neste contrato a prestação é devida a um terceiro, e para o promitente trata-se de negócio normalmente não celebrado *intuitu personae creditoris*. Outra faculdade reconhecida ao estipulante é a sua revogação caso em que o promitente se exonera em relação ao terceiro, passando em consequência a ser devida a prestação ao estipulante, salvo se o contrário resultar da vontade das partes, ou da natureza do contrato, ou do pouco comum caráter personalíssimo do terceiro.

B- Relações entre promitente e terceiro.

Não aparecem na fase de celebração do contrato. Na de execução, o terceiro assume as vezes do credor, e, por isto, tem a faculdade de exigir a *solutio*.

C- Relações entre estipulante e terceiro.

Formado o contrato entre estipulante e promitente para beneficiar o terceiro, fica o primeiro com o poder de substituí-lo, como visto acima. Cabe-lhe, também, a faculdade de exonerar o promitente, salvo se o terceiro ficar com o poder de exigir a prestação (art. 1099), valendo a aceitação do terceiro para consolidar o direito, tornando-o irrevogável e definitivo. Quando a estipulação for acompanhada de encargo imposto ao terceiro tem o estipulante a faculdade de exigir que o cumpra. O fundamento da revogabilidade, como da exigibilidade de cumprimento, é o mesmo: a aceitação do benefício pelo terceiro, desnecessária à formação do contrato, porém necessária à incorporação do bem ou vantagem ao seu patrimônio, dá-se condicionada, ou vinculada à imposição do encargo.

CAPÍTULO V

DOS VÍCIOS REDIBITÓRIOS

CONCEITO

Ao tratar dos vícios redibitórios, o legislador, proclama que a coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enfeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.

O propósito do legislador, ao disciplinar esta matéria, é o de aumentar as garantias do adquirente. De fato, ao proceder à aquisição de um objeto, o comprador não pode, em geral, examiná-lo com a profundidade suficiente para descobrir os possíveis defeitos ocultos, tanto mais que, via de regra, não tem a posse da coisa. Por conseguinte, e considerando a necessidade de rodear de segurança as relações jurídicas, o legislador faz o alienante responsável pelos vícios ocultos da coisa alienada.

A) DISTINÇÃO ENTRE VÍCIO REDIBITÓRIO E O INADIMPLEMENTO CONTRATUAL

Se bem que em qualquer dos casos possa o negócio se resolver, no primeiro o contrato é cumprido de maneira imperfeita, enquanto que no segundo ele é descumprido.

O vício redibitório só se apresenta quando o defeito, além de oculto, é excepcional em mercadorias semelhantes, não podendo o adquirente, ordinariamente, contar com a presença de tal defeito, na coisa comprada. Ora, nos casos figurados não se trata de imperfeição na coisa comprada, mas de entrega de uma coisa por outra.

B) DISTINÇÃO ENTRE O VÍCIO REDIBITÓRIO E O ERRO ESSENCIAL

Distinguir o vício redibitório do erro essencial é tarefa mais custosa.

Isso ocorre quando o erro substancial diz respeito à qualidade essencial do objeto principal da declaração.

Na hipótese de erro substancial sobre o objeto da declaração ou qualidade a ele essencial – *error in ipso corpore rei* -, a coisa objeto da declaração é outra, diferente da que o declarante tinha em mente; ou, pelo menos, falta-lhe uma qualidade importante, com a qual o declarante tinha fundadas razões para contar.

Quando se trata de vício redibitório, o negócio é ultimado tendo em vista um objeto com aquelas qualidades que todos esperam ele possua. Ocorre, entretanto, que, fugindo à pressuposição normal, a coisa onerosamente alienada apresenta um vício a ele peculiar e não comum às demais de sua espécie.

Em um caso, ou seja, no de erro, o defeito é de ordem subjetiva: existe um ato volitivo que se não teria externado se o não viciasse a falsa concepção da realidade; enquanto que no outro, ou seja, no de vício redibitório, o defeito é objetivo: a coisa apresenta uma imperfeição a ela peculiar, produto do uso, ou da má fabricação, ou de falha constitucional, mas que não é encontrável na maioria das coisas semelhantes. Naquela hipótese o comprador não queria comprar a coisa que afinal adquiriu; nesta última, ele deveria obter exatamente a coisa comprada, apenas não contava que ela apresentasse uma imperfeição inesperada, incomum entre sua congêneres e não perceptível ao exame perfunctório.

A distinção ora procedida, entre o erro substancial e o vício redibitório, oferece amplo interesse prático, a começar pelos prazos prescricionais. Sim, porque enquanto nos contratos viciados por erro substancial o prazo para a propositura da ação anulatória é de quatro anos, naqueles onde aparece o vício redibitório o prazo para enjeitar a coisa redibindo o contrato, ou para reclamar o abatimento do preço, se esvai em quinze dias, se se tratar de coisas móveis e em seis meses, se de imóveis.

Ademais, diferentes são os remédios judiciais, conforme seja um ou outra hipóteses. No caso de erro, a ação cabível é a anulatória; no de vício oculto, além da redibitória, que desfaz o contrato, cabe a *quantum minoris* para pleitear a redução do preço.

Em conclusão: o vício redibitório consiste em defeito oculto da coisa, não comum às congêneres e que a torna imprópria ao seu destino ou lhe diminui sensivelmente o valor; se houver sido adquirida por força de contrato comutativo, a lei defere ao adquirente ação para redibir o contrato ou para obter abatimento do preço.

FUNDAMENTO JURÍDICO

É princípio informador do direito contratual que os negócios devem se processar num clima de boa-fé. Daí decorre que ao devedor cumpre fazer boa a coisa vendida. Ou seja, ele responde pela coisa que aliena, a qual deve corresponder à justa expectativa do comprador.

Em suma: a sistematização das regras sobre vícios redibitórios se inspira na idéia de segurança que deve rodear as relações contratuais e no dever de garantia que incumbe ao alienante, nos contratos comutativos.

Se as duas partes se encontravam de boa-fé, se nenhuma delas atuou com culpa, o negócio se desfaz e os contratantes são transportados ao estado anterior à convenção; se, entretanto, o alienante conhecia o vício e silenciou sobre sua existência, sua má-fé se manifesta e, portanto, além de assistir ao desfazimento do negócio, deve indenizar o prejuízo experimentado pelo adquirente.

REQUISITOS CARACTERIZADORES DO VÍCIO REDIBITÓRIO

A) O DEFEITO DEVE PREJUDICAR O USO DA COISA OU DIMINUIR-LHE SENSIVELMENTE O VALOR

Se pequeno é o vício que apresenta, de modo que o prejuízo dele resultante não se impõe como relevante, o legislador despreza os reclamos do adquirente, negando-lhe a possibilidade de resolver o negócio, ou de pedir abate do preço, porque é da natureza humana esperar mais daquilo que compra do que ordinariamente deveria fazê-lo.

B) O DEFEITO DEVE SER OCULTO

A teoria dos vícios redibitórios se apóia, como vimos, na justa expectativa do adquirente de que a coisa comprada ofereça as qualidades comuns às sua congêneres. Se o defeito é aparente, ou podia ser verificado com o exame um pouco mais cuidadoso, deve o adquirente atribuir à sua negligência o prejuízo que sofreu. Sua expectativa deixa de ser justa, por se configurar sua culpa.

É evidente que o comprador não é obrigado a m exame profundo da coisa comprada; mas não se pode escusar se procedeu a um exame extremamente superficial, pois, como diz a lei, o vício redibitório só se caracteriza se o defeito for oculto.

C) O DEFEITO DEVE EXISTIR NO MOMENTO DO CONTRATO

Se sobreviver após a tradição da coisa, o ônus pelo seu surgimento incumbe ao adquirente, eu se tornou seu dono. *Res perit domino*.

Art. 1104. A responsabilidade do alienante subsiste ainda que a coisa pereça em poder do alienatário, se perecer por vício oculto, já existente ao tempo da tradição.

ACÇÕES PARA DEFESA CONTRA OS VÍCIOS REDIBITÓRIOS

Para defesa de seu direito, a lei confere ao adquirente de coisa portadora de vício redibitório duas diferentes ações: a redibitória e a *quantum minoris*.

- I. A ação redibitória compete ao adquirente que pretenda enjeitar a coisa defeituosa, por ele recebida m virtude de contrato comutativo. Por meio dela o autor aponta o defeito, manifesta sua vontade de devolver a coisa e reclama a repetição da importância paga, bem como das despesas do contrato. Poderá, ademais, pleitear as perdas e danos, se alegar e provar que o alienante conhecia o defeito da coisa (CC, art. 1103).
- II. Através da ação *quantum minoris* o adquirente, em vez de enjeitar a coisa redibindo o contrato, reclama apenas o abatimento do preço, em virtude de o defeito, de que aquela é portadora, diminuir-lhe consideravelmente o valor.

A escolha entre as duas espécies de ação se encontra ao inteiro arbítrio do adquirente, pois a ele é que cabe julgar se o defeito descoberto tornou, ou não, a coisa imprópria ao uso a que se destinava.

O art. 1105 determina que o alienante pode, em vez de rejeitar a coisa, pedir abatimento do preço. Portanto, a faculdade de preferir esta solução, tem o direito de o não fazer.

A lei concede ao adquirente de coisa defeituosa o direito de enjeitá-la recebendo o preço pago, ou de guardá-la, reclamando abate do preço. Todavia, escolhido um remédio judicial, não pode o autor dele desistir para recorrer ao outro. Pois aqui se aplica a máxima: *Electa una via non datur regressus ad alteram*.

CAPÍTULO VI

DA EVICÇÃO

CONCEITO

Dá-se a evicção quando o adquirente de uma coisa se vê total ou parcialmente privado da mesma, em virtude de sentença judicial que a atribui a terceiro, seu verdadeiro dono. Portanto, a evicção resulta sempre de uma decisão judicial.

Ela se configura, por exemplo, na compra feita de quem não era dono. Se o verdadeiro proprietário da coisa vendida a reclama judicialmente e alcança êxito na lide, o comprador sofre evicção. Ao reivindicante bem-sucedido chama-se evictor; ao adquirente, vencido na demanda, dá-se o nome de evicto.

A lei determina que nos contratos onerosos pelos quais se transfere o domínio, posse ou uso, será obrigado o alienante a resguardar o adquirente dos riscos da evicção, toda vez que não se tenha excluído expressamente essa responsabilidade (CC, art. 1107), regra de decorre da obrigação de garantia, imposta ao alienante, em todos os contratos daquela natureza.

Nos contratos bilaterais a prestação de uma das partes tem por causa e razão de ser a prestação da outra. Ora, se a coisa entregue pelo devedor foi reclamada judicialmente pelo seu verdadeiro dono e,

portanto, legalmente arrancada da posse do comprador, a prestação por este paga deve ser devolvida, pois deixou de ter causa.

CONDIÇÕES PARA QUE A RESPONSABILIDADE PELA EVICÇÃO SE CONFIGURE:

Para que a responsabilidade pela evicção se configure, é mister que o contrato donde provém o direito do evicto tenha sido feito a título oneroso, e ainda que a evicção derive da sentença judicial, proferida em processo em que o alienante tenha ampla participação, por haver sido chamada a autoria.

A) ONEROSIDADE DA AQUISIÇÃO

A presunção legal de que o alienante garante o uso pacífico da coisa e assegura o adquirente contra os riscos da evicção se restringe ao campo dos contratos onerosos.

Art. 1107. Nos contratos onerosos, pelos quais se transfere o domínio, posse ou uso, será obrigado o alienante a resguardar o adquirente dos riscos da evicção, toda vez que se não tenha excluído expressamente esta responsabilidade.

Tal posição se justifica plenamente, pois se o evicto foi privado de coisa adquirida a título gratuito, não sofre qualquer diminuição patrimonial, apenas deixa de experimentar um lucro; enquanto, se ao alienante se impusesse o dever de indenizar, este estaria experimentando um prejuízo, pois nada recebeu em troca. Ora, no conflito entre o interesse de *qui certat de lucro captando* e o de *qui certat de damno vitando*, é o deste último que merece o apoio do legislador.

Portanto, fora dos contratos onerosos, a garantia pela evicção não constitui presunção legal.

B) SENTENÇA JUDICIAL

O direito do reivindicante e a carência de direito do vendedor, em verdade, só judicialmente podem ser apuradas; sem sentença com trânsito em julgado, que proclame o bom e o mau direito de um e de outro, não se pode ter certeza sobre a quem pertence o domínio. De maneira que a evicção só ocorre quando a sentença definitiva houver negado ao adquirente seu direito à coisa.

C) CHAMAMENTO À AUTORIA DO ALIENANTE

Para que a sentença judicial caracteriza a responsabilidade do alienante, é mister que lhe seja possibilitada a participação na lide, a fim de defender seu direito. De fato dispõe o art. 1116 do CC:

Art. 1116. Para poder exercer o direito, que da evicção lhe resulte, o adquirente notificará do litígio o alienante, quando e como lho determinarem as leis do processo.

REFORÇO, REDUÇÃO E EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE PELA EVICÇÃO

A garantia pela evicção é decorrência natural da compra e venda, bem como de todos os contratos donde possa resultar a aquisição do domínio ou posse. De maneira que tal garantia independe de cláusula expressa, posto que o alienante não só transfere a coisa, como também garante o seu uso pacífico.

Não obstante, a lei permite que se reforce, diminua ou exclua essa responsabilidade.

O reforço da responsabilidade vem autorizado pelo parágrafo único do art. 1107 do CC; ora, tal permissão, ilimitada pela lei, me parece imoral, pois permite enriquecimento indevido do adquirente, quando se fixar a obrigação do alienante em cifra elevadíssima, de muito superior ao valor da coisa e aos prejuízos experimentados pelo evicto. A importância da indenização pode encorajar o adquirente a estimular o reivindicante, pois o sucesso deste representa o lucro daquele. Portanto, deve-se entender que a lei não permite reforço ilimitado da garantia, não podendo, em princípio, a responsabilidade de alienante superar o prejuízo do adquirente, com fundamento no mesmo argumento que impede se segure uma coisa por mais de seu valor, ou pelo seu todo, mais de uma vez (CC, art. 1437).

A redução da garantia encontra justificativa nos mesmos princípios que permitem a sua exclusão. Com efeito, se a lei permite até mesmo que se afaste a responsabilidade do alienante, é evidente que não pode impedir apenas se reduza referida responsabilidade.

A exclusão da responsabilidade depende de cláusula expressa a respeito, pois contraria a natureza do negócio. Assim, no silêncio do contrato, a responsabilidade é integral.

Permitindo o legislador a exclusão da responsabilidade, distingue, entretanto, duas hipóteses diversas, conforme a cláusula se refira genérica ou especificamente aos riscos da evicção.

Com efeito, se a cláusula excludente da responsabilidade for genérica, sem que o adquirente saiba da ameaça específica recainte sobre a coisa, ou se dela informado não lhe assumiu o risco, não se furta o alienante ao dever de restituir o preço recebido. É a regra do art. 1108 do CC.

Portanto, para que a responsabilidade do alienante não se configure, impõem-se que, além do pacto nesse sentido, tome o comprador ciência dos riscos específicos que pesam sobre a coisa, e expressamente os assuma. Neste caso o contrato deixa de ser comutativo e passa a ser aleatório.

MONTANTE DA PRESTAÇÃO DEVIDA AO EVICTO

O sacrifício de uma das partes é inevitável, a vítima deve ser o comprador, que, pelo menos aparentemente, *certat de lucro captando*, e não o vendedor, que *certat de damno vitando*.

Portanto, se o alienante estava de boa-fé, cumpre-lhe apenas reembolsar o evicto da importância que recebeu.

DA EVICÇÃO PARCIAL

A evicção parcial ocorre quando o adquirente é privado quer de uma parte material da coisa, quer de uma parte alíquota da mesma, quer, ainda, do gozo de uma servidão ativa; ou quando se vê obrigado a suportar o ônus de uma servidão passiva.

Ocorrendo evicção parcial, a situação se avizinha bastante da derivada do vício redibitório, pois é possível que ao adquirente convenha guardar o remanescente da coisa, embora desfalcada, como também pode ocorrer que só o todo interesse, de maneira que o menor desmembramento da coisa adquirida não mais o satisfaça.

Tendo em vista tal circunstância, e se a evicção for considerável, lei, da mesma maneira que a respeito dos vícios redibitórios, abre ao adquirente uma alternativa: permite-lhe ou promover a rescisão do contrato, ou pedir a restituição de parte do valor da coisa, correspondente ao prejuízo sofrido (CC, art. 1114).

CAPÍTULO VII

DOS CONTRATOS ALEATÓRIOS

CONCEITO

Na classificação dos contratos, os aleatórios se opõem aos comutativos.

COMUTATIVOS são aqueles contratos em que não só as prestações apresentam uma relativa equivalência, como também as partes podem avaliar, desde logo, o montante das mesmas. As prestações são certas e determináveis, podendo qualquer dos contratantes antever o que receberá em troca da prestação que oferece.

ALEATÓRIOS são os contratos em que o montante da prestação de uma ou de ambas as partes não pode ser desde logo previsto, por depender de um risco futuro, capaz de provocar sua variação. Com efeito, o contrato aleatório é aquele em que as prestações oferecem uma possibilidade de ganho ou de perda para qualquer das partes, por dependerem de um evento futuro e incerto que pode alterar o seu

montante. O objeto do negócio está ligado à idéia de risco. Isto é, existe uma álea no negócio, podendo daí resultar um lucro ou uma perda para qualquer das partes.

