

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Susete Gomes

O objeto do contrato

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Susete Gomes

O objeto do contrato

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais (subárea de Direito Civil), sob orientação do Professor Doutor RENAN LOTUFO.

SÃO PAULO

2008

Banca Examinadora

Ao meu filho Thales, que partilha comigo tantos momentos, pelo tom de alegria que tem sua voz, pelo sorriso adolescente de quem descobre a vida, pelo seu jeito adorável de olhar o mundo, dedico esse trabalho, com todo o meu amor.

AGRADECIMENTOS

Agradecer!

Pode parecer tão simples, mas faz meu coração acelerar, ao lembrar-me de pessoas queridas, de momentos importantes, dos caminhos, dos percursos e de tudo que encontrei ao percorrê-lo.

Este é, sem dúvida, um momento de emoção e amor.

Pela inspiração, pelo legado do amor à advocacia, com a saudade que atravessa o tempo e o espaço e encontra a energia do amor, agradeço meu pai, Atayde.

Pela coragem e pelo incentivo, por todas as orações, pelo seu olhar, que me fez superar tantos obstáculos, agradeço à minha mãe, Nenê.

Pelo barulho da casa lotada, por tudo o que aprendi na vida com meus irmãos, agradeço a todos eles, pelo que são, pois cada um, com seu jeito, traçou um caminho muito especial até meu coração. Elisa, com a sua arte silenciosa. Márcia, por ser minha amiga e confidente, ser minha companheira de tantas tardes, por ser minha fortaleza em momentos de temor. Antonio Carlos, por sua determinação e dedicação. Agostinho, por sua arte, por me ver no seu olhar, por me aceitar como sou, pela eterna acolhida. Paulo, pela filosofia e pela vida. Susy, minha gêmea amada, por todas as nossas brincadeiras de criança, sonhos adolescentes, desafios profissionais em nosso escritório, por todas as

poesias, pelas letras e as músicas, por todas as conquistas que partilhamos juntas, por tudo que vivemos e viveremos. A todos vocês, o meu amor.

Pela alegria e amizade, agradeço à Sílvia Helena minha sócia, amiga, companheira e, por coincidência do destino, minha sobrinha querida.

Foi nos bancos da PUC São Paulo, nas aulas do mestrado, ao conhecer o Professor Dr. Renan Lotufo, que pude compreender o significado de um grande mestre. Por isso, a ele rendo, muito honrada em me sentir sua discípula, os mais sinceros agradecimentos.

São tantos os momentos que ficam na memória dos tempos acadêmicos. Da graduação e do mestrado. Momentos celebrados em mesas de estudo, em discussões inflamadas, comemorações pelo fim das provas, pela entrega dos trabalhos. Assim, a todos que dividiram comigo o debate de um texto, a ansiedade de uma prova, o descortinar do direito depois de uma aula envolvente, o fascinante cotidiano da vida acadêmica, que tomaram café nos intervalos, que dividiram uma conta num bar depois da aula, meus agradecimentos, com a certeza de que esses momentos estão em meu coração, eternizados pela amizade. Com carinho especial para Diogo Leonardo Machado Mello, Nei Messias Vieira, Wesley Hossri e Maurício Bellucci.

Pela amizade de todas as horas, agradeço a Andréa de Toledo Pierri, Maria Judith Ismael Righi Gomes, Maricleide Tavares, Carolina Lourenço Defilippi Gonçalves e Gisele Berto Villas-Boas. Espero que a vida me permita retribuir tudo o que de vocês já recebi.

Pela advocacia de todos os dias, pelo exercício compartilhado desse mister, agradeço a todos do escritório Gomes Hoffmann Advogados, aos meus sócios Susy, Sílvia e Maurício, já citados aqui, a todos os advogados e estagiários e a todos os clientes que me permitiram, tantas e tantas vezes, elaborar contratos, discutir e opinar sobre questões tão importantes para suas vidas, que me depositaram confiança profissional e me fizeram amadurecer e entender cada vez mais o sentido do Direito.

Ao amor que surpreende e encanta!

Ao Cristiano,

Pelo encontro que me fez mudar caminhos, buscar novos rumos.

Pela emoção do olhar, que me faz entender a vida.

Pelo conforto do abraço, pelo afago, pela alegria de viver.

Pelas cores, sabores, celebrações.

Por iluminar todos os meus dias.

Por ser quem é e por estar na minha vida. Amo você!

RESUMO

O presente trabalho trata do objeto do contrato, nos contratos bilaterais (sinalagmáticos), comutativos e paritários.

O ponto inicial é a perspectiva do contrato como expressão da autonomia privada, e, dessa forma, as partes devem utilizar da melhor comunicação para estabelecerem o programa contratual.

Para tanto, faz-se necessário entender a importância da linguagem nesse contexto, especialmente porque a complexidade da vida moderna impõe seletividade. Ao estabelecer um determinado programa contratual, faz-se uma escolha dentre muitas outras possibilidades.

Para que se possa verificar a dimensão do estudo do objeto do contrato, mister se faz percorrer pelos institutos da autonomia privada, negócio jurídico, contratos e princípios contratuais.

O objeto do contrato é pressuposto de existência, requisito de validade e tem efeitos no mundo fenomênico do direito.

O objeto do contrato deve ser entendido tanto como conteúdo (programa contratual) quanto como objetivo (finalidade). Todavia difere-se da causa do contrato e do consenso.

Deve ser visto como um complexo de obrigações, deveres, direitos, ônus, sujeições, e deve ser visto como uma unidade. Nesse sentido, não se confunde com objeto da obrigação, nem da obrigação, nem do dever. Todos esses elementos integram o objeto do contrato.

O objeto pode sofrer vicissitudes ao longo da relação contratual, e, por esse motivo, requer que seja tutelado o equilíbrio contratual, seja de forma preventiva e no âmbito da autonomia privada, seja pelo sistema que fornece mecanismos para recompor o equilíbrio do programa contratual de forma a permitir que a finalidade do contrato seja alcançada.

Palavras-chave: Objeto do contrato. Conteúdo. Finalidade.

ABSTRACT

This work examines the object of the contract, in the bilateral, commutative, and parity contract.

The initial point is the perspective of the contract as expression of the private autonomy, and, that way, the parts should use the best communication in order to establish the contract program.

For that, it is necessary to understand the importance of the language in such a context, especially because the complexity of the modern life imposes selectivity. When establishing a certain contract program, one choice among many other possibilities is made.

In order to verify the study dimension of the object of the contract, analyzing the institutes of the private autonomy is need, as well as juridical business, contracts and contract principles.

Existence and validity requirement presuppose the object of the contract, which has effects in the phenomenic world of the Law.

The object of the contract should be understood both as the content (contract program) and as the objective (purpose). It differs from the cause of the contract and from the consensus.

It should also be seen as a composite of obligations, duties, rights, responsibilities, subjections, and it should be seen as an unit. In that sense, it is not confused with object of the obligation, nor of the obligation, nor of the duty. All those elements integrate the object of the contract.

The object can suffer vicissitudes along the contract relation, and, for that reason, it requires contractual balance to be protected, be it in a preventive way and in the private autonomy scope, be it through the system that supplies mechanisms to recompose the contract program balance, which allows the purpose of the contract to be reached

Keywords: Object of the contract. Content. Purpose.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
1 LINGUAGEM E COMUNICAÇÃO.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
1.1 INTRODUÇÃO.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
1.2 LINGUAGEM.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
1.3 A VISÃO DE LUHMANN – TEORIA DOS SISTEMAS.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
1.4 MANIFESTAÇÃO DA VONTADE NOS CONTRATOS – PRIMEIRAS ANOTAÇÕES.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
1.5 CONCLUSÃO.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2 AUTONOMIA PRIVADA. NEGÓCIO JURÍDICO E CONTRATO – PRINCÍPIOS CONTRATUAIS.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2.1 AUTONOMIA PRIVADA.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2.1.1 AUTONOMIA PRIVADA E A CONSTITUIÇÃO – DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2.2 NEGÓCIO JURÍDICO.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2.2.1 EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2.2.1.1 <i>ELEMENTOS DO NEGÓCIO JURÍDICO</i>	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2.2.1.2 <i>REQUISITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO</i>	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2.2.1.3 <i>EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO</i>	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2.3 CONTRATO.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2.3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2.3.2 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2.3.2.1 <i>PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA</i>	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2.3.2.2 <i>PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA</i>	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2.3.2.3 <i>PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL</i>	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2.3.2.4 <i>PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL</i>	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2.3.2.5 <i>PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA – PACTA SUNT SERVANDA E A SUA RELATIVIZAÇÃO</i>	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2.3.2.6 CONCLUSÃO.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2.3.3 CONTRATO COMO FONTE DE OBRIGAÇÕES.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.

- 3 OBJETO DO CONTRATO ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
- 3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARESERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
- 3.2 OS PLANOS DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO ANALISADO SOB A ÓTICA DO OBJETO DO CONTRATO..... ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
- 3.3 REQUISITOS DO OBJETO ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
- 3.3.1 OBJETO LÍCITO ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
- 3.3.2 OBJETO POSSÍVEL..... ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
- 3.3.3 OBJETO DETERMINADO OU DETERMINÁVELERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO
- 3.3.4 NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO EM RAZÃO DO OBJETOERRO! INDICADOR N
- 3.4 OBJETO E CONTEÚDO – PROGRAMA CONTRATUALERRO! INDICADOR NÃO DEF
- 3.5 OBJETO E OBJETIVO (FINALIDADE)ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
- 3.6 OBJETO E CONSENSO ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
- 3.7 OBJETO E CAUSA ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
- 3.8 OBJETO COMO CRITÉRIO DE CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
- 3.8.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARESERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
- 3.8.2 CONTRATOS BILATERAIS E CONTRATOS UNILATERAISERRO! INDICADOR NÃO
- 3.8.3 CONTRATOS ONEROSOS E CONTRATOS GRATUITOSERRO! INDICADOR NÃO D
- 3.8.3.1 *CONTRATOS COMUTATIVOS E CONTRATOS ALEATÓRIOS*ERRO! INDICADOR
- 3.8.4 CONTRATOS TÍPICOS E CONTRATOS ATÍPICOSERRO! INDICADOR NÃO DEFINI
- 3.8.5 CONTRATOS CONSENSUAIS, CONTRATOS FORMAIS E CONTRATOS REAIS ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
- 3.8.6 CONTRATOS PRINCIPAIS E CONTRATOS ACESSÓRIOSERRO! INDICADOR NÃO
- 3.8.7 CONTRATOS INSTANTÂNEOS (DE EXECUÇÃO IMEDIATA), DE EXECUÇÃO DIFERIDA E CONTRATOS DE DURAÇÃOERRO! INDICADOR NÃO DE
- 3.8.8 CONTRATOS POR PRAZO DETERMINADO E CONTRATOS POR PRAZO INDETERMINADO..... ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
- 3.8.9 CONTRATOS PESSOAIS E CONTRATOS IMPESSOAISERRO! INDICADOR NÃO D
- 3.8.10 CONTRATOS PARITÁRIOS E CONTRATOS DE ADESÃOERRO! INDICADOR NÃO
- 3.8.11 CONTRATOS PRELIMINARES E CONTRATOS DEFINITIVOSERRO! INDICADOR N
- 3.8.12 CONTRATOS CAUSAIS E CONTRATOS ABSTRATOSERRO! INDICADOR NÃO DE