Essa álea pode ser total ou parcial, isto é, a desproporção entre as prestações pode ser absoluta ou relativa. Ela é absoluta quando alguém oferece sua prestação sem nada receber em troca, como na *emptio spei* quando se frustra a prestação, ou no caso de seguro quando inadvem o sinistro. A álea é relativa quando, embora desproporcionados os montantes, cada uma das partes fornece alguma prestação.

Nos casos de risco total, ou absoluto, mais nítida se apresenta a figura do contrato aleatório, porque só uma das partes desembolsa.

VENDAS ALEATÓRIAS: "EMPTIO SPEI"

O CC cuidou das vendas aleatórias, isto é, das vendas de coisas futuras, e das vendas de coisas já existentes mas expostas a risco de se perderem ou deteriorarem.

Quanto às vendas de coisas futuras o risco se desdobra, pois tanto a álea pode dizer respeito à própria existência da coisa, como apenas à sua quantidade. Na primeira hipótese, trata-se da *emptio spei*; na segunda, da *emptio rei speratae*.

Com efeito, na *emptio spei* o adquirente compra o risco de as coisas adquiridas virem ou não a existir. O exemplo clássico é o daquele que adquire o produto do lanço na rede que o pescador está na iminência de fazer. Mesmo que o pescador nada apanhe, tem ele o direito ao preço integral, se agiu com a habitual diligência (CC, art. 1118).

Essa proporção poderá ser acentuada em sentido contrário, quando o pescador colhe quantidade de peixe em muito superior ao preço recebido.

É a possível desigualdade entre as prestações, bem como a impossibilidade de se verificar desde logo o montante da prestação de uma ou de outra parte, que caracteriza o contrato aleatório.

VENDAS ALEATÓRIAS: "EMPTIO REI SPERATAE"

Agora o risco assumido pelo adquirente não mais diz respeito à existência futura da coisa comprada, mas à sua existência em maior ou menor quantidade.

Mas, nesta hipótese, diferentemente da primeira, mister se faz que a coisa objeto do negócio venha a existir em qualquer quantidade; assim, se ao pescador se comprou o produto do lanço de sua rede, assumindo-se apenas o risco de ele apanhar maior ou menor quantidade de pescado, o adquirente se liberará se a rede vier vazia (CC, art. 1119).

VENDAS ALEATÓRIA: COISAS JÁ EXISTENTES E EXPOSTAS A RISCO

O contrato pode ser aleatório, por se referir a coisas existentes, mas expostas a risco. Se o adquirente assumir tal risco, terá o alienante direito a todo o preço, ainda que coisa não mais existisse no dia do contrato.

Nota-se que no caso presente falta um elemento ao contrato de venda e compra, ou seja, a *res*. Não obstante, dada a álea assumida pelo adquirente, o negócio sobrevive.

LIVRO III

DOS CONTRATOS EM ESPÉCIE

CAPÍTULO I

DA COMPRA E VENDA

CONCEITO

Art. 1122. Pelo contrato de compra e venda, um dos contraentes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro

Defluem obrigações recíprocas para cada uma das partes. Para o vendedor a obrigação de transferir o domínio da coisa; para o comprador a de entregar o preço.

O CARÁTER OBRIGACIONAL DA COMPRA E VENDA

Os efeitos derivados do contrato são meramente obrigacionais, e não reais, pois a compra e a venda não transfere, por si só, o domínio da coisa vendida, mas gera apenas, para o devedor, a obrigação de transferi-lo.

Há mister de se recorrer a um procedimento complementar, ou seja, a um modo de adquirir a propriedade, que é a *traditio*.

O domínio se transfere não pelo contrato, mas pela tradição, se o objeto do negócio for móvel; e pela transcrição se imóvel.

NATUREZA JURÍDICA

A compra e venda é contrato consensual, sinalagmático, oneroso, em regra comutativo, em alguns casos sujeitos à forma prescrita em lei, porém, no mais das vezes, independendo de qualquer solenidade.

É consensual - se aperfeiçoa pela mera coincidência de vontades sobre o preço e a coisa.

É sinalagmático - envolve prestações recíprocas de ambas as partes.

É oneroso - implica sacrifício patrimonial para ambos contratantes

A compra e venda, regra geral, é contrato comutativo, porque a estimativa da prestação a ser recebida por qualquer uma das partes pode ser feita no ato mesmo em que o contrato se aperfeiçoa.

Em regra a compra e venda independe de forma determinada. Nas compras e vendas de bens imóveis reclama a lei a forma da escritura pública. Nestes casos o contrato é solene. Naqueles não.

ELEMENTOS DA COMPRA E VENDA

O art. 1126 acima transcrito, considerando perfeita a venda desde que haja acordo sobre a coisa e sobre o preço, oferece os três elementos que compõem esse contrato: *consensus, pretium e res*.

O consentimento (*consensus*) deve recair sobre o objeto e sobre o preço, com a deliberação de alcançar o resultado que o contrato oferece: a aquisição da coisa e a transferência do preço. Daí o mister de distinguir a compra e venda do contrato preliminar de compromisso de compra e venda. O compromisso - por isso que é contrato preliminar - tem por objeto um futuro contrato de compra e venda; enquanto, neste último contrato, as partes se obrigam: uma, a transferir o domínio da coisa; outra, o preço ajustado.

O preço (*pretium*) é o segundo elemento estrutural do negócio. Ele deve ser em dinheiro, pois, se o não for, caracteriza-se o contrato de troca e não o de compra e venda.

Ademais deve ser sério, pois se for irrisório ou fictício não haverá compra e venda, mas talvez doação.

Mister se faz ainda que o preço seja determinado, ou determinável de maneira precisa. Assim, a lei permite que a fixação do preço fique a arbítrio de terceiro, contanto que os contratantes o designem desde logo, ou prometam designá-lo (CC, art. 1123); como também permite que se deixe tal fixação à taxa do mercado ou da bolsa, em certo e determinado dia e lugar (CC, art. 1124). O que não se possibilita, entretanto, é que se deixe ao arbítrio exclusivo de uma das partes a taxação do preço (art. 1125).

A coisa (*res*) é o terceiro elemento básico do negócio. Em tese podem ser objeto de compra e venda todas as coisas que não estejam fora do comércio. Assim, escapam ao campo da compra e venda as coisas insuscetíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis.

- a) Em tese, a venda de coisa alheia é nula, pois ninguém pode alienar o que é seu;
- b) A venda de coisa futura é negócio lícito.

CONSEQÜÊNCIAS SUBSIDIÁRIAS DERIVADAS DA COMPRA E VENDA

A) OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS: RESPONSABILIDADE PELA EVICÇÃO E PELOS VÍCIOS REDIBITÓRIOS - o alienante responde pela perda que o adquirente venha a sofrer ao ser privado da coisa comprada, em virtude de sentença judicial que a atribui a terceiro; como também responde pelos vícios ocultos de que a coisa vendida por acaso seja portadora.

B) DESPESAS DO CONTRATO - o princípio da autonomia da vontade contratual faculta às partes a prerrogativa de ajustar o que entenderem a respeito, atribuindo a uma ou a outra parte provenientes do contrato. Em seu silêncio, entretanto, supre a lei, parcialmente, a omissão, dispondo que as despesas da escritura ficam a cargo do comprador e as da tradição, a cargo do vendedor (CC, art. 1129).

C) O PROBLEMA DOS RISCOS - até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador, o legislador nada mais faz do que aplicar o princípio segundo o qual *res perit domino*, isto é, a coisa perece em poder do seu dono. Exceção a tal princípio se apresenta quando o comprador está em mora de receber a coisa comprada.

O comprador ainda não é dono, pois não se procedeu a tradição. Não obstante sofre os riscos da coisa. A exceção se funda na idéia de que a mora do credor não pode agravar a responsabilidade do devedor.

D) A QUESTÃO DA GARANTIA - a compra e a venda, como contrato bilateral que é, implica a existência de prestações recíprocas entre as partes, prestações que se têm por causa uma da outra, o vendedor se dispões a abrir mão da coisa para obter o preço; o comprador concorda em privar-se do preço para obter a coisa. Por conseguinte, não se havendo ajustado o prazo, a permuta das prestações deve ser simultâneo, pois só dessa maneira se obtém absoluta garantia de que o contratante que recebe sua prestação cumprirá a que lhe compete.

Art. 1130 não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa. O vendedor desfruta de uma garantia mais ampla que o comprador.

O art. 1092 permite ao contratante, que deva prestar em primeiro lugar, o sobrestamento da prestação, desde que ocorra diminuição no patrimônio do outro, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual o mesmo se obrigou; enquanto o art. 1131 só permite a sustentação da entrega da coisa vendida a prazo, se o comprador cair em insolvência.

De maneira que, embora as regras se inspirem em preocupação de igual natureza, o legislador pretendeu ser mais rigoroso na compra e venda que nos demais contratos, pois condicionou a retenção da coisa vendida a prazo à prova da insolvência do comprador.

LIMITAÇÕES À COMPRA E VENDA DECORRENTES DA FALTA DE LEGITIMAÇÃO DE UMA DAS PARTES

A lei nega legitimação a diversas pessoas para participarem da compra e venda, em virtude de sua peculiar relação em face do negócio que se tem em vista.

A) VENDA A DESCENDENTE

O art. 1132 do CC determina que os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consintam.

O propósito do legislador é o de evitar que através de uma simulação fraudulenta o ascendente altere a igualdade dos quinhões hereditários de seus descendentes, encobertando liberalidades por meio de fingidos negócios onerosos.

Principais problemas que o tema propõe:

I - Da legitimação ativa para a demanda. A lei só defere tal ação aos descendentes, de maneira que dela estão excluídos outros herdeiros necessários, ou seja, os ascendentes. Pois trata-se de disposição restritiva de direito, que por isso mesmo não admite interpretação analógica.

II - Da forma e prova da anuência e da possibilidade de seu cumprimento judicial. O art. 1132 apenas demanda que a concordância dos descendentes seja expressa sem exigir a atualização de qualquer forma definida.

Discute-se ainda se pode haver suprimento judicial do consentimento, quando os demais descendentes, injustamente, se recusam a concordar com a venda projetada pelo ascendente a um de seus descendentes.

Se o suprimento judicial corrige a arbítrio de uma recusa injusta, deve ser admitido, pois o interesse social da circulação da riqueza prevalece sobre o individual do descendente recusante, cada vez que o móvel deste último não seja legítimo.

III - Do momento em que deve ser proposta a ação e da qual começa a correr o prazo da prescrição. Pontos principais:

I- a ação do descendente para obter declaração de nulidade da venda feita pelo ascendente a outros descendentes, pode ser proposta ainda em vida do alienante, isso porque sua legitimação ativa decorre não de sua expectativa, como herdeiro, mas sim da infringência por parte do ascendente de norma cogente de direitos das obrigações, que condiciona a validade da alienação ao prévio assentimento dos outros descendentes;

II- o ato de alienação, em causa, é nulo e não meramente anulável, porque implica a expressa desobediência a preceito cogente da lei.

III- O fato de a venda ter sido feita por interposta pessoa não transporta o caso para o campo da simulação, onde mister se faria anular o negócio simulado, antes de lançar mão da ação para declarar a nulidade absoluta do negócio; este negócio feito por interposta pessoa é negócio realizado em fraude à lei e por conseguinte eivado de nulidade absoluta;

IV- As ações de nulidade absoluta são prescritíveis no prazo de 20 anos;

V- O prazo de prescrição da ação declaratória de nulidade de vendas feitas por ascendentes a descendentes, sem a concordância dos outros descendentes, que como se disse é de 20 anos, conta-se da data do contrato.

IV - Da finalidade da ação: nulidade ou anulação do negócio. O fato de haver, de início, definido a venda de ascendente a descendente como simulação presumida conduziu o autor à conclusão natural de que a ação para anulá-la seria a de anulabilidade, com fundamento no art. 147 do CC. A concepção de ser referido negócio apenas anulável é a da maioria dos escritores brasileiros.

A idéia de fraude à lei só se justifica em casos em que o agente procura contornar leis de ordem pública. Nos casos em que apenas o interesse particular está em jogo, não há infração de norma que mereça tão violenta reação do ordenamento jurídico. Sendo o ato então anulável, cuja lesão deve ser definida apenas pelo prejudicado.

I- A venda direta de ascendentes a descendentes, sem anuência dos outros descendentes, é negócio infringente do dispositivo cogente do art. 1132 do CC, e como tal está eivado de nulidade absoluta

II- A venda de ascendentes para descendentes através de interposta pessoa é negócio praticado em fraude à lei e por conseguinte nulo, pois o ordenamento jurídico não pode consentir que se consiga, por via indireta, aquilo que ele expressamente veda pela via direta;

III- O prazo de prescrição é de 20 anos e se inicia a partir da conclusão no negócio malsinado.

V - Da validade da venda sem o consentimento dos outros descendentes, se houver prova de onerosidade do negócio e da equivalência das prestações. Presunção *juris et de jure*, não se poderia cogitar da validade do negócio realizado sem anuência dos demais descendentes. Relativa a presunção de simulação, obviamente dever-se-ia admitir prova em contrário, ou seja: o negócio valeria, a despeito de infringência do preceito legal, uma vez que o interessado demonstrasse que não houve simulação, pois o negócio foi real, ocorrendo relativa equivalência das prestações.

Se o negócio foi levado a efeito sem a concordância dos demais descendentes, sua ineficácia é inescindível.

B) COMPRA POR PESSOA ENCARREGADA DE ZELAR PELO INTERESSE DO VENDEDOR

art. 1133 do CC nega a determinadas pessoas legitimação para adquirir bens, quer em virtude de lhes cumprir zelar pelo interesse do vendedor, quer por desfrutarem de uma posição de que se poderiam valer para tirar injustificada vantagem do negócio.

Os dois primeiros incisos desse artigo contemplam hipóteses de pessoas que cuidam de interesses alheios tal o tutor, o curador, o testamenteiro, os administradores e os mandatários. São proibidos de comprar os bens de seus pupilos, curatelados, etc., porque ao se transformarem em compradores seu interesse começa a conflitar com aquele que por função lhes cumpre defender.

C) VENDA POR CONDÔMINO DE COISA INDIVISÍVEL

O condômino, como proprietário que é, tem a prerrogativa de dispor da coisa, direito que, de resto, lhe reconhece a lei (CC, art. 623).

Todavia, se o bem comum for indivisível, a faculdade de vendê-los encontra limitação na regra do art. 1139 do CC:

Art. 1139. Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de seis meses.

Assim sendo, se a coisa por divisível ampla é a liberdade de alienar do comunheiro; se indivisível, só pode vendê-la a estranhos após havê-la oferecido por igual preço aos consortes. Só após tal oferta, e mediante a recusa dos mesmos, fica legitimado para vendê-las alhures.

REGRAS ESPECIAIS SOBRE ALGUMAS MODALIDADES DE VENDA

A) VENDA POR AMOSTRA

Trata-se de venda ultimada à vista de amostra exibida pelo vendedor, que provocou o assentimento do comprador. O negócio está perfeito e acabado, daí surgindo para este último o direito de obter entrega de coisa igual à amostra. Assim, se o vendedor se arrepender e propositalmente enviar coisa diversa ao comprador, a este compete enjeitar o objeto ofertado, bem como exigir a mercadoria que adquiriu, igual à amostra.

A lei civil (art. 1134) determina que o vendedor assegure ter a coisa vendida as qualidades da amostra. De modo que o fato de o objeto negociado diferir da amostra configura inadimplemento do devedor.

B) VENDA "AD CORPUS" E VENDA "AD MENSURAM"

O art. 1136 do CC distingue, na venda de um imóvel, aquela que é feita *ad mensuram*, da que é feita *ad corpus*.

A venda se diz ad mensuram quando a preocupação das partes for vender e comprar determinada área de terreno. O negócio é estipulado tendo em vista uma certa dimensão.

Nestes casos o propósito do comprador é obter aquela área determinada, necessária e suficiente para o seu negócio. E o preço foi pago tendo em vista esse fim. Se porventura o imóvel não apresenta referida extensão, frustra-se uma expectativa com que o comprador legitimamente contava. Por isso, o legislador dá-lhe ação para pedir a complementação da área, a fim de obter aquilo que comprou.

É possível, contudo, que não tenha o vendedor área contígua, com que complementar a faltante. Neste caso abre a lei, ao comprador, uma alternativa. Pode ele preferir manter o negócio, resignando-se a ficar com menor área, ou, pode impor a rescisão da compra e venda, se entender que a área menos não lhe permite alcançar o fim visado. A regra se encontra na 1ª parte do art. 1136.

A venda se diz ad corpus quando a preocupação das partes é vender e comprar coisa certa e discriminada, na forma que exige objetivamente, sem que a circunstância de ter uma ou outra extensão constitua motivo de maior relevo na formação do consentimento. Nesses negócios entende-se que a referência à medida é meramente enunciativa, tendo por finalidade, apenas, melhor caracterizar a coisa. Por essa razão, na venda ad corpus não se defere, ao comprador que verificou não ter o imóvel comprado a medida constante da escritura, qualquer ação contra o vendedor. E a regra se encontra na 2ª parte do art. 1136.

Havendo dúvida quanto ao fato de a venda ser ad corpus ou ad mensuram e ocorrendo desconformidade entre a medida enunciada no instrumento e a que o imóvel efetivamente apresenta, presume o parágrafo único do art. 1136 do CC que se trata da venda de coisa certa.

A presunção contida no parágrafo único do art. 1136 ;e *juris tantum*, por conseguinte vencível por prova em contrário.

Se a venda for ad corpus e a medida do imóvel não conferir com a do instrumento, nenhuma ação compete ao comprador.