3.8.13	CONTRATOS SIMPLES E CONTRATOS COMPLEXOS	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
3.8.14	PARADIGMA DA ESSENCIALIDADE	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
3.8.15	CONCLUSÃO	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
3.9	UNIDADE DA RELAÇÃO CONTRATUAL E ESTRATIFICAÇÃO DO OBJETO	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
3.9.1	DEVERES JURÍDICOS.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
3.9.2	ESTADO DE SUJEIÇÃO	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
3.9.3	ÔNUS JURÍDICO.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
3.9.4	OBJETO DA OBRIGAÇÃO	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
3.9.5	OBJETO DA PRESTAÇÃO	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
3.9.6	OBRIGAÇÕES SECUNDÁRIAS – DEVERES SECUNDÁRIOS DE PRESTAÇÃO	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
3.9.7	DEVERES LATERAIS	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
3.10	CONCLUSÃO	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
4	VICISSITUDES NO OBJETO NO DECORRER DO CONTRATO	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
4.1	CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
4.2	A MANUTENÇÃO DA EQUIVALÊNCIA DAS PRESTAÇÕES.	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
4.2.1	TUTELA DO SINALAGMA	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
4.2.1.1	TEORIA DA IMPREVISÃO.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
4.2.1.2	GARANTIA DO OBJETO EM FACE DOS VÍCIOS REDIBITÓRIOS E DA EVICÇÃO	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
4.2.1.3	INADIMPLEMENTO E A MANUTENÇÃO OU RESOLUÇÃO DO CONTRATO	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
4.2.1.3.1	<i>INADIMPLEMENTO ABSOLUTO E MORA</i>	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
4.2.1.3.2	<i>RESOLUÇÃO DO CONTRATO</i>	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
4.2.1.3.3	<i>EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO</i>	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
4.2.1.3.4	<i>ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL</i>	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
4.2.1.3.5	<i>VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO</i>	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
	CONCLUSÃO	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
	REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.

INTRODUÇÃO

A complexidade do mundo moderno faz com que as relações negociais requeiram, cada vez mais, uma melhor comunicação.

Essa realidade fica mais evidente ao celebrar um contrato. O direito é um fenômeno comunicativo, e quando se reporta tal fenômeno para o âmbito da autonomia privada, percebe-se a importância da comunicação e da linguagem para se estabelecer um programa contratual.

Por esse motivo, o primeiro capítulo deste trabalho trata da linguagem e da comunicação. A linguagem como forma de manifestação humana entre pares, que estabelecem relações no cotidiano, bem como forma de manifestação do direito.

No direito contratual, existe uma ampla liberdade de linguagem e daí a necessidade de se entender as formas de manifestação da vontade.

Parte-se, ainda no primeiro capítulo, da Teoria dos Sistemas, preconizada por Niklas Luhmann, que enxerga como função do direito, a generalização congruente de expectativas normativas, pois, para ele, normas garantem as expectativas contra desilusões.

Tal teoria veste muito bem o entendimento a ser exposto ao longo do trabalho: eis que as partes, ao estabelecerem o programa contratual, podem estabelecer regras, utilizando os mecanismos do sistema, para manter o equilíbrio ao longo da relação contratual e atingir a finalidade pretendida.

No capítulo 2, adentra-se no âmbito da autonomia privada, na sua expressão que é o negócio jurídico e o contrato, para que se possa ter em mira a atual visão dos contratos e da teoria dos negócios jurídicos.

Faz-se necessário assinalar que a análise do objeto do contrato se dará apenas em contratos bilaterais, comutativos e paritários. Apesar de serem de extrema relevância para o sistema do direito os contratos de massa, o presente estudo não examinará qualquer aspecto dessa forma contratual.

No capítulo 3, faz-se toda uma análise do objeto do contrato, de seus pressupostos, requisitos e elementos. Não é tarefa simples sistematizar tal tema, visto que poucos são os trabalhos relacionados ao objeto do contrato.

Ainda no capítulo 3, estabelece-se um cotejo entre objeto do contrato e causa, e do objeto com o consenso. O objeto do contrato divide-se em objeto imediato, entendido como o conteúdo, o programa contratual estabelecido entre as partes e o objeto mediato, que é a finalidade pela qual o programa se estabelece.

O objeto do contrato não pode ser reduzido a objeto da obrigação, da prestação do dever, deve ser entendido como uma relação complexa, e, como tal, abarca obrigações, prestações, deveres, direitos, ônus, sujeições.

Para se perceber a importância do objeto na categorização dos contratos, também se demonstrará, ao longo do capítulo 3, como o objeto age quando eleito critério de classificação dos contratos, ou melhor, como interage com a classificação clássica dos contratos.

Enfim, no capítulo 4, último deste trabalho, o foco da análise serão as vicissitudes no objeto no decorrer do contrato, com ênfase à manutenção do equilíbrio contratual.

As vicissitudes demonstram que as expectativas das partes, idealizadas no momento da formação do contrato, podem se frustrar ao longo do contrato. Isso porque os comportamentos se alteram, pois o contrato é um todo

complexo e dinâmico, especialmente os sinalagmáticos e comutativos que têm a reciprocidade de obrigações e o pretense equilíbrio das prestações como linhas mestras.

Assim, o presente trabalho visitará diversos conceitos e institutos relacionados com o objeto do contrato.

1 LINGUAGEM E COMUNICAÇÃO

1.1 Introdução

Palavras escritas, faladas, atos, gestos, silêncio. Para tudo isso cabe uma interpretação, cabe uma categorização, dependendo da linguagem utilizada.

Um mero acenar das mãos pode ser um adeus, um até logo, como pode representar um lance num leilão. Uma assinatura ao final de um texto pode significar um comprometimento sentimental, pode ser uma declaração, um recibo, uma proposta, a indicação da autoria de uma obra literária, dentre tantas outras possibilidades.

O silêncio pode significar desprezo, insensibilidade, desídia, consentimento, protesto ou simplesmente o “nada a declarar”.

A linguagem faz com que as pessoas se relacionem. Não há como pensar qualquer forma de relação se, entre as pessoas envolvidas, não existir alguma forma de comunicação.

Quando se comunica, a comunicação é sobre algo para alguém.

Gesto, palavra, silêncio são atos humanos lançados ao mundo exterior, dentro de contextos. Não há texto sem contexto.

Mas como identificar o contexto para cada texto? Como identificar, interpretar o texto (aqui entendido num amplo sentido de qualquer forma de manifestação)?

Se na vida comum os textos emanados pelo interlocutor e mal interpretados pelo receptor causam discórdias, tristezas, desencontros, como

fica essa conjuntura na realidade negocial? No âmbito da autonomia privada? Como delimitar especificamente o objeto que as partes contrataram?

Além disso, existem, em cada um dos entes da comunicação, expectativas. Ao se comprar um sorvete de chocolate, tudo o que se espera é que esteja gelado, doce e que satisfaça o desejo por aquele alimento específico. Mas, qual será a expectativa de um turista, em passeio na região do Amazonas no Brasil, que não conhece cupuaçu e compra um sorvete desse sabor? Será que sua expectativa será devidamente atendida? A única resposta cabível é: pode ser que sim, pode ser que não. Como saber? Primeiro, é necessário saber qual era a expectativa: se apenas conhecer o sabor daquela fruta, se de desfrutar de um alimento doce, forte, denso. Se a expectativa não for atendida, ele sofrerá uma frustração, que, para o exemplo, não trará, aparentemente, conseqüências sérias. Mas, o desencontro entre a expectativa e o objeto do desejo pode gerar frustrações, de conseqüências simples a complexas.

Assim, quanto maior a complexidade da comunicação, maior possibilidade de frustração das expectativas.

E, a complexidade da comunicação se dá de diversas formas, desde a variável significação de mesmos símbolos (ou signos) até as diferentes formas de se comunicar.

Se o símbolo “:” (dois pontos) significar apenas e tão somente “dividido por”, sempre que ele for utilizado, quem o conhecer, saberá o seu significado; para quem não o conhecer, aquilo nada significará.

Todavia, se o símbolo “:” pode significar também, em outro contexto, um sinal de pontuação que tem, no mínimo, duas utilizações: iniciar uma

enumeração¹ e anunciar a mudança de foco de narrador para personagem ou de narrador para citação². Será necessário, ao receptor da referida comunicação, perceber em qual contexto o símbolo “:” está inserido.

Nesse exemplo, é possível verificar, para aqueles que conhecem o símbolo, a contextualização entre operação matemática e a gramatical, pois, na primeira hipótese, estaria numa equação, numa forma de expressão própria da matemática e, na segunda hipótese, estaria numa expressão da linguagem escrita gramatical.

Entretanto, dentro da linguagem escrita gramatical, dependendo da utilização, o símbolo “:” terá um ou outro significado.

Portanto, entender o significado requer informação sobre o símbolo (signo) e a capacidade de sua contextualização dentro do texto em que está inserido.

Dessa forma, pode-se depreender que, se um mesmo símbolo (signo) pode ter mais de um significado e se a forma de comunicação entre as pessoas evolui, a comunicação certamente vai ganhar uma complexidade cada vez maior.

Quando essas considerações são transportadas para o universo jurídico, a linguagem passa a ter contornos ainda mais relevantes, pois onde está a sociedade está o direito.

A sociedade requer relação entre seus entes, a relação se dá por meio da comunicação. O direito é um fenômeno comunicativo, pois requer e utiliza a linguagem para se propor, para se expressar.

¹ Dois pontos são colocados entre os dois itens de uma aposição, em especial, quando o primeiro item caracteriza uma enumeração e o segundo item traz a enumeração em si.

² Nesse caso, dois pontos são empregados conjuntamente com travessão ou aspas.

Paulo de Barros Carvalho³ ensina que

O direito positivo está vertido numa linguagem, que é seu modo de expressão. E essa camada de linguagem, como construção do homem, se volta para a disciplina do comportamento humano, no quadro de suas relações de intersubjetividade. As regras do direito existem para organizar a conduta das pessoas umas com relação às outras. Daí dizer-se que ao Direito não interessam os problemas intrasubjetivos, isto é, da pessoa para com ela mesma, a não ser na medida em que esse elemento interior e subjetivo corresponda a um comportamento exterior e objetivo.

[...]

Seja como for, a disciplina do comportamento humano, no convívio social, se estabelece numa fórmula lingüística, e o direito positivo aparece com um plexo de proposições que se destinam a regular a conduta das pessoas, nas relações de inter-humanidade.

Portanto, o direito requer a linguagem.

1.2 Linguagem

A linguagem não é una, e sim múltipla. Conseqüentemente, cria diversos mundos, cada um com seus seres, seus acontecimentos e seus fatos.

Um enunciado é verdadeiro, em princípio, quando resulta em conformidade com uma interpretação estabelecida, aceita e instituída dentro de uma comunidade de pertinência. Um enunciado verdadeiro não diz o que é uma coisa, e sim o que está estabelecido dentro de uma cultura particular.

Paulo de Barros Carvalho⁴ ensina que língua é um sistema convencional de signos em vigor numa determinada comunidade social, que se presta a fins comunicacionais. A língua, entendida como instituição e sistema, difere-se da fala que é ato individual de seleção e atualização. Já a linguagem – mais

³ *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 2.

⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Língua e Linguagem*. signos lingüísticos. funções, formas e tipos de linguagem. hierarquia da linguagem. Apostila de filosofia do direito I. Lógica Jurídica, São Paulo: PUC-SP, 1999, p. 7.

abrangente – significa a capacidade do ser humano para comunicar-se por intermédio de signos, cujo conjunto sistematizado é a língua. A maneira como os códigos idiomáticos são empregados determina o aparecimento de muitas linguagens em decorrência de uma só língua.

Explica ainda, o referido autor, que signo é unidade de um sistema que permite a comunicação inter-humana, tem o *status* lógico da relação. No signo um suporte físico (palavra falada ou palavra escrita) se associa a um significado (algo do mundo exterior ou interior, da existência concreta ou imaginária, atual ou passada) e a uma significação (noção, idéia ou conceito em nossa mente)⁵. Suporte físico, significado e significação formam pontos da relação triádica que é a idéia do signo.