Se a venda, entretanto, for ad mensuram, cave ao comprador a ação *ex empto*, pela qual reclama do vendedor a complementação da área.

Somente se tal complementação for impossível se lhe abre a já mencionada alternativa: ou pedir a rescisão do contrato, ou reclamar a batimento do preço.

A ação decorrente do art. 1136 compete exclusivamente ao comprador não podendo o vendedor, que entregou maior área, reclamar de volta o excesso.

C) VENDAS IMOBILIÁRIAS E EXIGÊNCIAS FISCAIS CORRESPONDENTES

Nas vendas de imóveis exige o fisco a transcrição das certidões negativas de impostos a que possam estar os mesmos sujeitos. Cumprindo tal requisito, fica o adquirente exonerado de responsabilidade pelos impostos vencidos.

D) DEFEITO OCULTO NAS VENDAS DE COISAS CONJUNTAS

Dispões o art. 1138 do CC que, nas coisa vendidas conjuntamente, o defeito de oculto de uma não autoriza a rejeição de todas.

Em muitos casos de coisas coletivas, o defeito de uma se propaga às outras, desvalorizando o todo. Se o vendedor só pode devolver uma delas, é evidente que sofre prejuízo.

Se tratar de objetos que em conjunto componham uma coletividade, mister se faz distinguir se o defeito de uma contamina ou não o todo, diminuindo-lhe o valor.

EXPEDIENTES PARA GARANTIA DO VENDEDOR

A) COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA

O compromisso de venda e compra, como contrato preliminar que é, tem por objeto um contrato futuro de venda e compra. Assim sendo, pode ser definido como ajuste de vontades, por meio do qual os contratantes prometem, reciprocamente, levar a efeito uma compra e venda.

Na compra e venda, o vendedor se obriga a transferir o domínio e este efetivamente se transfere, com a transcrição do título no registro de Imóveis. Todavia, na mera promessa bilateral de venda e compra, o promitente vendedor apenas promete que, no futuro, e se receber o preço, venderá o imóvel pretendido. De modo que continua titular do domínio, o qual será de futuro transferido. Tal posição constitui, obviamente, excelente garantia para o vendedor.

Ora, o compromisso de compra e venda apresenta-se como instrumento ideal para esse negócio especulativo, pois, além de dispensar algumas das formalidades do contrato definitivo e oferecer praticamente a mesma segurança, não estava sujeito ao imposto de transmissão "inter vivos".

A promessa unilateral de venda, conhecida sob o nome de opção, é aquela em que uma pessoa se obriga a vender certo bem a outra, dentro de certo prazo e por determinado preço, se o beneficiário quiser comprar. Nota-se que aqui só o promitente vendedor se obriga, fato que marca a unilateralidade do ato jurídico.

A promessa unilateral de compra, negócio raro na prática, dá-se quando uma pessoa se obriga a adquirir determinado bem da outra, por preço certo e dentro de prazo determinado, se esta o quiser vender.

A promessa bilateral, ou seja, o compromisso recíproco de venda e compra, envolve a vinculação de ambos os contratantes: um que promete vender - compromitente vendedor; outro, que promete comprar - compromissário comprador.

O contrato de compromisso de compra e venda, cujo fim é a outorga de um contrato definitivo, gera para as partes uma obrigação de fazer recíproca: a de passarem um contrato definitivo - a compra e venda.

As obrigações de fazer eram insuscetíveis de execução compulsória, o inadimplemento de tal obrigação, ao ver da maioria dos autores, sujeitava o faltoso apenas à reparação das perdas e danos, com o apoio do art. 1056 do CC.

Aliás, quando a promessa fosse de negócio que só pudesse ser provado por instrumento público, a própria lei de feria aos promitentes a prerrogativa de se desdizerem, mediante indenização de perdas e danos. É a regra que se encontra no art. 1088 do CC.

Por conseguinte, não se cogita da execução direta desse tipo de obrigação de fazer.

Aos poucos, entretanto, foram se difundindo os contratos com cláusula de irretratabilidade, ou seja, contratos, em que as partes renunciavam à prerrogativa de se arrependerem.

Quando a obrigação de fazer consistisse na emissão de uma declaração da vontade, era ela suscetível de execução direta, pois a sentença que reconhecesse a obrigação passava a substituir a declaração que não fora emitida.

Essa evolução veio atender a um reclamo de segurança nos negócios imobiliários, impostos pela necessidades de prática.

B) VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO

Na venda com reserva de domínio, o alienante, embora tendo transferido ao adquirente a posse da coisa alienada, conserva o domínio sobre a mesma até ser pago da totalidade do preço

A utilização mais intensa das vendas com reserva de domínio coincidiu com a multiplicação dos negócios a prestação

A conexão entre os dois fenômenos - difusão dos contratos de venda com reserva de domínio, a par do aumento das vendas a prestação - decorre de que aquela modalidade de negócio constitui, igualmente, um elemento de garantia do alienante, que retém o domínio da coisa vendida, até ser pago da totalidade do preço. De modo que, se o preço não foi integralizado no tempo devido, o vendedor pode reivindicar a coisa ou se reintegrar em sua posse, porque conserva condição de dono, e o comprador inadimplente perde a legitimação para detê-la.

Instrumento que garante o vendedor, constitui a cláusula de reserva de domínio elemento incentivador do crédito e consumo.

Larga é a controvérsia sobre a natureza jurídica da venda com reserva de domínio, prevalecendo a opinião de se tratar de venda condicional, que se aperfeiçoa pelo advento de um fato futuro e incerto, ou seja, a pagamento de preço.

Se para valer entre as partes basta que a venda com reserva de domínio se ultime por escrito, deve o contrato ser registrado, para ter eficácia erga omnes.

O inadimplemento da obrigação de pagar as prestações devidas, por parte do comprador, abre para o vendedor uma dupla via: a) pode este pleitear o pagamento das obrigações vencidas e vincendas; ou b) pode considerar desde logo rescindido o contrato e pleitear a reintegração na posse.

a) deixando o comprador de pagar no vencimento uma das prestações, a lei considera vencidas as outras, competindo ao vendedor, mediante ação que couber ao título vencido, cobrar umas e outras.

b) Se entretanto, em face ao inadimplemento do devedor, o credor preferir reaver a coisa, poderá, igualmente, fazê-lo. Iniciará sua ação com o pedido prévio de apreensão e depósito da coisa, o qual lhe será deferido independentemente da audiência do comprador, para evitar que o mesmo a aliene, esconda ou deteriore.

C) ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

A alienação fiduciária em garantia é o negócio jurídico através do qual o adquirente de um bem móvel transfere o domínio do mesmo ao credor que emprestou o dinheiro para pagar-lhe o preço, continuando, entretanto, o alienante a possuí-lo pelo constituto possessório, resolvendo-se o domínio do credor, quando for ele pado de ser crédito.

Nota-se que mediante o constituto possessório o adquirente continua na posse direta do veículo, por exemplo, transferindo-se para o financiador apenas a titularidade do domínio e a posse indireta. A propriedade adquirida pelo financiador é resolúvel, pois no momento em que for satisfeito de seu crédito, o seu domínio se resolve, e a propriedade plena do veículo se reintegra no patrimônio do adquirente.

A garantia representada pela alienação fiduciária é absolutamente satisfatória, pois é representada pelo próprio domínio da coisa, bem como pela posse indireta, que é transferida pelo financiado, ao financiador. Este é dono. É certo que sua propriedade não é plena, posto que resolúvel (CC, art. 525), mas a plenitude do domínio será por ele alcançada no momento em que caracterizar a inadimplência do financiado.

De modo que. Ocorrendo esta, ou seja, se o financiado deixar de pagar as prestações por ele devidas, a coisa alienada fiduciariamente se integra inexoravelmente no patrimônio do credor, dando-lhe o ensejo de obter a posse direta da mesma, para o fim de vendê-la e pagar-se de seu crédito.

Se examinarmos a natureza jurídica do instituto, verificaremos tratar-se de compra e venda feita sob condição resolutiva. O negócio se aperfeiçoa desde logo e gera todos os seus efeitos. Resolvendo-se se ocorrer o evento futuro e incerto representado pelo pagamento do débito pelo devedor.

Comprovada a mora no pagamento de uma das prestações, as demais se vencem por antecipação e o credor pode, desde logo, requerer a busca e apreensão da coisa, a qual será concedida liminarmente.

CAPÍTULO IV

DA DOAÇÃO

DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA

O art. 1165 do CC, caracterizando a doação como o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens e vantagens para o de outra, que os aceita, propicia boa definição desse tipo de negócio.

É contrato unilateral, gratuito, consensual e, via de regra, solene.

Unilateral, porque envolve prestação de uma só das partes.

Gratuito, porque se inspira no propósito de fazer uma liberalidade.

Consensual, porque se aperfeiçoa pela conjunção das vontades do doador e do donatário.

Solene, porque a lei lhe impõe forma escrita, a menos que se trata de bens móveis de pequeno valor, seguindo-se-lhe de imediato a tradição.

Entretanto a doação, como a compra e venda ou a troca, ou como qualquer outro contrato, é insuficiente para transferir o domínio. Este só se transfere do doador ao donatário através da tradição, se for móvel o objeto, ou da transcrição, se se tratar de coisa imóvel.

DA ACEITAÇÃO

A aceitação é a manifestação concordante da vontade do donatário, indispensável para o aperfeiçoamento do negócio. Ela pode ser expressa ou tácita e, além disso, algumas vezes a lei presume. Apenas a lei presume, no caso do incapaz (art. 1170), ou permite que seja formulada pelos pais, no caso do nascituro.

A aceitação é expressa quando revelada verbal ou escrita e ainda por gestos, quando estes significam concordância direta com o negócio.

É tácita quando resulta de um comportamento do donatário, incompatível com sua recusa à liberalidade

A aceitação é presumida por lei em várias hipóteses, a saber:

- a) quando o autor da liberalidade não sujeita a encargo fixa prazo ao donatário para declara se aceita ou não e este se mantém silente (CC, art. 1166). Neste caso o silêncio do beneficiário induz à presunção de aceitação, pois do ato só benefício lhe resulta.
- b) Quando se tratar de doação pura e o beneficiário for incapaz de manifestar seu consentimento (art. 1170). Isso porque as regras sobre as incapacidades surgiram para proteger o incapaz.
- c) Quando a doação é feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa e o casamento se realizar.

A lei permite, ademais, que o consentimento do beneficiário seja suprido pelo de seus pais, quando se tratar de nascituro. Como a doação pura não pode senão beneficiar o futuro donatário, o contrato se aperfeiçoa com a anuência de seus pais, que substitui a concordância faltante do nascituro.

Não tendo nascituro personalidade, a qual só será adquirida se nascer com vida, a doação a ele feita se resolverá, se nascer morto. Isso porque ficará faltando, na relação contratual, a presença de um elemento básico, isto é, o donatário.

DA FORMA DA DOAÇÃO

A doação é, em regra, contrato solene, pois depende de forma prescrita em lei. Far-se-á por escritura pública, ou instrumento particular.

Como tal negócio envolve a transferência, a título gratuito, de algum valor do patrimônio do doador para o do donatário, é mister, mais do que alhures, que se assegure a liberdade do declarante e se impeça que sua atitude se alimente na precipitação e na leviandade.

Com efeito:

- a) o parágrafo único do art. 1168 consagra a validade da doação verbal, quando a liberalidade tiver por objeto bens móveis de pequeno valor e se lhe seguir *incontinenti* a tradição;
- b) o art. 134 do CC impõe a forma solene da escritura pública para os contratos substitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a dez cruzeiros

ESPÉCIES DE DOAÇÃO

- A) **A DOAÇÃO PURA**, que consiste em mero benefício na qual o devedor é movido pelo exclusivo espírito de liberalidade.
- B) **A DOAÇÃO REMUNERATÓRIA**, feita com o propósito de pagar um serviço prestado pelo donatário, mas cujo co-respectivo não foi, ou não podia ser, exigido.
- C) **A DOAÇÃO COM ENCARGO**, na qual se impõe ao donatário uma contraprestação que ele deve cumprir e donde resulta uma vantagem para o doador ou para terceiro.

A lei declara que tanto a doação remuneratória como a gravada não perdem o caráter de liberalidade, no excedente ao valor dos serviços remunerados ou do encargo imposto (CC, art. 1167). De modo que se a doação foi remuneratória, mas o valor do benefício excedeu ao do serviço prestado, é ela negócio oneroso até o montante do valor do serviço, e liberalidade no excedente. Se a doação for com encargo, será negócio oneroso até o valor do encargo, e liberalidade no que exceder.

DAS DOAÇÕES DE PAIS A FILHOS

São meras liberalidades e o que as diferencia das outras doações é o fato de o art. 1171 considerá-las adiantamento de legítima.

O propósito do legislador, neste passo, é assegurar a igualdade dos quinhões hereditários, de modo que as liberalidades havidas pelos filhos dos pais, em vida destes, devem ser aqueles conferidos na sucessão do ascendente.

Para que a liberalidade beneficie um filho em detrimento dos outros, é mister que o doador a inclua em sua quota disponível, com expressa menção de que o donatário fica dispensado da colação. Caso isso não ocorra, entende-se que a doação do pai ao filho nada mais é do que o adiantamento daquilo que por morte do doador o donatário receberia.

RESTRICÇÕES À LIBERDADE DE DOAR

A) DOAÇÃO DE TODOS OS BENS DO DOADOR

O art. 1175 determina ser nula a doação de todos os bens, sem reserva da parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.

Tem o propósito direito de proteger o doador, não permitindo que, por sua leviandade ou imprevidência, caia em penúria. Mas tem, por igual, escopo indireto de proteger a sociedade, evitando que o Estado se veja compelido a prestar assistência amais um desgraçado.

A proibição da doação de todos os bens, de resto tradicional em nosso direito, pode ser ilidida quando o doador se reserva o usufruto dos mesmos, ou de parte deles.

B) DOAÇÃO DA PARTE INOFICIOSA

Prescreve o art. 1176 do CC ser nula a doação quando à parte que exceder a de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor por testamento.

Aqui o legislador tem por finalidade primeira proteger o interesse dos herdeiros necessários do doador.

O legislador de 1916 restringiu a liberdade de testar, das pessoas com herdeiros necessários, à metade de seus bens.

Se a pessoa não tem ascendentes, nem descendentes, ampla é a sua liberdade de doar ou de testar, a qual só encontra obstáculo na impossibilidade de fazer doação de todos os bens.

No conflito entre dois interesses, isto é, os dos herdeiros do doador e o da sociedade, deve a lei preferir o desta última.

C) DOAÇÃO DE ONDE RESULTA PREJUÍZO PARA OS CREDORES DO DOADOR

Ao cuidarmos de fraude contra credores, vimos que a lei presume fraudulentos os atos de transmissão gratuita de bens, quando os pratique o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência. E por assim cuidá-los permite a sua revogação, através da ação pauliana (CC, art. 106).

Aqui a regra se inspira no propósito de proteger os credores do doador. Se o patrimônio do devedor responde por suas dívidas e estas superam o ativo, é óbvio que a doação feita pelo insolvente constitui uma liberalidade realizada com dinheiro alheio, operação com a qual o ordenamento jurídico não pode concordar.

D) DOAÇÃO DO CÔNJUGE A SEU CÚMPLICE

Tal proibição é constante no art. 1177 do CC, se inspira na idéia de proteção à família e na repulsa ao adultério, que não só a ameaça, como constitui afronta à moral e aos bons costumes.

Assim, a lei defere ao consorte do adultério a prerrogativa de anular a liberalidade feita a seu cúmplice

DA REVOGAÇÃO DA DOAÇÃO

A) POR MOTIVOS COMUNS A TODOS OS CONTRATOS

Dispensava a lei de mencionar a hipótese, dada a sua evidência. Se o legislador trata da doação como contrato, todos os defeitos que infirmem o ato jurídico - erro, dolo, coação, simulação e fraude - são, evidentemente, capazes de anulá-la.

B) POR SER RESOLÚVEL O NEGÓCIO

É o caso do art. 1174 do CC, em que o doador estipula que os bens doados voltem ao seu patrimônio, se sobreviver ao donatário. O domínio transferido por força da transcrição do instrumento de doação, é resolúvel, pois tem a infirmá-lo aquela condição resolutiva.

C) POR DESCUMPRIMENTO DO ENCARGO

Eis os expressos termos do parágrafo único do art. 1181 do CC: a doação onerosa poder-se-á revogar por inexecução do encargo, desde que o donatário incorrer em mora. Aqui se trata de um negócio misto que em parte é liberalidade e em parte negócio oneroso, pois a transferência de bens do patrimônio do doador para o donatário tem como causa a prestação co-respectiva deste último, representada pelo encargo. De modo que, descumprido o encargo, justifica-se a revogação da doação.

D) POR INGRATIDÃO DO DONATÁRIO

Além dos casos comuns a todos os contratos - diz o art. 1181 do CC -, a doação também se revoga por ingratidão do donatário. Se inspira no propósito não só de punir o beneficiário ingrato, como de dar satisfação moral do doador, que foi vítima da ingratidão

A proibição de renunciar ao direito de revogar a doação mostra que o interesse que se visa proteger é mais o da sociedade que o do indivíduo.

De qualquer maneira, a revogação dos atos jurídicos constitui sempre um mal, por introduzir elemento de incerteza no âmbito das relações humanas, funesto para o desenvolvimento dos negócios.

- I. Só se revogam por ingratidão do donatário as doações puras, visto que o art. 1187 do CC proclama serem irrevogáveis, por esse motivo, as doações puramente remuneratórias, as oneradas com encargo, as que se fizerem em cumprimento de obrigação natural ou para determinado casamento.
- II. Com o mesmo propósito de reduzir o exercício da revogação da doação, negou a lei ilimitado arbítrio ao doador, em desfazer a liberalidade.

Art. 1183. Só se podem revogar por ingratidão as doações:

- I. se o donatário atentou contra a vida do doador;
- II. Se cometeu contra ele ofensa física;
- III. Se o injuriou gravemente, ou o caluniou.
- IV. Se, podendo ministrar-lhos, recusou ao doador os alimentos, de que este necessitava.

A ação revocatória da doação é pessoal do doador e deve ser dirigida contra o donatário. Assim, o direito de revogar a doação não passa aos herdeiros do doador nem prejudica os dos donatários (CC, art. 1185).

Apenas se foi ajuizada pelo doador e este morre, podem seus herdeiros prosseguir

- III. revogada por ingratidão uma liberalidade, não se resolvem os direitos reais constituídos anteriormente. (CC, art. 1186);

Visa o legislador ilidir os inconvenientes do desfazimento do negócio, pois determina que a revogação não prejudica os direitos de terceiros.

O donatário, antes da contestação da lide, é considerado possuidor de boa fé, pois faz seus os frutos percebidos.

CAPÍTULO V

DA LOCAÇÃO

CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A locação é o contrato pelo qual uma das partes, mediante remuneração que a outra paga, se compromete a fornecer-lhe, durante certo lapso de tempo, ou o uso e gozo de uma coisa infungível (locação de coisas); ou a prestação de um serviço (locação de serviços); ou a execução de algum trabalho determinado (empreitada).

Trata-se de contrato bilateral, oneroso consensual, comutativo e não solene.

Bilateral, porque envolve prestações recíprocas de cada uma das partes.

Oneroso, dado o seu propósito especulativo.

Consensual, porque independe da entrega da coisa para seu aperfeiçoamento, opondo-se, assim, aos contratos reais onde a tradição é elemento constitutivo do contrato.

Comutativo, porque cada uma das partes pode antever e avaliar a prestação que lhe será fornecida.

Não solene, porque a lei não impõe forma determinada

Na definição acima representada se destacam três elementos, ou seja, o tempo, o preço e o objeto do negócio, isso sem mencionar as partes - o locador e o locatário.

Trata-se de negócio de duração variável, podendo ser convencionado por tempo determinado ou indeterminado.

Os contratos fixados por tempo determinado cessam de pleno direito (afora legislação excepcional) quando finda o prazo estipulado, independente de notificação ou aviso, enquanto, se o prazo for indeterminado, a locação cessará por deliberação de qualquer das partes. Notificada a outra, com a antecedência prevista na lei.

A locação pode ter por objeto uma coisa, serviços ou ainda o fornecimento de uma coisa acrescida de serviços, como no caso de empreitada de trabalho e materiais.

A locação de coisas pode recair em bens móveis e imóveis. Todavia, se se tratar de locação de bens móveis, estes devem ser infungíveis, pois se a coisa cujo uso se concede é fungível, o contrato degenera em mútuo.

A locação de serviços pode Ter por objeto um trabalho físico ou intelectual, ou ainda a empreitada de uma obra onde o locador promete fornecer apenas seu trabalho, ou seu trabalho e materiais.

O preço, chamado renda ou aluguel na locação da coisa, salário ou soldada na locação de serviços, não precisa ser necessariamente em dinheiro, podendo consistir em bens de outra espécie.

DA LOCAÇÃO DE COISAS. DEFINIÇÃO

O contrato de locação de coisas é aquele em que uma das partes se obriga a ceder a outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição (CC, art. 1188).

OBRIGAÇÕES DO LOCADOR

O locador é obrigado a entregar ao locatário a coisa alugada, com suas pertencas e em estado de servir ao uso a que se destina, bem como a mantê-la nesse estado. É ainda obrigado a garantir ao locatário o uso pacífico da coisa.

I. Desse resulta para o locador não só a obrigação de entregar a coisa, mas de entregá-la em estado de servir ao uso a que se destina.

II. Ademais, compete ao locador manter a coisa em estado de servir ao uso a que se destina

A lei defere ao locatário, em caso de deterioração da coisa alugada, a seguinte prerrogativa: ou rescindir o contrato (se a deterioração for de tal vulto que frustrar sua utilização) ou pedir redução proporcional do aluguel. Não fala, entretanto, em dinheiro de exigir se proceda às reparações necessárias.

Se o locador se recusa a reparar a coisa julgada, compete ao locatário:

- a) reclamar a rescisão do contrato, com perdas e danos, nos termos do art. 1092, parágrafo único do CC;
- b) recorrer à ação competente, com fundamento no artigo 632 e s. do CPC; em tal ação poderá pleitear autorização para mandar executar as reparações às expensas do locador, nos termos da 1ª parte do art. 881 do CC e 634 do CPC.

III. Cumpre ainda, ao locador, garantir ao locatário o uso pacífico da coisa. Essa obrigação se desdobra em duas: a) abster-se o locador da prática de qualquer ato que possa afetar ou comprometer o uso e gozo da coisa locada; b) garantir ao locatário contra perturbações emanadas de terceiros

OBRIGAÇÕES DO LOCATÁRIO

I. o locatário é obrigado a zelar pela coisa alugada como se fosse sua, de modo que, se a não conserva como um homem prudente, pode o locador promover a rescisão da relação *ex locato*, ou reclamar indenização do prejuízo.

II. É obrigado a servir-se da coisa locada para os usos convencionais ou para aqueles que decorrem de sua natureza, não podendo alterá-los sem anuência do locador, sob pena de rescisão do contrato.

III. Cumpre ainda ao locatário pagar o aluguel no prazo legal ou no ajustado, pois esta prestação por ele devida é que constitui a causa das prestações fornecidas pelo locador.

IV. Finda a locação, deve o locador restituir a coisa, no estado em que a recebeu, salvo as deteriorações naturais ao seu uso regular. Portanto, duas obrigações contidas num só enunciado.

Com efeito, finda a relação *ex locato*, não tem mais o locatário qualidade para conservar a coisa, devendo, por conseguinte, devolvê-la.

DO TERMO FINAL DA LOCAÇÃO

A locação de coisas pode se ajustar por prazo determinado ou indeterminado.

Na hipótese de se haver fixado tempo determinado de duração a relação *ex locato* cessa de pleno direito com o advento do termo, independente de notificação ou aviso (CC, art. 1194), impondo-se, portanto, ao locatário, e como acima foi visto, o dever de devolver a coisa.

Se tal devolução não se perfaz, o locador deve reclamá-la através de notificação judicial dirigida ao locatário, a fim de colocá-la em mora, pois, caso contrário, seu silêncio poderá ser interpretado como concordância com a prorrogação do contrato, por igual aluguel, mas sem prazo determinado

Se, notificado, o locatário não restituir a coisa, sua mora poderá provocar dupla sanção:

- a) pagará o aluguel que o locador, na próxima notificação, arbitrar. Aqui se propicia ao senhorio um meio compulsório para forçar o locatário a cumprir sua obrigação
- b) responderá pelo dano que a coisa venha a sofrer, embora proveniente de caso fortuito

Por outro lado, entretanto, antes do vencimento do prazo, não poderá o locado reaver a coisa alugada, senão ressarcindo aos locatários os prejuízos resultantes, nem o locatário a poderá devolver, a menos que pague os aluguéis por tempo que faltar

O direito defluente do contrato de locação é um direito pessoal, vinculando as partes e semente elas.

A locação por tempo indeterminado cessará desde que qualquer das partes resolva dá-la por finda. Se se tratar de locação de prédio, tem o locatário o prazo de um mês para o desocupar se for urbano e, se rústico, o de seis meses.

DIREITO DE RETENÇÃO DO LOCATÁRIO

O direito de retenção "é a faculdade, concedida pela lei ao credor, de conservar em seu poder a coisa alheia que já detenha legitimamente, além do momento em que a deveria restituir, em garantia de um crédito que tenha contra o credor e decorrente de despesas feitas ou perdas sofridas em razão da coisa.

Trata-se de um meio direito de defesa, concedido ao credor de determinadas prestações, com o escopo de lhe proporcionar um meio compulsivo de maior eficácia, contra o devedor relapso.

A LEI nº 8245 DE 18 DE OUTUBRO DE 1991

A lei vigente disciplinou com maior minúcia toda a locação de imóveis urbanos, e uma de suas mais importantes inovações foi a expressa revogação da velha Lei de luvas.

Chama-se denúncia vazia a prerrogativa, concedida ao locador, de rescindir o contrato por prazo indeterminado, a seu alvedrio, portanto sem dar motivação.

DO INCÊNDIO DO PRÉDIO LOCADO

O art. 1208 do CC determina que responderá o locatário pelo incêndio do prédio, se não provar caso fortuito ou força maior, vício de construção ou prorrogação de fogo originado em outro prédio

Portanto, adotou o legislador, aqui, o princípio da presunção de culpa do locatário, que responde pelos danos derivados do incêndio. A idéia se funda no argumento de que o incêndio em geral decorre de culpa do locatário. *Incendia plerumque fiunt culpa inhabitantium*. Todavia, tal presunção é vencível por prova de que o sinistro teve, como causa, uma daquelas três excludentes mencionadas na lei: caso fortuito, defeito de construção, ou propagação de fogo de prédio vizinho.

LEASING

O contrato de Leasing é, fora de dúvida, uma espécie do gênero locação. Trata-se de negócio jurídico completo através do qual uma empresa, necessitando de certo equipamento (ou mesmo de um determinado imóvel, em vez de adquiri-lo consegue que uma instituição financeira o faça, com o intuito de alugá-lo à mesma empresa, por um certo prazo, ao fim do qual o locatário devolverá o equipamento locado; entretanto, do contrato poderá constar, e ordinariamente consta, a possibilidade de o locatário

optar pela renovação da locação, ou pela aquisição do mesmo equipamento por um preço residual, que já foi estipulado no momento em que se celebrou a avença.

De modo que o contrato de leasing, em que figuram como partes o arrendador-financiador e o locatário financiado, contempla, em seu início, a presença de uma outra parte, ou seja, a do alienante do equipamento almejado.

A origem do contrato encontra explicação no interesse que oferece ao locatário. Através do contrato de leasing, o locatário, em vez de despende parte de seu capital na aquisição de equipamento, somente toma em locação o maquinário de que necessita, utilizando o dinheiro, assim poupado, no giro de seu negócio.

Através do contrato de leasing, com opção final de compra, o locatário, ao fim do prazo contratual - ordinariamente de cinco anos - , escolhe a alternativa que mais lhe convier. Decidirá se adquire a coisa locada, ou renovará a locação, ou a devolverá se ela houver se tornado obsoleta, locando outra mais moderna, aparecida posteriormente.

CAPÍTULO VI

DA EMPREITADA

CONCEITO

Através do contrato de empreitada, uma das partes - o empreiteiro - se compromete a executar determinada obra, pessoalmente ou por meio de terceiros, em troca de certa remuneração fixa a ser paga pelo outro contraente - dono da obra -, de acordo com instruções deste e sem relação de subordinação. Trata-se de uma espécie do gênero locação de serviços e dele difere por alguns traços distintos, dos quais destaco os dois principais:

- a) Na locação de serviços o objeto do contrato é apenas a atividade do locador. Sua remuneração é proporcional ao tempo eu dedicou ao trabalho, independente do sucesso do empreendimento. Na empreitada, ao contrário, o objeto da prestação não é o esforço ou a atividade do locador, mas a obra em si. De modo que a remuneração do empreiteiro continua a mesma, quer a execução da obra ocupe mais ou menos tempo, e só será devida se o empreendimento prometido for alcançado.
- b) Os elementos distintivos básicos entre os contratos de prestação de serviços e o de empreitada, porém, dizem respeito aos riscos e à relação de subordinação das partes.

Na locação de serviços o patrão assume os riscos do negócio. Na empreitada o empreiteiro assume os riscos da produção e, na qualidade de empresário, não está subordinado ao dono da obra, nem a ninguém.

NATUREZA JURÍDICA

A empreitada é contrato bilateral, consensual, comutativo, oneroso e não solene.

Bilateral, porque envolve prestação de ambas as partes.

Consensual, em oposição aos contratos reais, porque a empreitada é negócio que se aperfeiçoa pela mera junção de consentimentos.

Comutativo, porque qualquer deles tem elementos, desde logo, para antever o montante da prestação que receberá..

Oneroso, em virtude de seu propósito especulativo, envolvendo em sacrifício patrimonial para ambas as partes.

Não solene, porque não é daqueles contratos a que a lei impõe forma determinada.

PROPÓSITO DE SEGURANÇA ALMEJADO NO CONTRATO

A) O PROBLEMA DA VARIAÇÃO DO PREÇO DOS SALÁRIOS E DO MATERIAL

Art. 1246. O arquiteto, ou construtor, que, por empreitada, se incumbir de executar uma obra segundo plano aceito por quem a encomenda, não terá direito a exigir acréscimos no preço, ainda que o dos salários, ou do material, encareça...

O riscos da alta ou baixa são assumidos pelo empreiteiro, ficando o dono da obra, por força do contrato, ao abrigo de quaisquer perigos. O legislador afasta expressamente a incidência da cláusula *rebus sic stantibus*.

B) AUMENTO DA OBRA APÓS O CONTRATO

O legislador determina que o empreiteiro não pode cobrar as importâncias devidas por aumentos da obra, salvo se se aumentou, ou alterou, por instruções escritas de outro contratante e exibidas pelo empreiteiro.

ESPÉCIES DE EMPREITADA

A empreitada pode ser apenas de mão de obra - empreitada de labor -, ou pode o empreiteiro contribuir para a obra com seu trabalho e com os materiais - empreitada mista.

EFEITOS DA DISTINÇÃO

A distinção é relevante porque diferentes são os efeitos no que diz respeito aos riscos, conforme se trate de uma ou de outra espécie de negócio.

Se a empreitada é unicamente de labor, e a coisa, sem culpa do empreiteiro, perecer antes da entrega, quem sofre o prejuízo pelo seu perecimento é o dono da obra, pois os riscos correm por conta desse último (art. 1239).

Se o empreiteiro, ao contrário, fornece também os materiais, correm por conta deste último (art. 1238).

Res perit domino.

O empreiteiro perderá seu salário, a menos que prove Ter a perda resultado de defeito dos materiais e que ele, empreiteiro, em tempo reclamou contra sua qualidade ou quantidade.

Resumindo as hipóteses acima figuradas, em que a coisa perece sem culpa de qualquer das partes, temos:

- a) se a empreitada for de labor, o dono da obra sofre o prejuízo pelo seu perecimento e o empreiteiro perde os salários;
- b) se a empreitada for de labor e de materiais, os prejuízos são sofridos pelo empreiteiro, exceto no caso de mora do dono da obra, em que os mesmos se repartem.

OBRIGAÇÕES DO EMPREITEIRO.

RESPONSABILIDADE DO EMPREITEIRO PELA SOLIDEZ E SEGURANÇA DA OBRA

A obrigação básica do empreiteiro é de entregar a coisa no tempo e na forma ajustados. Se o não fizer, fia sujeito à obrigação genérica de reparar o prejuízo, de acordo com a regra geral do art. 1056 do CC.

A lei abre ao dono da obra uma alternativa. Pode ele enjeitá-la sem qualquer outra justificativa; ou pode, se preferir, recebê-la com abatimento de preço

Outra obrigação subsidiária do empreiteiro é a de pagar os materiais que recebeu, se por imperícia os inutilizar. Aqui se encontra outra aplicação da regra geral que impõe ao contratante inadimplente, se culpado, o dever de indenizar. A imperícia é elemento caracterizador de culpa.

"Art. 1245. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo, exceto, quando a este, se não o achando firme, preveniu em tempo o dono da obra".

OBRIGAÇÕES DO DONO DA OBRA

A obrigação fundamental do dono da obra, como é óbvio, é a do pagamento da dívida.

O empreiteiro tem direito de retenção para se garantir pelo pagamento da prestação que lhe é devida.

A Segunda importante obrigação do dono da obra é a de receber a coisa, se de acordo com suas instruções ou com as regras técnicas peculiares a trabalhos de tal natureza. A entrega pode ser parcial se a obra constar de partes distintas, se assim se ajustou ou se for daquelas que se determinam por medida.

A recusa injustificada do dono da obra em recebê-la caracteriza sua mora, ficando ele responsável por todos os efeitos dela decorrentes, inclusive a responsabilidade pelo seu perecimento fortuito. E o empreiteiro pode, com sucesso, requerer o depósito judicial da coisa.

Finalmente, responde o dono da obra, como é óbvio, pela rescisão unilateral do contrato, exceto nas hipóteses dos incisos I, V e VI do art. 1229.

CAPÍTULO VII

DO EMPRÉSTIMO

INTRODUÇÃO

Empréstimo é o contrato pelo qual uma das partes entrega uma coisa à outra, para ser devolvida em espécie ou em gênero.

Duas são as espécies de empréstimo: o comodato e o mútuo.

O comodato é o empréstimo de coisa não fungível, eminentemente gratuito, no qual o comodatário recebe a coisa emprestada para uso, devendo devolver a mesma coisa, ao termo do negócio.

O mútuo é o empréstimo de coisa fungível, destinada ao consumo. De modo que o mutuário, ao receber a coisa, torna-se seu proprietário, podendo destruir-lhe a substância, visto que não precisa devolver o mesmo objeto, mas apenas coisa da mesma espécie, qualidade e quantidade.