Vilém Flusser⁶, ao tratar da língua percebida externamente, aduz que

As palavras que chegam até nós através dos sentidos vêm organizadas. São agrupadas em obediência a regras preestabelecidas, formando frases. Quando percebemos palavras, percebemos uma realidade ordenada, um cosmos. O conjunto de frases percebidas e perceptíveis chamamos de língua. A língua é o conjunto de todas as palavras percebidas e perceptíveis, quando ligadas entre si de acordo com as regras preestabelecidas. Palavras soltas, ou palavras amontoadas sem regra, o balbuciar e a “salada de palavras”, formam a borda, a margem da língua. O estudo da língua tal como é percebida equivale à pesquisa de um cosmos. Dada a nossa definição da realidade como conjunto de palavras e de palavras *in statu nascendi*, é o estudo da língua possivelmente a única pesquisa legítima do único cosmo concebível.

[...]

Símbolos são resultados de acordo entre vários contratantes. Os cristãos primitivos puseram-se de acordo sobre o significado do sinal do peixe: será símbolo do Cristo. O serviço de trânsito e os motoristas puseram-se de acordo (mais ou menos precário) sobre o significado do sinal. [...] Somos forçados a aceitar a língua e seu caráter simbólico como a própria condição do pensamento, e a frase “origem da língua” carece, portanto, de significado nesse contexto.

⁵ Os termos sublinhados são utilizados pela terminologia husserliana – outros autores atribuíram outras denominações

⁶ *Língua e realidade*. 2. ed. São Paulo: Annablume, 2004, p. 40.

Ainda sobre signo e significado, importante ressaltar que Ricardo Guibourg⁷ preleciona que signo é um fenômeno relacionado com outro fenômeno e que alguns signos não dependem de uma relação de causa e efeito, mas sim de um vínculo arbitrariamente fixado; esses signos são denominados símbolos.

Para referido autor, a linguagem é um sistema de símbolos que serve para a comunicação. É preciso que a comunicação se estabeleça por meio de um código comum entre emissor e receptor. Em cada processo de comunicação aparece uma mensagem composta por uma série de signos, que possuem uma significação, que é a relação entre signo e o fenômeno cuja representação do signo traz à nossa mente. Significado, por sua vez, é a relação dos símbolos com aquilo que simbolizam. A significação pode ser natural ou artificial, e o significado é sempre artificial, intencional e mais ou menos convencional.

Guibourg, a cuidar da fonte do significado assinala que não existem nomes verdadeiros das coisas, apenas nomes comumente aceitos, não aceitos ou menos aceitos que outros. Assim, significado é a relação artificial entre palavra e coisa, fruto de decisões individuais ou sociais.

Trata, o referido autor, ainda de temas de extrema relevância para o presente trabalho, como os conceitos de ambigüidade, vaguidade e definição. A falta de precisão de um significado (designação) de uma palavra se chama vaguidade. Uma palavra é vaga na medida em que existem casos em que a sua aplicabilidade é duvidosa. A condição de uma palavra com mais de um

⁷ *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2000.

significado se chama ambigüidade. A ambigüidade provém muitas vezes da extensão de um nome a diversos aspectos ou elementos de uma mesma situação.

Conclui que é necessário reconhecer que há ocasiões em que a precisão da linguagem natural não resulta eficiente e, se existir a necessidade de aprofundar-se sobre algum aspecto, há que se lançar mão de outras linguagens, como a linguagem técnica ou a formal. Nessas, a ambigüidade e a vaguidade são empecilhos, pois o conhecimento especializado requer uma rigorosa precisão, fazendo-se necessária a introdução de vocábulos ou expressões cuja agudeza semântica se assemelhe ao fio de uma navalha ou bisturi.

Também há que se considerar que existem nomes, signos, que são fruto de regras científicas próprias, que passam a ser aceitas universalmente.

Importa anotar, também, que toda e qualquer manifestação lingüística, desde as mais simples às mais complicadas, raramente encerra uma única função. As funções da linguagem⁸ são a descritiva, a expressiva de situações subjetivas (caracterizada pela presença de emoção manifestada pelo remetente da mensagem), prescritiva de condutas, interrogativa, operativa, fáctica, propriamente persuasiva, afásica, fabuladora, metalingüística.

Dentre os tipos de linguagem, segundo Paulo de Barros Carvalho, tem-se a linguagem natural, a técnica, a científica, a filosófica, a formalizada e a artística.

⁸ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Língua e Linguagem*. signos lingüísticos. funções, formas e tipos de linguagem. hierarquia da linguagem. Apostila de filosofia do direito I. Lógica Jurídica, São Paulo: PUC, 1999, p. 15.

A linguagem formalizada merece destaque, pois aparece como instrumento eficaz para a exibição de relações, sejam elas matemáticas, físicas, econômicas, sociológicas, psicológicas ou jurídicas. Todavia, o autor, citando Lourival Vilanova, ressalta que, ao se despojar o discurso das roupagens idiomáticas, há de se remanescer um resíduo formal dotado de alguma significação, sob pena de transformar-se o conjunto num mero cálculo, numa combinação das relações possíveis entre os sinais do sistema, sinais esses que nada dizem, que nada comunicam.

Dessa forma, considerando que a linguagem é um cosmos, um universo, que sempre poderá ser delimitado, sendo possível criar um universo dentro do amplo universo da linguagem (em sentido pleno), há que se pensar que a esfera jurídica tem seu cosmos de linguagem próprio e que há de refletir a comunicação social entre os entes da sociedade, em suas diferentes formas de relação: familiar, pessoal, negocial, econômica, política, religiosa, cultural.

A linguagem utilizada nos contratos, especialmente a que delimita o objeto do contrato, terá de ser a que melhor revela a expectativa das partes, a que melhor externa a vontade negocial, para que a formação do contrato que gera o consenso sobre o objeto permita que a regra emanada da autodeterminação das partes gere os efeitos pretendidos.

Ao atuar como legisladores da regra a que irão se submeter, as partes deverão optar pela linguagem que reflita o consenso estabelecido, para que o programa contratual possa, ao menos, estabelecer as regras para que se dê o cumprimento ao pactuado, mesmo que no decorrer do contrato o comportamento das partes se altere.

Não é simples utilizar essa liberdade de estipulação na linguagem contratual. A complexidade da relação, o sistema de deveres, direitos, obrigações que decorre de um contrato comutativo, sinalagmático, paritário, importa num empenho das partes para expressarem de forma clara as suas pretensões, para que com o consenso nasça a regra contratual cujo objeto seja o efetivamente pretendido pelas partes.

1.3 A Visão de Luhmann – Teoria dos Sistemas

Em razão do exposto nesse primeiro capítulo, depreende-se a importância da comunicação como um ponto crucial para se obter o consenso, estabelecer o objeto do contrato e atingir as consequências jurídicas de seu cumprimento ou de sua violação.

Sob tal aspecto, a Teoria dos Sistemas, preconizada por Niklas Luhmann, apresenta muitos fundamentos que propiciam a leitura do objeto do contrato à luz da complexidade da comunicação.

Imperioso observar que a teoria de Luhmann não será objeto do presente trabalho, mas alguns de seus conceitos serão utilizados, de forma propositalmente resumida, para permitir uma melhor abordagem do tema.

Luhmann se destaca pela forma como sistematizou o caminho a ser trilhado pelo operador do direito e, para tanto, utiliza-se de um método sociológico, valendo-se de uma metodologia interdisciplinar.

Preocupa-se em encontrar o lugar do direito à sociedade, valorizando a evolução do direito, relacionando alterações sociais e estruturais às alterações do sistema jurídico. Sua premissa é a de que o direito é um sistema próprio,

que se auto constrói, inserido em um ambiente composto por diversos outros sistemas.

Conforme prescreve Gustavo Sampaio Valverde⁹,

Ao contrário da maioria dos teóricos do direito, Luhmann não concebe o sistema como um conjunto de regras e princípios, mas como um emaranhado de operações fáticas. Portanto, para se utilizar o instrumental da teoria dos sistemas se terá que pensar mais em operações que em estruturas. As estruturas são necessárias para que o sistema realize suas operações. Mas são as operações que constituem o sistema, ao produzirem sua diferença frente ao ambiente.

O ponto inicial do estudo da teoria de Luhmann parte da diferenciação entre sistemas e ambiente. Como seu estudo é acerca da sociedade, e não do direito, seu sistema está relacionado, necessariamente, com a sociedade. É preciso distinguir aquilo que está no interior da sociedade (sistemas) do que está fora da sociedade (ambiente).

Inicialmente, cumpre anotar que existem três grandes conceitos que devem ser tratados na análise da teoria dos sistemas: complexidade, seletividade e contingência.

A complexidade significa o excesso de possibilidades de comunicação e a constrição a escolher uma, a necessidade de se selecionar uma hipótese em detrimento das outras.

A seletividade diz respeito à necessidade de promover escolhas. Quanto mais complexa a situação, maior é a necessidade de mecanismos de seleções.

Algumas complexidades serão eleitas, outras serão negadas. Tanto uma como outra alternativa pode ser a escolhida. Pode ainda ocorrer de uma ser a

⁹ *Coisa Julgada em Matéria Tributária*. São Paulo. Quartier Latin, 2004, p. 34.

escolhida hoje e trocada posteriormente, isso é a contingência: tudo pode ser diferente daquilo que é.

Para Luhmann, sociedade é um grande sistema que compreende todas as formas possíveis de comunicação e pode ser definida de várias maneiras.

Para demarcar a sociedade e o ambiente, Luhmann faz uma seleção a partir da comunicação (do ato de comunicar) que envolve informação e compreensão.

A análise histórica demonstra a evolução da comunicação. Assim, ao se pensar nas sociedades primitivas, tem-se como certo que desconheciam a escrita. A invenção da escrita, marco da humanidade, aumenta as possibilidades de comunicação, pois, antes dela, a comunicação era algo que se dava entre presentes: comunicação como algo limitado aos sentidos.

Antes da escrita, a comunicação era entre contemporâneos, depois da escrita a comunicação passa a não ter limites no tempo, e isso significa um aumento da complexidade social.

A invenção do livro impresso multiplica ainda mais as possibilidades de comunicação. Rádio, telégrafo, telegrama, telefone, internet; nesse sentido, a sociedade contemporânea é significativamente mais complexa que as primitivas, visto que possui possibilidades mais amplas de comunicação.

Na seleção com base na comunicação, Luhmann entende que, na sociedade moderna, o critério que a diferencia do ambiente é o funcional¹⁰.

¹⁰ As diferenciações no período pré-moderno são três: (i) segmentária; (ii) geográfica; (iii) estratificada. A primeira é a diferenciação social segmentária, na qual o critério utilizado é o natural, diferenciando entre fortes e fracos, entre homem e mulher, entre jovem e idoso, e, a partir desse critério, atribuem-se competências comunicativas. Trata-se de uma forma pouco complexa com base em critérios elementares da natureza.

O que caracteriza a evolução da sociedade tradicional para a sociedade moderna é o fato que, pela primeira vez da história, criam-se condições para comunicações especificamente jurídicas, econômicas, políticas.

Assim, a diferenciação com base na função facilita a estabilização de mecanismos seletivos e permite conviver com a contingência.

De tal ponto, pode se depreender que a primeira seleção se dá entre sistema e ambiente, a segunda seleção distingue, por exemplo, a comunicação jurídica das outras formas de comunicação.

A partir de então, passa a estabelecer relações do Direito com a Política, do Direito com a Economia.

Portanto, é possível verificar que, na sociedade moderna, existe um sistema de comunicações especializadas no desempenho de funções, políticas, jurídicas, econômicas, que também são autopoieticas.

Assim, estabilizam-se vários sistemas, dos quais destacam-se três: o Sistema Jurídico, o Sistema Econômico e o Sistema Político (mas há que se falar ainda em Religião, Educação, Saúde e Família).