A circunstância de no mútuo o mutuário se tornar proprietário da coisa emprestada, transfere-lhe os riscos por sua perda, pois *res perit domino*, fato que não ocorre no campo do comodato. Como nesse contrato o domínio da coisa emprestada não se transfere ao comodatário, sua perda, por caso fortuito ou de força maior, é sofrida pelo comodante, pois *res perit domino*.

CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO COMODATO

O art. 1248 do CC define o comodato, dizendo ser o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto.

Neste conceito se encontram os três elementos básicos do contrato: a gratuidade do negócio, a não fungibilidade do objeto e a necessidade de sua tradição para o aperfeiçoamento do ajuste.

Trata-se de um contrato gratuito, real, unilateral e, em princípio, não solene.

Gratuito, deflui de sua própria natureza, pois se fosse oneroso se confundiria com a locação.

É contrato real, porque não se aperfeiçoa pela mera troca de consentimentos. Mister se faz a entrega da coisa, pelo comodante ao comodatário.

Unilateral, obrigações só incumbem aos comodatário, pois nenhum dever, em tese, onera o comodante.

O comodato é contrato não solene, pois a lei não lhe prescreve qualquer forma.

OBRIGAÇÕES DO COMODATÁRIO

- a) Velar pela conservação da coisa - o comodatário deve zelar pela coisa como o prudente pai de família. O comodatário deve conservar a coisa como se sua própria fosse, e o art. 1253 impõe-lha a pena de responder pelo dano, ainda que oriundo de força maior.

Da obrigação de conservar a coisa resulta, para o comodatário, uma outra: a de fazer as despesas de conservação necessárias para o uso e gozo da coisa. Estas despesas não são reembolsáveis

- b) Servir-se da coisa emprestada de forma adequada. A coisa emprestada será usada, pelo comodante, de acordo com os termos da convenção. Quando for omissivo o contrato, entender-se-á que a coisa foi emprestada para se utilizada de acordo com a sua natureza
- c) Restituir a coisa emprestada no momento devido. Sendo o comodato um contrato temporário, o comodatário deve restituir a coisa no termo convencionado ou, não se havendo fixado termo, findo o prazo necessário ao uso concedido.

Uma exceção, entretanto, se admite. De fato, pode o comodante reclamar a devolução da coisa emprestada, antes de findo aquele prazo, provando necessidade urgente e imprevista.

O descumprimento da obrigação de restituir coloca o comodatário em mora.

O comodatário moroso deve pagar um aluguel ao comodante, pois caso contrário, o forçaria a praticar uma liberalidade contra seu querer.. tais aluguéis serão os que o comodante arbitrar.

Em tese, o comodatário não responde pelos riscos. Entretanto, se estiver em mora de devolver a coisa emprestada, responde por sua [perda ou deterioração, ainda que decorrentes de caso fortuito.

EXTINÇÃO DO COMODATO

- I. O contrato de comodato se exaure pelo advento do termo convencionado. Se não houver termo ajustado, o comodato termina após haver o comodatário usado a coisa, de acordo com o fim para que foi emprestada.
- II. O contrato pode, ademais, ser pelo comodante rescindido antes desse termo, se o comodatário, de qualquer modo, descumprir suas obrigações, como quando, por exemplo, usa a coisa de forma diversa da que foi convencionada ou imposta por sua natureza.
- III. O comodato em virtude da gratuidade de sua natureza, pode ser resolvido pela manifestação unilateral da vontade do comodante, uma vez que prove a superveniência de necessidade imprevista e urgente.
- IV. Problema controvertido é o referente à extinção ou não do comodato, em razão da morte do comodatário.

Deve o julgador Ter em vista que se trata de um negócio intuitu personae, de modo que as vantagens dela oriundas, em regra, não se transmitem aos herdeiros do beneficiário. Mas podem se transmitir.

O juiz examinará as circunstâncias que rodearam a convenção, para verificar, em cada caso, se o intuitu personae era o seu elemento preponderante, e se a resolução do negócio não provocará injusto prejuízo aos sucessores do morto. Se se convencer disso, deve declarar findo o comodato.

CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO MÚTUO

O mútuo é espécie do gênero empréstimo. O art. 1256 do CC o define:

Art. 1256. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade ou quantidade.

De modo que esse contrato se distingue do comodato, porque, enquanto aquele tem por objeto coisa não fungível, este concerne às coisas fungíveis. Ora, como as coisas fungíveis são substituíveis indiferentemente uma por outras, não é obrigação do mutuário devolver a mesma coisa recebida, mas sim coisa da mesma espécie

Desse fato decorre que, recebendo em empréstimo coisa fungível, o mutuário se torna seu proprietário, passando os riscos, desde então, a correr por sua conta. Res perit domino.

Trata-se de um contrato real, unilateral, em princípio gratuito e não solene.

É contrato real, porque só se aperfeiçoa com a entrega da coisa emprestada.

A circunstância de o contrato apenas se aperfeiçoar com a entrega da coisa explica o caráter unilateral do negócio.

O contrato de mútuo surge como ato para socorrer um amigo. Daí presumir a lei seja gratuito. Permite ela, entretanto, se convençione expressamente sua onerosidade. Na quase totalidade dos casos de mútuo, fixam as partes um juro, que é a remuneração pelo uso do capital.

Trata-se de contrato não solene, pois a lei não determina se revista de forma obrigatória.

O EMPRÉSTIMO A MENORES E O "SENATUS CONSULTUS" MACEDONIANO

A lei no intuito de proteger o menor, nega ao mutuante, que lhe concedeu empréstimo sem prévia autorização do pai ao tutor, o direito de reaver a importância emprestada, quer do próprio menor, quer de seus fiadores, ou abonadores.

Referido senatus consultus (que tira seu nome do criminoso que matou o próprio pai para lhe herdar os bens e assim pagar suas dívidas) negava ao credor toda ação tendente a obter o pagamento do dinheiro emprestado e um *filius familiae*.

O codificador de 1916, inspirado nessas noções, permitiu que o menor, que tivesse bens granjeados no serviço militar e em função pública (portanto, pecúlio castrense ou quase castrense), obtivesse empréstimo válido, para cuja solução responderiam esses bens.

O AUMENTO DE GARANTIA RESULTANTE DA MUDANÇA DE FORTUNA DO MUTUÁRIO

Mais uma vez o legislador, com o propósito de proteger o credor, altera os termos do contrato, quando a fortuna do devedor se deteriora.

O credor consente no mútuo tendo em vista as condições de solvabilidade do mutuário. Se estas pioram a ponto de tornar duvidoso o seu reembolso, permite o legislador sejam exigidas garantias de restituição.

Como no mútuo oneroso a juro cobrado paga não só o aluguel do dinheiro, mas o risco corrigido pelo mutuante, a solução legal é injusta, porque permite cobrança do preço do risco embora procure eliminá-lo

CAPÍTULO VIII

DO DEPÓSITO

DEFINIÇÃO

O depósito é o contrato pelo qual uma pessoa - depositário - recebe, para guardar, um objeto móvel alheio, com a obrigação de restituí-lo quando o depositante o reclamar. Aperfeiçoa-se pela entrega da coisa.

A guarda da coisa alheia é, assim, a finalidade precípua do depósito. Daí em tese, ser vedado o uso da coisa depositada pelo depositário, pois, caso tal uso fosse permitido, a função do contrato não seria apenas o benefício do depositante, mas vantagem do depositário. E o contrato de depósito se transformaria em contrato de comodato.

Enquanto o comodatário goza do benefício do prazo concedido pelo art. 1250 do CC, podendo conservar a coisa até o advento do termo, ou até que tenha utilizado para o fim que lhe foi concedido, o depositário não desfruta de tal vantagem, pois é obrigado a devolver a coisa depositada, assim que pedida, ainda que o contrato fixe prazo de restituição. (art. 1268).

O depósito, no direito brasileiro, tem por objeto coisa móvel, não se admitindo o depósito de imóveis.

ESPÉCIES DE DEPÓSITO

O legislador distingue duas espécies principais de depósito, a saber: o depósito voluntário e o depósito necessário.

DO DEPÓSITO VOLUNTÁRIO

CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O depósito voluntário é aquele livremente ajustado pelas partes, sem pressão das circunstâncias externas. Através dele o depositante escolhe o depositário e lhe confia a guarda de uma coisa móvel, para que este a restitua, quando solicitado.

Trata-se de contrato real, não solene, unilateral, gratuito e feito *intuitu personae*.

É contrato *intuitu personae*, pois se baseia na confiança que o depositante tem no depositário.

OBRIGAÇÕES DO DEPOSITÁRIO

- a) a obrigação de guardar a coisa é inerente ao depósito e, uma vez concluído o contrato, o depositante dele só se alforria se sobrevier motivo plausível que o impeça de continuar a Ter em custódia a coisa, caso contrário, deve cumprir tal dever.

Sobrevindo, porém, boa razão para romper o contrato pode devolvê-la ao depositante, ou requerer seu depósito judicial, caso esbarre com a recusa daquele em recebê-la (art. 1270).

- b) A obrigação de conservar a coisa alheia é corolário da obrigação de guardar. Assim, impõe-se ao depositário o dever de zelar pela coisa depositada, para poder devolvê-la no estado em que a recebeu.

Se a coisa depositada perece ou se deteriora por dolo ou culpa do depositário, a este cabe a responsabilidade. Na hipóteses, entretanto, de a perda ou deterioração advir de força maior ou caso fortuito, não mais lhe cabe o dever de reparar, pois aqui aplica-se a regra *res perit domino*, já conhecida, e o depositante é o dono da coisa.

- c) A terceira, dentre as principais obrigações do depositário, é a de restituir a coisa quando reclamada. Neste contrato é irrelevante a existência de um prazo, pois, como o depósito regular se presume feito em benefício do depositante, pode este reclamar a restituição da coisa dada para guardar por prazo fixo, mesmo antes do termo final

Como se trata de negócio baseado na confiança, a lei reage energicamente contra o depositário infiel, impondo violenta sanção à sua recusa em restituir a coisa depositada. Com efeito, para compeli-lo a devolvê-la. O código lhe comina a pena de prisão.

A devolução da coisa depositada deve ir acompanhada dos frutos e acrescidos. Pois, da mesma forma que o depositante, na condição de dono, sofre os prejuízos decorrentes da força maior, e ele pertencem os frutos por ela produzidos, durante o depósito.

Permite a lei deixe o depositário de entregar ao depositante a coisa depositada:

- I. quando o objeto for judicialmente embargado;
- II. quando sobre o objeto pender execução, notificada ao depositário;
- III. quando tiver ele motivo razoável de suspeitar que a coisa foi furtada ou roubada. Note-se que, embora a lei não exija prova indubitável de que a coisa foi criminosamente subtraída a seu dono. Ela requer, pelo menos, que a suspeita seja razoável.
- IV. Quando exerce direito de retenção, nos termos do art. 1279 do CC.

OBRIGAÇÕES DO DEPOSITANTE

Duas são as obrigações do depositante:

- a) a de reembolsar as despesas feitas pelo depositário na guarda da coisa;
- b) a de indenizar o depositário pelos prejuízos que do depósito provierem.

Para compeli-lo o depositante a efetuar o pagamento, a lei autoriza o depositário a reter a coisa depositada.

O direito de retenção , já vimos, é um meio direto de defesa que a lei confere ao credor, para coagir o devedor a efetuar o pagamento de um débito, oriundo de relação com determinada coisa, que pertence ao devedor mas que se encontra em mãos do credor.

DO DEPÓSITO IRREGULAR

A doutrina chama de irregular o depósito de coisas fungíveis, no qual o depositário não precisa devolver exatamente a coisa que lhe foi confiada, podendo restituir coisas da mesma espécie, quantidade e qualidade.

DO DEPÓSITO NECESSÁRIO

O depósito necessário é aquele em que o depositante, não podendo escolher livremente a pessoa do depositário, é forçado pelas circunstâncias a efetuar o depósito com pessoas cujas virtudes desconhece. Portanto, diferentemente do depósito voluntário, não se trata de negócio fundado na confiança.

O CC, em seu art. 1282, figura duas hipóteses de depósito necessário: I. o depósito que se faz em desempenho de obrigação legal; II. O que se efetua por ocasião de alguma calamidade, como o incêndio, a inundação, o naufrágio ou o saque

II. o depósito necessário propriamente dito, também chamado miserável, é o feito por ocasião de uma calamidade, que, deixando a pessoa ao desabrigo, impõe-lhe a necessidade de se socorrer da primeira pessoa que aceite, para com ela depositar os bens que porventura salvou.

DA EXTINÇÃO DO DEPÓSITO

O depósito extingue-se por manifestação unilateral da vontade do depositante, a qualquer tempo, ainda que haja prazo estipulado. O mesmo não ocorre no que diz respeito ao depositário, pois este, em princípio, deve 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.

O depósito ainda cessa pelo perecimento da coisa depositada.

CAPÍTULO IX

DO MANDATO

CONCEITO

O art. 1288 do C define o mandato, dizendo que ele se opera quando alguém recebe de outrem poderes para, em ser nome, praticar atos, ou administrar interesses.

A circunstância de o mandatário receber poderes para agir em nome de outrem, ou seja, a idéia de representação, mais do que qualquer outra, distingue o contrato de mandato dos outros contratos, principalmente do de locação de serviços.

A representação constitui também, o elemento divisório entre o mandato e a comissão mercantil. Na comissão o comissário não representa o comitente, posto que age em nome próprio, de modo que sua atividade comercial vincula a ele, , comissário, e não ao comitente. Aqui não há representação, enquanto no mandato esse é o elemento subjacente, pois o mandatário, como disse, age em nome e no lugar do mandante.

Da idéia de representação decorrem algumas conseqüências fundamentais que convém desde logo ter em vista:

- a) os atos do mandatário vinculam a mandante, se dentro dos poderes constantes da procuração, ainda que contravenham suas instruções;
- b) se o mandatário obrar em seu próprio nome, não vinculam o mandante;
- c) os atos praticados além dos poderes conferidos no mandato não vinculam o mandante, se por ele não forem ratificados;

- d) os atos do mandatário, praticados após a extinção do mandato, são incapazes de vincular o mandante.

CASOS QUE NÃO ADMITEM REPRESENTAÇÃO

Em regra todos os atos podem ser realizados por meio de procurador. Todavia, uns poucos há em que a lei veda o exercício do mandatário. O testamento por exemplo, como também não pode nomear procurador para em seu nome exercer cargo público, ou em seu lugar prestar serviço militar, porque se trata de atos em que a lei exige a intervenção direta da pessoa.

REPRESENTAÇÃO FORA DO MANDATO

Casos há de representação sem que haja mandato, como na hipótese do representante legal ou judicial.

O representante legal atua em nome do representado e eventualmente o vincula ao negócio, por assim determinar a lei.

O representante judicial pratica ato jurídico por delegação que emana do juiz e não do representado.

NATUREZA JURÍDICA DO MANDATO

O mandato é contrato consensual, não solene, *intuitu personae*, em regra gratuito e unilateral.

É contrato porque implica a conjunção de duas vontades: a do mandante que outorga a procuração e a do mandatário que a aceita.

De fato, para que o negócio se aperfeiçoe, indispensável se faz a aceitação. Mas tal aceitação não precisa ser expressa, nem se quer seja simultânea da outorga da procuração.

Com efeito, em regra, a aceitação é tácita e se mostra através de início de execução por parte do mandatário.

Presume-se gratuito, exceto se o objeto do mandato for daqueles que o mandatário trata por ofício ou profissão.

INSTRUMENTO DO MANDATO. A PROCURAÇÃO. O SUBSTABELECIMENTO

A procuração é o instrumento do mandato, mas, como a lei admite tanto o mandato tácito, quanto o verbal, aquela é dispensável para o aperfeiçoamento do negócio. Nota-se entretanto, que o mandato verbal só é admissível naqueles atos que dispensam instrumento público ou particular. (CC, art. 1291).

A procuração poderá ser outorgada tanto por instrumento público, quanto por instrumento particular. O instrumento particular valerá desde que assinado pelo outorgante.

O substabelecimento é o ato pelo qual o mandatário transfere, ao substabelecido, os poderes que lhe foram conferidos pelo mandante. Pode ser efetuado reservando-se o procurador os mesmos poderes para si, ou sem referida reserva.

Questão relevante é a da fixação da responsabilidade por atos praticados pelo substabelecido e de quem resultem prejuízos para o mandante.

- a) na primeira hipótese - em que o procurador tem poderes para substabelecer a procuração - não responde pelos danos causados pelo substabelecido, a não ser que o mandante prove que a escolha recaiu em pessoa notoriamente incapaz, ou notoriamente insolvente (era. 1300., § 2º).
- b) Na hipótese de o procurador substabelecer a procuração a despeito de não haver sido autorizado a fazê-lo, sua responsabilidade aumenta, pois responde pelos prejuízos que o mandante experimentar em virtude do comportamento negligente do substabelecido.
- c) A terceira hipótese, pelas mesmas razões acima expostas, é ainda de maior raridade. Ela se caracteriza quando, a despeito de proibição do mandante, seu procurador substabelece a procuração. Neste caso, o mandatário desobediente responde ao seu constituinte pelos

prejuízos ocorridos sob a gerência de seu substituto, e responde não só pelos derivados de culpa ou dolo do substabelecido como até mesmo pelos oriundos do fortuito, salvo provando que o caso teria sobrevindo, ainda que ano tivesse havido substabelecimento.

PODERES CONFERIDOS AO MANDATO

O mandato pode ser especial a um ou mais negócios, determinadamente, ou geral a todos os negócios do mandante. Todavia, quando o mandato for em termos gerais, impõe o legislador uma exegese restritiva da cláusula, determinando que através dela só poderes de administração foram conferidos (art. 1295).

OBRIGAÇÕES DO MANDATÁRIO

A obrigação do mandatário, e que decorre da própria natureza deste contrato, é a de agir em nome do mandante, com o necessário zelo e diligência, transferindo-lhes as vantagens que em seu lugar auferir, prestando-lhe, a final, contas de sua gestão. Desdobro os vários deveres aí consignados:

- a) o mandatário age em nome do constituinte, dentro dos poderes conferidos na procuração. Se exorbita, não vincula o mandante, pois, em vez de agir como procurador, atua como mero gestor de negócios

A lei distingue duas hipóteses de atos praticados com exorbitância de poderes e lhes atribui conseqüências diversas:

- I. de um lado figura a hipótese em que o mandatário apenas não apresenta o instrumento do mandato, cujo conteúdo fica ignorado pelo terceiro, que negligencia em verificar a extensão dos poderes da pessoa com quem contrata. Neste caso, embora o mandante não fique vinculado à avença, o terceiro conserva ação contra o mandatário (art. 1305).
 - II. De outro lado, figura o legislador a hipótese de o terceiro, a despeito de ciente da escassez de poderes do procurador, insistir em com ele negociar. Nesse caso, como o risco assumido pelo terceiro é maior e é consciente, não só o mandante não se vincula ao ajuste, como nem sequer contra o mandatário confere a lei ação ao terceiro. Este sofre sem apelo o prejuízo.
- b) Cumpre ao mandatário agir com o zelo necessário e a diligência habitual na defesa dos interesses do mandante, respondendo pelos prejuízos que este experimentar, quando esses prejuízos resultarem de culpa do representante.

A culpa do mandatário, pelo qual fica sujeito a indenizar o mandante, se afere pelos padrões ordinários.

- c) Ademais, deve o mandatário transferir ao mandante todas as vantagens granjeadas no negócio. Com efeito, ao mandatário cumpre levar a efeito o negócio. Com efeito, ao mandatário cumpre levar a efeito o negócio em nome do mandante.

Se o mandatário dolosamente descumpriu contrato, a lei apenas o sujeita às perdas e danos. Portanto, se o mandatário adquiriu para si a coisa que foi encarregado de adquirir para o mandante, é evidente que não cumpriu o mandato, devendo reparar o prejuízo experimentado pelo credor. É a regra do art. 1056 do CC.

- d) Cumpre ainda ao mandatário prestar contas de sua gerência ao mandante. Aqui apenas consigna o legislador uma aplicação específica do princípio geral que impõe, a quem quer que zele por interesses alheios, o dever de apresentar contas de sua gestão.

É evidente que não pode o mandatário compensar os prejuízos a que deu causa com os proveitos que, por outro lado, tenha granjeado ao seu constituinte (CC, art. 1302), pois, enquanto estes estavam na expectativa normal do negócio, aqueles não estavam.

- e) Finalmente, cumpre ao mandatário, mesmo depois da extinção do mandato por morte, interdição ou mudança de estado do constituinte, prosseguir no exercício do mandato, até concluir o negócio já começado ou até ser substituído, se da sua inação puder advir prejuízo para o mandante ou seus herdeiros (CC, art. 1308).

OBRIGAÇÕES DO MANDANTE

As obrigações do mandante são de duas naturezas diversas. Uma diz respeito ao dever de honrar as obrigações assumidas pelo mandatário, dentro dos poderes conferidos no mandato. A outra é estritamente uma obrigação de caráter patrimonial: consiste no mister de reembolsar as despesas efetuadas pelo mandatário, de indenizá-lo dos prejuízos experimentados na execução do mandato e de pagar-lhe a remuneração, se assim se ajustou.

- a) como o procurador age em nome de constituinte, é este, e não aquele, quem se vincula. De modo que ao mandante cabe honrar os compromissos em seu nome assumidos, sob pena de sofrer ação direta que contra ele podem promover os terceiros, com quem seu procurador contratou.
- b) As demais obrigações do mandante são de caráter pecuniário.

Incumbe-lhe adiantar as importâncias necessárias ao cumprimento do mandato ou reembolsar o mandatário, com os juros porventura devidos pelo atraso, das somas por ele adiantadas para a execução do mandato.

Para assegurar o recebimento dessas importâncias, confere a lei ao mandatário o direito de retenção.

Deve ainda o mandante indenizar o mandatário pelos prejuízos por este experimentados com a execução do mandato.

Finalmente, se o mandato não for gratuito, incumbe ao mandante pagar a remuneração ajustada, ou a que for arbitrada judicialmente, quando não se fixou o montante da honorária.

DA IRREVOGABILIDADE DO MANDATO

O mandato, negócio baseado na confiança, só pode durar enquanto esta persiste. De modo que, em princípio, cabe ao mandante, a qualquer tempo e sem que precise justificar seu ato, a prerrogativa de revogar a procuração.

Art. 1317. É irrevogável o mandato:

- I. quando se tiver convencionado que o mandato não possa revogá-lo, ou for em causa própria a procuração dada.
 - II. Nos casos, em geral, em que for condição de um contrato bilateral, ou meio de cumprir uma obrigação contratada, como é, nas letras e ordens, o mandato de pagá-las.
 - III. Quando conferido ao sócio, como administrador ou liquidante da sociedade, por disposição do contrato social, salvo se diversamente se dispuser nos estatutos, ou em texto especial da lei.
- a) a irrevogabilidade convencional via de regra emerge de uma relação jurídica bilateral, em que, através do mandato, se busca guarnecer outro interesse, que não o do mandante. E nisso é que a hipótese em apreço diverge do mandato ordinário.

No contrato de mandato, o interesse que habitualmente se procura proteger é o do mandante. Por isso é ele revogável *ad nutum*, ou seja, ao inteiro arbítrio do constituinte. Ora, se, ao contrário, se procura assegurar outro interesse que não o do mandante, desnaturando, dessa maneira, o contrato de mandato, é justo que se estipule a irrevogabilidade do mandato.

- b) A procuração em causa própria é aquela outorgada no interesse exclusivo do mandatário. Por isso é negócio de natureza diversa do mandato ordinário, que visa atender interesse do

mandante. Assim, ao contrário do mandato ordinário, é negócio irrevogável, isenta o mandatário do mister de prestar contas e compreende todos e quaisquer poderes necessários para alcançar os fins constantes do mandato.

DA EXTINÇÃO DO MANDATO

O art. 1316 do CC relaciona as causas de extinção do mandato, a saber:

- I. a revogação e a renúncia;
- II. a morte ou interdição de uma das partes;
- III. a mudança de estado, que inabilite o mandante para conferir os poderes, ou o mandatário, para os exercer;
- IV. a terminação do prazo ou a conclusão do negócio.

- I. a revogação e a renúncia. Ao contrário dos demais contratos, o mandato é um negócio que se resolve, em regra, pela vontade unilateral de qualquer das partes. Se a manifestação da vontade provier do mandante, há revogação. Se partir do mandatário, há renúncia.

Tratando-se de negócio que se baseia na fidúcia, nada mais justo de que permitir ao representado interromper a representação, quando o representante não mais inspire confiança

A revogação pode ser expressa ou tácita. No primeiro caso ela se faz por declaração do mandante; no segundo, por atos que revelem tal propósito (nomeação de outro mandatário).

O procurador não pode desvencilhar das obrigações assumidas por seu representante, em face de terceiros de boa fé que com este contrataram, alegando somente que a procuração já fora revogada

- II. A morte ou a interdição de uma das partes. Se, como vimos o mandato é um negócio *intuito personae*, a morte ou a incapacidade de uma das partes o deve extinguir.

Todavia, os atos praticados pelo mandatário, ainda inciente da morte do mandante, são válidos e obrigam os herdeiros deste último (CC, art. 1321).

Também a interdição do mandante ou do mandatário, mudando o estado de capacidade de qualquer dos contratantes, extingue o mandato.

Entretanto, embora ciente da morte, interdição ou mudança de estado do mandante, deve o mandatário concluir o negócio já começado, se houver perigo na demora (CC, art. 1308).

Se a morte ou interdição for do mandatário, seus herdeiros avisarão o mandante e providenciarão a bem dele, conforme exijam as circunstâncias. Sua atividade, entretanto, deve se limitar às medidas conservatórias

- III. A mudança de estado. Não precisa mais a mulher de autorização para aceitar mandato, sua mudança de estado não mais revoga a procuração que lhe foi conferida.
- IV. A terminação do prazo, ou a conclusão do negócio. Muitas procurações são dadas com data certa de vigência, figurando no próprio instrumento de mandato.

Certas procurações são dadas para um negócio certo. Neste caso, praticado o ato, o mandato se exaure e, por conseguinte se extingue.

DO MANDATO JUDICIAL

O mandato judicial é aquele conferido para patrocínio, em juízo, de interesses do mandante. Trata-se de matéria que se situa na fronteira entre o direito civil e o processual, talvez mais dentro das lides deste, do que daquele ramo da ordenação jurídica.

O mandatário judicial não só representa o constituinte, como presta serviços profissionais, no patrocínio de seus interesses.

O mandato judicial só pode ser exercido por quem possa procurar em juízo, sito é, por aquelas pessoas que a lei considera habilitadas, como, por exemplo, o advogado regularmente inscrito. Todavia, mesmo habilitados, não podem ser procuradores judiciais:

- I. Os menores de 21, não emancipados ou não declarados maiores;
- II. Os juízes em exercício;
- III. Os escrivães ou outros funcionários judiciais, correndo pleito nos juízos onde servirem, e não procurando eles em causa própria.
- IV. Os inibidos por sentença de procurar em juízo, ou de exercer ofício público;
- V. Os ascendentes, descendentes, ou irmãos do juiz da causa;
- VI. Os ascendentes ou descendentes da parte adversa, exceto em causa própria.

Se se outorgou ao mandatário poderes da cláusula *ad juditia*, este poderá praticar todos os atos do processo, exceto receber citação inicial, confessar, transgredir, desistir, receber, dar quitação, bem como firmar compromisso.

Se no mandato ordinário é relevante o elemento confiança, no judicial ainda mais importante se revela o *intuitu personae*, porque emerge de qualidades intelectuais que o mandante reconhece no procurador.

Finalmente, no mandato judicial, que é remunerado, diferentemente do mandato ordinário em que é gratuito, o mandatário que aceitar a procuratura só se poderá escusar por motivo justo. E mesmo nessa hipótese deverá avisar em tempo o constituinte, a fim de que este lhe nomeie sucessor. Sob pena de ficar obrigado a reparar o prejuízo que se sua renúncia, intempestiva e injusta, resultar.

CAPÍTULO X

GESTÃO DE NEGÓCIOS

CONCEITO

Já verificamos que o mandatário que excede os poderes do mandato atua como gestor de negócios. Essa, de fato, a idéia de gestão de negócios. Ela ocorre quando alguém age em nome de outrem, sem Ter mandato para tal. A gestão é a administração voluntária de negócios alheios, feita sem procuração.

Trata-se, no mais das vezes, de um ato de altruísmo, em que o gestor, com intuito de evitar um prejuízo para o dono do negócio, porventura ausente, embora sem estar por ele autorizado, ou pela lei, toma a iniciativa de intervir na órbita de interesses daquele, para preservá-los, atuando como atuaria o dono da coisa, se ali estivesse.

NATUREZA JURÍDICA

É evidente, entretanto, que a gestão de negócios não é contrato, pois falta-se, para tanto, o elemento básico, isto é, o prévio acordo entre as partes, indispensável para o nascimento do vínculo contratual.

A utilidade é elemento fundamental na gestão de negócios, pois é ela que vai determinar, ou não, a sua eficácia. Sendo proveitosa a administração, o dono do negócio ficará vinculado aos compromissos assumidos pelo gestor, ainda que tal o desagrade. Isso é verdade mesmo que a gestão se haja iniciado contra a sua vontade (art. 1333), e mesmo que tenha consistido em operações arriscadas, excedentes de mera administração. Pois nesta última hipótese, se o dono do negócio quiser aproveitar da gestão, será obrigado a indenizar o gestor.

CAPÍTULO XI

DO CONTRATO DE EDIÇÃO

CONCEITO

O contrato de edição é o ajuste em que o titular do direito autoral cede-o ao editor para que este, em regra mediante uma retribuição, reproduza a obra por processo mecânico e a difunda entre o público, explorando-a comercialmente.

O legislador contempla duas modalidades de contrato de edição. O primeiro, em geral mais difundido, é aquele em que o autor oferece obra pronta ao editor, para que este a reproduza e explore. Em regra, o editor, em casos semelhantes, paga ao autor uma porcentagem sobre o valor da edição que pretende tirar, assumindo o risco e os encargos de sua venda, mas também auferindo os proveitos resultantes.

O segundo tipo de negócio é o figurado no art. 58 da lei 5988/73. Aí supõe-se que o editor encomende ao autor obra científica, literária ou artística, em cuja publicação aquele se empenha. Aqui é o editor quem toma a iniciativa do negócio, contratando o autor para realizar aquela tarefa que foi pelo primeiro engendrada.

DIREITOS DO EDITOR.

Mediante o contrato de edição adquire o editor o direito exclusivo de publicar e explorar a obra.

O autor transfere apenas as vantagens materiais do direito autoral. Conserva, consigo, o conteúdo moral de seu direito, de modo que não pode o editor alterar de qualquer modo a obra, através de abreviações, edições ou modificações.

O autor concede ao editor a exclusividade.

No contrato pode figurar o número de edições cedidas, da mesma maneira que, em regra, nele se fixa o número de exemplares de cada edição. Na ausência de estipulação, considera-se que cada edição é composta de dois mil exemplares.

Compete ainda ao editor fixar o preço de venda, contanto que o não eleve de tal maneira que embarace a circulação da obra.

DIREITOS DO AUTOR

Quanto aos morais, já vimos que não são cedidos com o contrato, pois o editor não pode, sem anuência do autor, emendar ou alterar a obra.

Quanto aos interesses materiais do autor, o principal é a remuneração. O contrato deve fixá-la. Se o não fizer, determina a lei que será fixada por arbitramento.

É praxe, ainda, que o autor recebe, gratuitamente, um limitado número de exemplares.

O segundo interesse material do autor, que o legislador se apressa em resguardar, é o da divulgação da obra.

EXTINÇÃO DO CONTRATO DE EDIÇÃO

O contrato de edição se rescinde, como é óbvio, pelo inadimplemento de qualquer das partes.

A rescisão determinada pela lei se impõe, igualmente, quando, a partir do momento em que foi celebrado o contrato de edição, decorrerem três anos sem que o editor publique a obra.

CAPÍTULO XII

DA REPRESENTAÇÃO DRAMÁTICA

INTRODUÇÃO

Tem por pressuposto a proteção à propriedade literária e artística.

CONCEITO

o contrato de representação dramática é aquela convenção levada a efeito entre o autor de obra destinada à cena e um empresário, através do qual este último, mediante uma remuneração a ser paga ao primeiro, se propõe montar a obra pelo mesmo realizada, explorando-a comercialmente.

DIREITOS DO AUTOR

Poderíamos distinguir, ainda aqui, os direitos patrimoniais e os morais do autor.

Dentre os primeiros, o mais importante, senão o único, é a remuneração. Ela lhe é devida em para da prestação que oferece, permitindo a exibição de sua obra.

Essa remuneração, quando se trata de espetáculo teatral, em geral consiste em uma porcentagem, sobre a venda de ingressos.

Em geral, o empresário manterá a peça em cartaz até quando lhe apraza ou lhe convenha. Nalguns contratos exige o autor que o espetáculo continue em exibição até que a venda de bilhetes caia a determinado nível semanal, evitando, desse modo, o prejuízo material e moral que lhe poderia advir, se a peça fosse retirada de cartaz antes que se exaurissem todas as suas possibilidades comerciais.

Quanto aos direitos morais do autor, cumpre ressaltar dois, dentre os mais importantes. Um é o de impedir que o empresário comunique a terceiros, que não as pessoas diretamente ligadas ao espetáculo, o manuscrito de sua obra.

O outro é o direito de aperfeiçoar sua obra, mesmo depois de encenada, introduzindo-lhe, com exclusividade, as modificações que julgar necessárias.

CAPÍTULO XIII

DO CONTRATO DE SOCIEDADE

CONCEITO

O CC definiu o contrato de sociedade dizendo que o celebram as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns.

Essa conjunção, voluntária e declarada, de esforços e recursos ou só de esforços ou só de recursos, constitui o contrato de sociedade.

As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros. Mais isso é circunstância que nada tem a ver com o contrato de sociedade, que pode existir sem que de sua existência emergja, necessariamente, um órgão com personalidade distinta da de seus componentes.

A doutrina aponta uma distinção entre aquelas sociedades que têm finalidade lucrativa e exigem de seus associados um comportamento ativo, ou seja, uma atividade dinâmica, e a que chama sociedades propriamente ditas, e aquelas outras em que, em vez de existir escopo especulativo, as partes se reúnem com um fim recreativo, cultural, religioso, etc., e que dá o nome de associações.

De fato, na compra e venda, na locação, no depósito etc., os interesses das partes são antagônicos e o contrato surge exatamente para reduzir as oposições e compor as divergências.

Na sociedade isso não se dá. Os interesses dos sócios são paralelos e o ato que junta a vontade dos contratantes revela aspirações comuns. Daí manifestar-se na doutrina uma remota tendência no sentido de negar-se à sociedade o caráter de contrato.

O que nitidamente caracteriza o contrato de sociedade é o propósito, comum aos contratantes, de se unirem para alcançar um resultado almejado. A esse fator subjetivo a doutrina dá o nome de *affectio societatis*. Constitui ele o elemento subjacente e fundamental do conceito de sociedade. Sua presença, ou não, é que distingue sociedade do condomínio tradicional.