Cada sistema desempenha uma função para a sociedade como um todo. Cada um dos sistemas implementa um respectivo código e uma função com base em programas específicos.

Quanto mais participativa e informada for a sociedade, mais difícil é o consenso, daí os programas visam possibilitar, em situações complexas, decisões, escolhas, pois não se pode discutir um tema indefinidamente.

A segunda diferenciação, que não exclui a primeira, mas a complementa, é a social geográfica, que tem por base a distinção entre centro e periferia, cidadão e estrangeiro.

A terceira, que também não elimina as primeiras, é a diferenciação social por estratificação social que passa a considerar outros elementos, tais como: família a que pertence (nobre/plebéia), posição econômica na hierarquia social.

A comunicação jurídica se organiza num código binário: lícito/ilícito. Portanto, só o sistema jurídico tem capacidade de processar essa comunicação.

Esse modelo não nega que existam vínculos entre Direito e Economia, Direito e Política, mas sim identifica em que medida o Direito é autônomo, em que medida é diferente da Economia e da Política.

O programa específico do sistema jurídico é que vai determinar o que é lícito ou não.¹¹

E, para Luhmann, cada sistema, desempenhando a sua função e utilizando o seu código, faz o fechamento operativo do sistema¹², que permite a autopoiese¹³.

O sistema jurídico implementa programas condicionais (se... então...), pois o código lícito/ilícito ganha materialidade com programas previstos em lei. São decisões programadas, balisadoras.¹⁴

Nesse sentido, a função do sistema jurídico é a generalização congruente das expectativas normativas.

Para Luhmann, existem dois tipos de expectativas:

- a) expectativas cognitivo/adaptativas, que são aquelas dispostas ao aprendizado, são adaptativas, pois, se adaptam aos fatos.
- b) expectativas normativas, que são aquelas resistentes aos fatos: contrafactivas, como é a expectativa jurídica.

¹¹ No Sistema Econômico, o código é ter/não ter, possuir/não possuir. No Sistema Político, o código é governo/oposição.

¹² Tais sistemas são operativamente fechados e cognitivamente abertos. O fechamento operativo ocorre em razão dos códigos, pois, para cada um dos sistemas, existe um código comunicativo.

¹³ Autopoiese, como um sistema que se retro alimenta, a partir de uma mesma rede de interação circular e recursiva.

¹⁴ O sistema político, por sua vez, implementa programas finalistas de objetivos – programas teleológicos. São decisões programantes. O sistema econômico implementa programas econômicos baseados em preços.

Só tem expectativas normativas quem tem uma frustração com os fatos. Para Luhmann, normas garantem as expectativas contra desilusões, conforme Tércio Sampaio Ferraz¹⁵:

Normas, segundo Luhmann, garantem as expectativas (mas não o comportamento correspondente) contra desilusões. Assim, estabelecido por via contratual que o negócio será realizado dentro de 30 dias, respondendo a parte inadimplente pelos prejuízos, etc., fica garantida a expectativa de cada um contra o comportamento desiludidor do outro. As normas não podem evitar as desilusões (por exemplo, que os tijolos não sejam entregues), mas garantem a expectativa, permitindo que, apesar dos fatos contrários ao que se esperava, a parte prejudicada mantenha, sob protesto, o seu ponto de vista. Normas, nestes termos, são expectativas de comportamento, garantidas de modo contrafático.

Para o direito moderno interessam as expectativas normativas, contrárias aos fatos. Uma expectativa normativa sempre se mantém ao longo do tempo, tem uma dimensão temporal. Não se trata da materialização do consenso, mas de estruturas que mantenham a expectativa ao longo do tempo.

No contrato, pode-se afirmar, existe tanto a expectativa dos contratantes para que o objeto seja efetivado como a expectativa da sociedade que o contrato seja cumprido.

A congruência se desdobra em três planos: o temporal (manutenção de uma expectativa ao longo do tempo), o social (pois basta um mínimo, e não o máximo, de consenso de adesão) e o material que se relaciona com os meios utilizados para as garantias das expectativas normativas. A materialidade quer dizer programas (contratos, leis, atos administrativos, tratados).

Para Luhmann, o excesso de possibilidades de comunicação e a seletividade revelam uma outra faceta da normatividade da sociedade

¹⁵ Apresentação da obra de Niklas Luhmann: *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 1.

moderna: o direito positivo é direito contingente, é um direito diferente daquilo que poderia ser.

O direito posto por uma decisão, o direito contido num contrato, é o resultado de um processo seletivo que é contingente – portanto, complexo, possível – diante de outras possibilidades. O direito positivo reflete o direito de uma sociedade complexa.

A comunicação e a complexidade que surgem a partir da idéia de contrato dentro do sistema jurídico têm grande relevância.

Na linha da diferenciação funcional, para Luhmann, o contrato encontra guarida no sistema jurídico, muito mais em razão da função do direito – possibilidade de garantir uma expectativa de direito – do que no respaldo legal da autonomia privada, no dizer de Tércio Sampaio Ferraz¹⁶:

Assim, por exemplo, o contrato é uma dessas instituições que, no caso, garantiria o estabelecido entre as partes por acordo mútuo contra uma outra norma que uma das partes quisesse impor unilateralmente. A idéia de que o acordo é superior ao imposto unilateralmente, nos negócios privados é uma instituição, isto é, conta com o consenso presumido de terceiros.

A relação entre indivíduos que gera um negócio jurídico é uma relação contingente, pois sempre pode ser diferente do que é, sendo que a circunstância da diferença não implica em contrariedade ao Direito. Um negócio jurídico não requer identidade a um modelo, mas apenas a observância às regras internas do sistema.