Se o contrato de sociedades representa a confraternização de interesses dos sócios para buscar determinado resultado, o negócio se desvirtuaria se p resultado alcançado beneficiasse apenas um ou

alguns deles. Da mesma forma, isso aconteceria se um dos associados ficasse isento dos riscos do empreendimento.

DA FORMA DA SOCIEDADE

O contrato de sociedades se enquadra entre os não solenes, não estando sujeitos à forma determinada por lei.

Entretanto, quando se destina a Ter mais longa duração, é em geral reduzido a escrito, fato que também ocorre quando maior é o vulto dos interesses em jogo.

ESPÉCIES EM JOGO

O CC contempla duas espécies de sociedades: as universais e as particulares.

São universais aquelas sociedades que abrangem: a) todos os bens presentes dos sócios; ou, b) todos os bens futuros; ou, c) todos os bens presentes e futuros; ou ainda, d) todos os frutos e rendimentos dos bens dos sócios.

Na maioria dos casos as sociedades são particulares. O CC define como particular aquela sociedade que compreende bens e serviços especialmente declarados no contrato, incluindo, neste rol, aquela sociedade constituída especialmente para executar em comum certa empresa, explorar certa indústria, ou exercer certa profissão.

DA DURAÇÃO DA SOCIEDADE

- a) **se o contrato fixar termo de duração**, a sociedade durará até que ele advenha, se não for dissolvida por outro motivo permitido na lei;
- b) **se a sociedade for constituída para certo negócio** ou empresa determinada, presume-se Ter sido fixado sua duração até que tal empreendimentos seja levado a cabo.
- c) **Se o contrato for silente sobre sua própria duração** e se não se contratou sociedade para um empreendimento apenas, mas em caráter duradouro, entende-se que o prazo da sociedade será indeterminado.

DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES RECÍPROCOS DOS SÓCIOS

A) FORNECIMENTO DO CAPITAL

A cada sócio se impõe uma determinada entrada, seja ela em dinheiro, em bens, em direitos ou em serviços.

Quando tal entrega consistir em bens há que se distinguir se são, ou não, coisas fungíveis

Se forem coisas infungíveis, portanto objetos determinados, o sócio que os fornecer responde para com a sociedade pela evicção, da mesma maneira que o vendedor responde ao comprador. (art. 1377). Quando o domínio dos mesmos se transferir à sociedade, é esta que corre os riscos pelo seu perecimento ou deterioração. Quando, entretanto, os bens continuarem no domínio do sócio, que só concorre para a sociedade com a renda por aqueles produzida, então por conta dele correrão os riscos (art. 1390). A regra que regula a matéria é sempre a mesma, isto é, *res perit domino*.

Se os bens forem coisas fungíveis, passam imediatamente ao domínio comum de todos os sócios. E nesse caso, os riscos pelo perecimento de tais bens constitui ônus comum de todos, pois ainda aqui a regra é a mesma, isto é, *res perit domino*.

O direito do sócio de alienar sua quota de capital sofre restrições.

Tal asserção, entretanto, é verdadeira apenas para as sociedades de pessoas, e não para as sociedades de capital. Porque naquelas o *intuitu personae* é relevante.

Negando a lei ao sócio o direito de associar estranho à sociedade, não lhe veda, contudo, a prerrogativa de associá-lo ao seu quinhão.

B) ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE

No mais das vezes constam do contrato de sociedade a forma e modo de como será administrada.

Art. 1386. Em falta de estipulações quanto à gerência social:

- I. presume-se que cada sócio tem o direito de administrar, e válido é o que fazer, ainda em relação aos associados que não consentirem, podendo, porém, qualquer destes opor-se antes de levado o ato a efeito.
- II. Cada sócio pode servir das coisas pertencentes à sociedade, contanto que lhes dê o seu direito, não as utilize contra o interesse social, nem tolha aos outros aproveitá-la nos limites do seu direito.
- III. Cada sócio pode obrigar os outros a contribuir com ele para as despesas necessárias à conservação dos bens sociais.
- IV. Nenhum sócio, ainda que lhe pareça vantajoso, pode, sem consentimento dos outros, fazer alteração nos imóveis da sociedade.

C) PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E PERDAS

Como o contrato de sociedade é um contrato de cooperação, o normal é que os associados comunguem do bom e do ruim, de modo que, quando for igual sai participação, devem sofrer prejuízos idênticos e se beneficiar de idênticos lucros.

Art. 1383. Se o contrato não declarar a parte de cada sócio nos lucros e perdas, entender-se-á proporcionada, quanto aos sócios de capital, à soma com que entraram. Em relação aos sócios de indústria, guardar-se-á o disposto no art. 1409, parágrafo único.

DAS OBRIGAÇÕES DA SOCIEDADE E DOS SÓCIOS PARA COM TERCEIROS

I. Das dívidas passivas da sociedade

As obrigações contraídas pelo sócio administrador obrigam a sociedade, como também a obrigam, obviamente, as dívidas contraídas por todos os sócios, conjuntamente.

Aqui cumpre, ainda uma vez, distinguir de um lado, aquelas sociedades em que o contrato social foi inscrito em seu Registro peculiar, daí emergindo uma pessoa jurídica; e, de outro lado, aquelas sociedades em que não se havendo obedecido a tal formalidade, nenhuma pessoa moral teve nascimento.

No primeiro caso, o devedor principal é a sociedade pessoa jurídica, só sendo chamados os sócios para concorrer com seus próprios bens quando o cabedal social foi insuficiente para cobrir as dívidas da sociedade. E se as sociedades forem de responsabilidade limitada, só a pessoa jurídica é responsável e dentro do limite do patrimônio social.

No segundo caso, na relação jurídica não aparece qualquer outro ente com personalidade, de sorte que as dívidas contraídas pelo gerente de uma deliberada comunhão de interesses, ou por todos os sócios conjuntamente, são dívidas comuns de todos eles.

II. Das dívidas ativas da sociedade

É evidente que os devedores da sociedade devem pagar ao sócio que a representa, isto é, ao que, em nome dela, esteja autorizado a receber.

Entretanto, se ninguém estiver autorizado a receber o pagamento e a sociedade não houver ganho personalidade jurídica, os sócios passam a ser credores individuais, isso posto, e sendo a prestação divisível, ela se reparte em tantas partes quantos forem os credores, aplicando-se a regra *conursu partes fiunt*.

Se o pagamento for feito a um sócio não autorizado a receber, não se desobriga o devedor. Apenas, como se trata de pagamento indevido em parte, fica o *solvens* com ação regressiva contra o *accipiens*, para haver o excesso que lhe pagou.

DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE

A lei enumera numerosas causas de dissolução da sociedade (art. 1399). Dissolvida a sociedade, procede-se à sua liquidação através da ação competente, que é a ação de dissolução e liquidação de sociedades.

I. Causas de dissolução de sociedade ínsitas no contrato social. Trata-se da destruição do contrato por motivos contemporâneos de sua feitura.

A) IMPLEMENTO DE CONDIÇÃO RESOLUTIVA

Se a eficácia do negócio de sociedade dependia da ocorrência de evento futuro e incerto, resolve-se o contrato, verificando-se a condição.

B) ADVENTO DO TERMO

Os contratos com prazo determinado de vigência se extinguem com o transcurso do mesmo. Se, ordinariamente, nenhum dos sócios pode exigir sua dissolução antes de expirar o prazo, nenhum, pode, por sua vontade exclusiva, impedir o seu perecimento pelo advento do termo.

Nada impede entretanto, que os associados se componham para a prorrogação do contrato

A prorrogação da vigência dessas sociedades não pode ser tácita.

Assim, se os sócios, mesmo após o termo do contrato, se mantiverem em sociedade, revelando o propósito de continuarem, há que se entender que constituíram tacitamente novo contrato.

Deve-se entender que há nova sociedade e não prorrogação da antiga, quando o contrato que a estende é levado a efeito após o termo de vencimento do ajuste original.

C) CONSECUÇÃO DO FIM SOCIAL

Quando uma sociedade é organizada para alcançar determinado escopo e este fim é atingido, perde ela sua razão de ser.

II. Causas supervenientes de dissolução de sociedade

A) A EXTINÇÃO DO CAPITAL SOCIAL OU SEU ACENTUADO DESFALQUE

Quando o capital se consome, ou de tal maneira se desfalca que não mais possibilita alcance dos fins que se tem em vista, tal circunstância, superveniente, constitui causa capaz de justificar a dissolução da sociedade.

B) A FALÊNCIA, A INCAPACIDADE OU A MORTE DE UM DOS SÓCIOS

Como todos os bens do falido entram na formação da massa, mister se faz liquidar sua parte na sociedade para que a ela se dê aquele destino.

A incapacidade e a morte do sócio são causas de dissolução da sociedade, por se tratar de um negócio realizado *intuitu personae*. Os contratantes não podem ser obrigados a continuar associados aos representantes legais do consócio que se tornou incapaz, ou aos herdeiros do que faleceu.

C) A RENÚNCIA DE QUALQUER DOS SÓCIOS

A renúncia só é possível se a sociedade não tiver termo determinado, pois em tal caso, como vimos, cumpre aos associados aguardar o transcurso do prazo.

Todavia, para que tenha a renúncia efeito resolutivo, mister se faz a presença dos seguintes requisitos: deve ser feita de boa fé, em tempo oportuno e ser notificada aos consócios dois meses antes do momento em que deva produzir efeitos.

D) O CONSENSO UNÂNIME DOS ASSOCIADOS

Esta é uma causa óbvia de dissolução. Se o negócio se aperfeiçoa pelo consenso de todos os contratantes, faz-se sua dissolução por novo consentimento, neste sentido.

EFEITOS DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE

A dissolução põe termo ao contrato de sociedade, passando-se, assim, à fase de liquidação.

A liquidação tem por objeto apurar os haveres da sociedade para a final proceder-se à partilha. A esta se aplicam, dentro do possível, as regras da partilha entre os herdeiros. (art. 1409).

CAPÍTULO XVI

DO CONTRATO DE SEGURO

CONCEITO

O art. 1432 do Código Civil oferece uma definição do contrato de seguro, adequada se se considerar apenas o seguro das coisas.

Art. 1432. Considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato.

Assim, aparecem no contrato, em análise, duas partes: o segurador e o segurado. Este fornece àquele uma contribuição periódica e moderada chamada prêmio, em troca do risco que o segurador assume de, em caso de sinistro, indenizar o segurado dos prejuízos por ele experimentados.

O objeto do negócio é o risco, que o segurado transfere ao segurador. Através daquele desembolso limitado, o segurado adquire a tranqüilidade resultante da persuasão de que o sinistro não o conduzirá à ruína, pois os prejuízos, que porventura lhe advierem, serão cobertos pelo segurador.

Convém distinguir risco de sinistro. Aquele existe sempre, enquanto este pode, ou não, ocorrer.

Trata-se de contrato aleatório não só por não haver equivalência entre as prestações, como por não poder o segurado antever, desde logo, aquilo que receberá em troca da prestação que oferece.

No caso de incorrer o sinistro, o segurador recebe o prêmio sem efetuar nenhum reembolso, obtendo, assim, um enriquecimento sem qualquer coisa respectivo material.

MECANISMO DO CONTRATO DE SEGURO

No contrato de seguro encontram-se sempre dois elementos que explicam o seu mecanismo e demonstram o alto interesse social desse negócio. Tais elementos são: a) a mutualidade dos segurados, e b) o cálculo de probabilidades.

A) A MUTUALIDADE DOS SEGURADOS - sociedades de seguros mútuos, pois nelas os associados dividem entre si os prejuízos que a qualquer deles advenham, dos riscos por todos enfrentados.

B) O CÁLCULO DAS PROBABILIDADES - o cálculo das probabilidades é o elemento a que recorre o segurador para fixar, de antemão, o prêmio que será pago pelo segurado.

ESPÉCIES DE SEGURO

O extraordinário desenvolvimento dos seguros propiciou o surgimento de infinitas modalidades de negócios.

Poder-se-ia, de início, separar os seguros sociais, dos seguros privados. Estes visam ao interesse dos indivíduos *ut singoli* e são, em regra, facultativos. Aqueles, em geral, obrigatórios, visam proteger determinadas categorias de pessoas contra a velhice, invalidez, acidentes, etc.

Divisão tradicional separa os seguros privados em seguros terrestres e seguros marítimos. Poder-se-ia incluir, como ramos paralelos ao seguro marítimo, o seguro fluvial e o aeronáutico.

Dentro dos seguros terrestres poderíamos distinguir o seguro de coisas e o seguro de pessoas.

O seguro de coisas, por sua vez, se desdobra, de um alado, em seguro de coisas próprias, onde se inclui, por exemplo, o seguro contra incêndio, o seguro de transportes terrestres, etc.; e, de outro, em seguro de responsabilidade, em que o segurado se garante contra indenizações que deve pagar a terceiros, resultantes de atos por que deve responder.

O seguro de pessoas pode ser desdobrado em seguro de vida e seguros contra acidentes pessoais. O primeiro tem pouca semelhança com o contrato tradicional de seguro, conforme se verá em lugar apropriado. O segundo é aquele contrato em que o segurador ajusta uma indenização para o caso de ser vitimado por acidente.

NATUREZA JURÍDICA E ELEMENTOS DO CONTRATO DE SEGURO

O contrato de seguro é contrato bilateral, oneroso, aleatório e solene.

Bilateral. O segurador assume o risco que lhe transfere o segurado, porque deseja o prêmio. O segurado para o prêmio, porque visa livrar-se do risco que o preocupa.

Analisando os elementos do contrato de seguro, poderemos, talvez melhor compreendê-lo. Tais elementos são o segurador, o segurado, o risco, o prêmio e o instrumento no negócio, isto é, a apólice.

- a) O segurador é contratante que, assumido o risco, propõe-se a indenizar o segurado dos danos sofridos, na hipótese de sinistro.
- b) O segurado é o contratante que mediante o pagamento de um prêmio obtém a transferência do risco para o segurador.
- c) O risco é o elemento medular do seguro, pois constitui o seu próprio objeto. É acontecimento futuro e incerto, quer tanto à sua realização, quer quanto ao momento em que ocorrerá.

O fato que se receia, e cujos efeitos se quer evitar, chama-se sinistro.

Determina ainda a lei a nulidade do seguro quando o risco, de que se ocupa o contrato, se filiar a atos ilícitos do segurado, do beneficiário pelo seguro, ou dos representantes e prepostos, quer de um, quer de outro.

- d) O prêmio é a contraprestação devida pelo segurado, ao segurador, em troca do risco por aquele assumido.

O prêmio é fixo e, em geral, vem determinado no contrato. Quem o estabelece é o segurador, sob a vigilância do Estado, tendo em vista a extensão do risco que assume. Entretanto, uma vez fixado, não terá o segurador direito de aumentá-lo, embora os riscos se hajam agravado além do que era possível antever no contrato, a não ser que haja cláusula expressa a respeito. Isso também em virtude de tratar-se de um contrato aleatório.

- e) A apólice é o instrumento do contrato. O art. 1434 determina os seus requisitos. Deve consignar os riscos assumidos, o valor do objeto do seguro, o prêmio devido ou pago pelo segurado e quaisquer outras estipulações que no contrato se firmem.

Devem, além disso, ser explícita sobre duração do contrato, declarando por ano, mês, dia e hora o começo e o fim dos riscos.

As apólices em geral, são nominativas, mas, exceto as de seguro de vida, a lei não impede de serem à ordem ou ao portador.

Quando forem nominativas mencionarão o nome do segurador, do segurado ou de ser representante e do terceiro em cujo nome se faz o seguro.

CONDIÇÕES DO CONTRATO

O contrato de seguro é negócio que tem por objeto uma indenização e não um lucro. Por conseguinte, não se pode segurar uma coisa por mais do que valha, nem pelo seu todo mais de uma vez.

Com a proibição constante do art. 1437, o máximo que pode almejar o segurado é sair indene do negócio. Se o valor do seguro exceder ao da coisa, pode o segurador, mesmo depois de entregue a apólice, exigir sua redução ao valor real, restituindo ao segurado o excesso do prêmio.

Por outro lado, quando a coisa for segurada por todo o seu valor mais de uma vez, pode o contrato ser anulado, ficando ainda o segundo segurador, que ignorava o primeiro contrato, com o direito de receber o pagamento do objeto do seguro, ainda que não tenha reclamado contra o contrato antes do sinistro.

A Segunda condição do negócio de seguro diz respeito à boa fé das partes.

OBRIGAÇÕES DO SEGURADO

Acabamos de analisar uma das obrigações do segurado, ou seja, o dever da veracidade.

Três são as obrigações do segurado.

- a) **A obrigação de pagar o prêmio** é o primeiro dever do segurado, pois, nesse ajuste bilateral, é essa a prestação do segurado que justifica a prestação do segurador.
- b) **A obrigação de não agravar os riscos** do contrato representa apenas a aplicação, no caso particular do seguro, da regra geral que domina todas as convenções, segundo a qual elas não podem ser alteradas por vontade unilateral de uma das partes.

Se o segurado, de qualquer modo, agrava os riscos ou procede de maneira contrária ao estipulado no contrato, isso equivale a inserir no negócio um elemento de desequilíbrio, donde lhe resulta a perda do direito ao seguro.

- c) **A obrigação de comunicar ao segurador** todo incidente que de qualquer modo agrave o risco, bem como a de comunicar-lhe *in continentio* sinistro, são os derradeiros deveres do segurado. Essas obrigações se apoiam em propósitos diversos, mas ambas são absolutamente justificáveis.

OBRIGAÇÕES DO SEGURADOR

A obrigação básica do segurador, digamos mesmo sua obrigação exclusiva, é a de pagar os prejuízos decorrentes do risco assumido. O preceito vai mais longe e fala em pagamento em dinheiro, o que pode não ocorrer, se da apólice constar o contrário, como não raro acontece.

DA TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO À INDENIZAÇÃO

O direito à indenização, no seguro das coisas, constitui uma vantagem que ordinariamente se prende a elas, na qualidade de acessório, acompanhando-as quando alienadas. Assim, vendida uma coisa segurada, o direito à indenização por sinistro que a venha destruir se transmite ao adquirente, a menos que o contrato expressamente vede tal transmissão.

A transmissão do direito à indenização não pode implicar prejuízo para o segurador, cuja situação não deve ser por ela agravada.

DO SEGURO MÚTUO

O seguro mútuo é aquele levado a efeito pelos próprios segurados que põem em comum os prejuízos que qualquer deles experimente e defluentes de risco por todos ocorrido.

As sociedades de seguros mútuos se constituem pela reunião de certo número de pessoas , que põem em comum determinado prejuízo, para que a repercussão do mesmo se atenuie pela dispersão.

Seu fim não é o lucro.

Em teses, o segurado, em vez de contribuir com o prêmio, contribui com as quotas necessárias para atender às despesas de administração, à constituição de reserva e às indenizações pagas.

DO SEGURO DE VIDA

A lei permite que a vida humana seja objeto de seguro contra os riscos da morte involuntária.

Este seguro pode se apresentar sob várias modalidades:

a) O seguro de vida tradicional, também chamado seguro de vida propriamente dito, é aquele em que, mediante um prêmio anual, se obriga o segurador ao pagamento de certa soma, por morte do segurado, a pessoa ou pessoas por este indicados no contrato.

Trata-se de negócio de previdência, em que o segurado, desejando assegurar a sobrevivência e o bem estar de sua família ou de outras pessoas que lhe são caras, estipula, que por ocasião de sua morte o segurador fornecerá, a seus beneficiários, uma soma em dinheiro desde logo fixada no contrato, pagando ele, segurado, a partir de então, um prêmio periódico, anual ou mensal.

O seguro de vida difere do seguro tradicional por sua natureza. Pois, enquanto naquele o problema é de indenizar um prejuízo, no seguro de vida não se trata de reparação de danos, porque não se pode medir em dinheiro o alcance do prejuízo representado pela perda de uma existência.

b) O seguro de vida em caso de sobrevivência é aquele em que se estipula que o benefício deve ser pago ao próprio segurado, ao fim de certo tempo. É o caso, por exemplo, do seguro dotal.

c) O seguro misto, o mais comum, nos dias atuais, é o que concilia os dois primeiros. O segurador se compromete, mediante um prêmio fixo e anual devido pelo segurado, a pagar-lhe ao fim de certo prazo (vinte ou trinta anos), uma determinada importância. Em caso de morte do segurado antes do vencimento desse prazo, referida importância será paga a pessoas por ele designadas na apólice, sem que sejam devidos os prêmios ainda não pagos.

d) Esse caráter aleatório se torna extremamente nítido no chamado seguro temporário, contemplado no art. 1476 do CC, em que o segurado, que começa desde logo a pagar o prêmio, só terá direito ao seguro se chegar a certa idade, ou for vivo a certo tempo.

DO SEGURO DE VIDA EM GRUPO

O seguro de vida em grupo é o negócio que se estabelece entre o estipulante e a seguradora através do qual aquele se obriga ao pagamento de um prêmio global e aquela se obriga ao pagamento de um prêmio global e aquele se obriga a indenizar pessoas pertencentes a um grupo determinado, denominado grupo segurável, pessoas essas ligadas por um interesse comum e cuja relação, variável de momento a momento é confiada a seguradora.

CONCLUSÕES SOBRE O CONTRATO DE SEGURO

Representa o contrato de seguro negócio não só de interesse particular das partes, como igualmente da maior importância social. Isso porque, através da mutualidade que implica, o seguro tem por efeito distribuir, por toda a comunidade, os prejuízos que o acaso impões de seus membros.

CAPÍTULO XVIII

DA FIANÇA

CONCEITO

A fiança é uma espécie do gênero garantia. A garantia pode ser *real*, e ela o é quando o devedor fornece um bem móvel ou imóvel para responder, preferencialmente, pelo resgate da dívida, como na hipótese do penhor ou da hipoteca, ou pode ser *pessoal*, como quando terceira pessoa se propõe a pagar a dívida do devedor, se este o não fizer.

Art. 1481. Dá-se o contrato de fiança, quando uma pessoa se obriga por outra, para com o seu credor, a satisfazer a obrigação, caso o devedor não a cumpra.

Como elemento de garantia a fiança, vem aumentar as possibilidades, com que conta o credor, de receber a dívida.

ESPÉCIES DE FIANÇA

Além da fiança resultante do contrato e chamada convencional, existe a fiança judicial, determinada pelo juiz, e a fiança legal, imposta pela lei.

NATUREZA JURÍDICA

A fiança convencional é contrato acessório, unilateral, solene e, no geral, gratuito.

Trata-se de negócio no mais das vezes gratuito, porque o fiador, através da fiança, nada procura receber em troca. De fato, em regra, o fiador se inspira no propósito de ajudar o afiançado, pessoa em quem confia e que, espera, não faltará ao compromisso assumido.

Nada impede, entretanto. Que o fiador reclame, em troca da garantia eu oferece, determinada remuneração.

A FIANÇA E A AUTORGA UXÓRIA

Tratando-se de negócio em geral gratuito, no qual o fiador arrisca seus bens, pois, se o devedor principal não pagar a dívida, o fiador deve fazê-lo, impede o legislador que o homem casado preste fiança, sem o consentimento de sua mulher.

DA PESSOA DO FIADOR

Muito freqüentemente compete ao devedor, ou por ordem judicial, ou por determinação legal, ou ainda como consequência do contrato apresentar fiador que lhe garanta as obrigações.

Antes do contrato pode o credor recusar o fiador indicado, devendo o devedor provar a idoneidade do mesmo, se quiser obter que o juiz ordene sua aceitação. Após o contrato, pode o credor demandar a substituição do fiador, mas terá que provar que o mesmo se tornou incapaz ou insolvente. O ônus da prova varia, conforme o caso.

DOS EFEITOS DA FIANÇA

A) BENEFÍCIO DE ORDEM

O benefício de ordem consiste na prerrogativa, conferida ao fiador, de exigir que os bens do devedor principal sejam executados antes dos seus.

Tal benefício se funda na idéia de que a obrigação do fiador é subsidiária, pois que não passa de uma garantia da dívida principal.

Não havendo tal cláusula, o fiador tem direito ao benefício de ordem, uma vez que se apresentem os seguintes pressupostos:

- I. deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livre e desembaraçados, e quantos bastem para solver o débito;

- II. deve reclamar o benefício até a contestação da lide, na ação que lhe move o credor para cobrança da dívida principal.

Acolhida a exceção representada pelo benefício de ordem, o juiz suspenderá a execução contra o fiador, ordenando que se penhorem e executem os bens do devedor principal, daquele modo apontados.

B) SOLIDARIEDADE DOS CO-FIADORES

Se a fiança for prestada por dois ou mais fiadores, sem se especificar a parte da dívida que cada qual garante, determina a lei sua solidariedade.

Assim, se houver a especificação acima aludida, cada fiador só responde pela parte que afiançou. Se não houver, pode o credor, em caso de inadimplência do devedor principal, exigir de um, de alguns, ou de todos os fiadores o total da dívida.

- I. o fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor, podendo demandar de cada um dos co-fiadores a quota respectiva;
- II. divide-se por todos os fiadores solidários a quota do insolvente, se houver .

OBRIGAÇÕES IMPOSTAS E DIREITOS DEFERIDOS AO FIADOR

A obrigação básica do fiador é a de pagar a dívida do devedor, se este o não fizer no tempo e na forma devidos. Tal obrigação, ademais, se transmite a seus herdeiros.

A responsabilidade do fiador se estende aos juros da mora, a partir de sua interpretação, e às despesas judiciais, a partir do momento em que foi citado.

A lei, entretanto, confere-lhe alguns meios para atenuar os efeitos da fiança, naquilo em que o prejudica. Ei-los:

- a) Sendo compelido a pagar a dívida, fica o fiador com ação regressiva contra o afiançado, para dele reclamar não apenas a importância que desembolsou, como também todas as perdas e danos que houver pago e ainda os prejuízos que sofrer em razão da garantia prestada.
- b) Vencida a dívida, pode o fiador exigir que o devedor satisfaça a obrigação para com o credor, ou de qualquer modo o exonere de sua responsabilidade (art. 1499). Trata-se de um meio de defesa concedido ao fiador, que consegue, desse modo, vencer a inércia do credor.
- c) Finalmente, tem o fiador o direito de se exonerar da fiança assinada sem limitação de tempo, ficando obrigado apenas aos efeitos anteriores ao ato amigável, ou à sentença que o exonerar (art. 1500).

A fiança por prazo determinado extingue-se com o advento do termo.

DA EXTINÇÃO DA FIANÇA

A fiança, contrato acessório que é, extingue-se cada vez que o contrato principal encontra o seu termo.

A lei consigna, ademais, quatro hipóteses em que a fiança se extingue através da liberação do fiador, por motivos inerentes à sua própria natureza, são elas:

- I. *A moratória concedida ao devedor, sem o consentimento do fiador.* Não se deve confundir a moratória, que é a concessão expressa de prazo ao devedor, com a mera tolerância do credor. Como através da concessão de moratória fica o fiador provado desse meio de defesa, pois a dívida se torna inexigível, a lei o libera de sua responsabilidade.
- II. *O ato do credor que torne impossível a sub rogação do fiador em seus direitos e preferências.* O fiador, ao aceitar a fiança, não ignora a possibilidade de ser compelido a pagar a dívida afiançada. Mas, ao examinar essa perspectiva, decerto antevê a hipótese de se sub rogar nos direitos do credor, fato que naturalmente representa uma adequada possibilidade de reembolso. Ora, se por ato do credor essa possibilidade se

frustra, tornando impossível ou inócua a sub rogação, o fiador se desonera da obrigação e a fiança se extingue.

- III. *A dação em pagamento, consentida pelo credor*, põe termo à dívida, extinguindo, portanto, a fiança, que constitui obrigação acessória.

Ao cuidar da dação em pagamento, encara o legislador o problema da evicção e determina que se o credor for evicto da coisa recebida em pagamento, restabelece-se a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada.

De modo que, ocorrendo tal evicção, a obrigação primitiva volta à vida, mas sua ressurreição não provoca o ressurgimento da fiança.

- IV. *O retardamento do credor na execução*, quando, em hipótese em que se alegou o benefício de ordem, de tal retardamento resultar a impossibilidade de se cobrar do devedor a dívida.

Se o fiador provar que os bens indicados eram, ao tempo da indicação, suficientes para a solução da dívida afiançada, libera-se de suas obrigações, extinguindo-se a fiança.

BIBLIOGRAFIA

1. DIREITO CIVIL

VOL. 3 - DOS CONTRATOS E DAS DECLARAÇÕES UNILATERAIS DA VONTADE

SÍLVIO RODRIGUES

25ª edição - Ed. Saraiva

São Paulo - 1997

LIVRO VI

DAS OBRIGAÇÕES POR DECLARAÇÃO UNILATERAL DE VONTADE

CAPÍTULO I

DOS TÍTULOS AO PORTADOR

CONCEITO

Título ao portador é o documento em que alguém promete uma prestação à pessoa que se apresente como seu detentor. Nos casos determinados ou por ela não proibidos, a lei dá validade a essa promessa, munindo o portador de ação para obter o pagamento de seu crédito.

Trata-se de relação jurídica em que se conhece o sujeito passivo da obrigação, que é o emissor do documento, mas em que se desconhece o sujeito ativo. Este só ficará determinado por ocasião do resgate da obrigação: será o apresentante do documento.

O título ao portador é negócio abstrato, pois independe da causa que o gerou, valendo por si próprio e desde que apresente os requisitos externos necessários para sua configuração.

O fato de o título desprender-se da causa que o gerou constitui um elemento de segurança que atrai tomadores, pois jamais se poderá alegar contra eles que o papel foi emitido por erro, dolo, coação, ou que constitui objeto de uma simulação inocente, podendo, portanto, ser anulado.

Da segurança que a lei empresta ao título ao portador decorre sua facilidade de circulação. Daí a necessidade que encontra o Estado de restringir o curso desses títulos. Pois sua emissão indiscriminada, por quem quer que fosse, mesmo por pessoas incapazes de resgatá-los, representaria não só ameaça para a paz social, como instrumento incontrolável de inflação. Se o título ao portador circula como a própria moeda, mister se faz que o Estado controle sua emissão e circulação, para evitar os efeitos inflacionários dele resultantes. Daí a regra do art. 1511 do CC, nestes termos:

Art. 1511. É nulo o título, em que o signatário, ou emissor, se obrigue, sem autorização de lei federal, a pagar ao portador quantia certa em dinheiro.

EFEITOS DO TÍTULO AO PORTADOR

Emitido o título, pode o portador reclamar do emissor a prestação devida. Do mesmo modo, exonera-se o emissor pagando a qualquer pessoa que se apresente como seu detentor (art. 1505).

A apresentação do título é o elemento que provoca e justifica o pagamento.

DO EXTRAÍO DO TÍTULO AO PORTADOR

Determina o art. 1509 do CC que a pessoa, injustamente desapossada de títulos ao portador, só mediante intervenção judicial poderá impedir que ao legítimo detentor se pague a importância do capital, ou seu interesse.

DOS TÍTULOS DE LEGITIMAÇÃO

Títulos de legitimação são aqueles títulos nominativos com cláusula adjeta de poderem ser pagos ao portador.

CAPÍTULO II

DA PROMESSA DE RECOMPENSA

CONCEITO

Promessa de recompensa é o ato de alguém que, por anúncio público, dirigido a pessoa determinada, se compromete a gratificar quem preencha certa condição ou desempenhe certo serviço. A lei impõe ao promitente a obrigação de cumprir o prometido (CC, art. 1512).

O interesse da comunidade é melhor atendido quando se torna obrigatória a promessa, pois que ela pode provocar uma expectativa no meio social que não deve ser decepcionada impunemente. Quando alguém promete um prêmio a quem realizar certa obra, seu ato suscita, no meio dos especialistas e dos estudiosos, uma justa expectativa de ganhá-lo, conduzindo à realização de trabalhos e ficariam sem objeto se a promessa não vinculasse o promitente.

De modo que o promitente se obriga à prestação prometida ainda que o beneficiário não manifeste a intenção de reclamá-la; ainda que este satisfaça a condição sem almejar recompensa; e mais: ainda que ignore a promessa.

DA REVOGABILIDADE DA PROMESSA DE RECOMPENSA

Quando na promessa de recompensa não figura cláusula de irrevogabilidade, pode o promitente revogá-la, uma vez que se submeta aos requisitos impostos pela lei.

Entretanto, a proposta será sempre irrevogável, quando o promitente assinar prazo para a execução da tarefa, pois, nessa hipótese, entender-se-á que renunciou ao arbítrio de retirar a oferta, enquanto aquele não houver transcorrido.

a) Determina o art. 1514 do CC, em sua 1ª alínea, que, antes de prestado o serviço, ou preenchida a condição, pode o promitente revogar a promessa, contanto que o faça com a mesma publicidade.

Presume o legislador não haver prejuízo de quem quer que seja, por isso entende lícito o arrependimento.

b) Nos concursos a promessa de recompensa é irrevogável, pois, é requisito de validade da declaração, que o promitente fixe um prazo, dentro do qual não se pode desdizer.

Aqui o legislador se inspira na idéia de que, uma vez anunciado o concurso, os concorrentes terão que fazer esforços, realizar pesquisas, enfrentar despesas, na justa expectativa de concorrerem ao prêmio e de eventualmente ganharem.

DA REALIZAÇÃO DO ATO POR MAIS DE UMA PESSOA

O art. 1515 do CC contempla a hipótese de o ato reclamado ter sido realizado por mais de um indivíduo e determina que, em regra, a recompensa cabe ao que primeiro o executou. No caso de execução simultânea dividir-se-á a recompensa, a qual, entretanto, será sorteada, na hipótese de ser indivisível.

DOS CONCURSOS PÚBLICOS

No concurso, várias pessoas se propõem a realizar uma tarefa ou a revelar qualidade pessoais, em busca de um prêmio que só será conferido ao melhor.

Indagação curiosa é a que diz respeito à possibilidade de o júri negar premiação a qualquer dos concorrentes, alegando que nenhuma das obras apresentadas, dada a pobreza de suas qualidades, merece consagração.

Entendo que a liceidade e tal procedimento de pende de cláusula expressa no edital. Caso tal ressalva não tenha sido publicada, o tempo de abertura do concurso, o júri não pode negar o prêmio ao melhor dentre os ruins, que concorreram.

Quanto ao domínio das obras premiadas, dispõe o art. 1517 que as mesmas só ficarão pertencendo ao promitente se houver cláusula contendo tal estipulação no edital do concurso.

BIBLIOGRAFIA

1. DIREITO CIVIL

VOL. 3 - DOS CONTRATOS E DAS DECLARAÇÕES UNILATERAIS DA VONTADE

SÍLVIO RODRIGUES

25ª edição - Ed. Saraiva

São Paulo – 1997