Mas, para Luhmann, o Direito é uma generalização congruente e dinâmica entre normas, instituições, núcleos significativos, possibilitando socialmente, uma imunização simbólica de certas expectativas contra os fatos,

¹⁶ In: Apresentação da obra de Niklas Luhmann: Legitimação pelo Procedimento, p. 2

em termos de se poder atuar de modo indiferente ao que realmente acontece ou venha a acontecer.¹⁷

O contrato tem esse aspecto de processo seletivo: as partes, em situações de contratos sinalagmáticos, comutativos e paritários (objeto do presente estudo), ao disporem de suas vontades, acordam sobre determinado objeto contratual, sobre determinado programa contratual, que poderia ser diferente, existiam outras possibilidades que as partes não escolheram, descartaram, mas que também seriam igualmente válidas no sistema (ou micro sistema) jurídico da autonomia privada.

Luhmann entende ser o contrato a forma de relação entre o direito e a economia, por meio do que ele denomina acoplamento estrutural.¹⁸

Do ponto de vista da economia, o pagamento refere-se à reutilização do dinheiro, algo inteiramente diferente, do que do ponto de vista do direito: a conformação de uma situação jurídica que todo fato ocasiona.

No momento em que a sociedade se diferencia de maneira segmentária (tribal), parece existir somente o mecanismo geral do acoplamento estrutural entre direito e violência.

É com a transição para a diferenciação funcional que se produzem as condições para um acoplamento estrutural entre os diferentes sistemas funcionais.

Assim, para Luhmann, o contrato é instrumento de acoplamento entre dois sistemas (jurídico e econômico), ele é um instrumento normativo que

¹⁷ Cf. Apresentação da obra de Niklas Luhmann: *Legitimação pelo procedimento*, trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, op. cit, p. 5.

¹⁸ Em sua obra o Direito da Sociedade, dedica todo o capítulo X, para tratar de acoplamento estrutural.

revela a autopoiese, que exerce a função de garantir as expectativas normativas, mas também exerce o papel de transmitir, circular, ceder riquezas, criando obrigações, formando um jogo jurídico e econômico entre as partes.

Ambos os sistemas possuem condições fáticas mínimas para a autopoiese: no jurídico, a diferença entre o que é conforme ao direito e o que não é. No econômico, a diferença entre quem tem capacidade de dispor de certos bens (dinheiro e serviços) e quem não tem.

O contrato constitui um dos benefícios mais significativos da história social. Sem contratos, a economia não poderia se diferenciar em empresas.

Os contratos sinalagmáticos são resultado de uma evolução de mais de dois mil anos de direito civil romano e, uma das idéias mais complexas que os juristas produziram.

Assim, verifica-se que o contrato é resultado, no sistema jurídico, da autopoiese: norma jurídica geral e abstrata que, dentro do âmbito da autonomia privada, permite aos contratantes disporem sobre sua vontade e, obtendo o consenso sobre determinado objeto, criarem uma norma contratual que, além de eleger o bem da vida que se pretende alcançar, garante, reciprocamente, que as expectativas possam ser alcançadas, apesar de eventuais comportamentos desiludidores das partes. E, o sistema econômico cria condições para que os ônus patrimoniais assumidos possam ser cumpridos e ocorrer a circulação da riqueza.

O contrato, como norma jurídica estabelecida entre particulares e como fruto da autopoiese, tem um programa contratual contingente, pois sempre poderia ser diferente. As partes, dentro da complexidade de alternativas,

escolheram um determinado bem da vida e estabeleceram um programa contratual para alcançá-lo.

Mas tanto o objeto como o programa são frutos de uma escolha, de uma seletividade e, portanto, poderiam ser diferente do que são. A contingência (a possibilidade de ser diferente do que é) pode levar uma das partes, no decorrer do contrato, a entender que determinadas escolhas estão incluídas no contrato, e a outra parte entender o contrário. Ou, melhor dizendo, as vicissitudes no objeto podem realçar as possibilidades abandonadas no momento da escolha.

Daí que a norma estabelecida deve ser clara, deve utilizar uma linguagem tal que atinja a função do direito, que é de garantir de forma congruente as expectativas normativas.

A complexidade do mundo moderno impõe que cada vez mais se deixe explícito o que se pretende, e como se atingirá tal finalidade.

Portanto, se a comunicação é a base do sistema, se o direito é um fenômeno comunicativo, ao produzir norma jurídica contratual, as partes não de buscar a melhor linguagem, não de se esmerar para manifestarem suas vontades em harmonia com suas expectativas. Daí a importância da manifestação da vontade, do ato de comunicar de acordo com aquilo que se pretende para que o objeto reflita o bem da vida pretendido.

1.4 Manifestação da Vontade nos Contratos – primeiras anotações

Tendo como pano de fundo a teoria dos sistemas e a evolução comunicacional, a análise do objeto do contrato também requer a verificação,

mesmo que breve, da manifestação da vontade e sua forma de expressão ao longo da história.

Pode-se remontar à pré-história para verificar que o homem das cavernas expressava suas idéias e a sua vontade, transmitindo imagens, que, sem dúvida alguma, tinham algum significado para seus receptores.

Talvez não seja possível detectar se existia ou não consenso entre partes nessa época, se existia uma interlocução – mensagens e respostas –, principalmente porque, desde então, já parecia existir uma relação de poder: um chefe que ordenava, um ser cuja superioridade advinha de uma suposta divindade ou algo do gênero, e que emitia comando para que os demais obedecessem.

Percebe-se a prevalência da relação de poder e sujeição – alguém que emite ordens para que os outros obedeçam. Interessante ainda anotar que essa relação só é quebrada por ato daquele que detém o poder, mas nunca por um ato de vontade do submetido: existe um pré-determinismo.

Além disso, o que se verifica nos tempos remotos é que as relações são grupais e não individuais, a vontade não é avaliada singularmente, mas dentro do conjunto, do grupo, que, em sua quase totalidade, se resume à vontade do detentor do poder.

A fase primitiva era caracterizada essencialmente por relações sociais coletivas, grupo a grupo, que deram origem a obrigações coletivas.

Na fase primitiva, Clóvis Bevilacqua¹⁹ relata que,

Dada a coesão e solidariedade dos grupos sociais primitivos, as relações que avultam são justamente as que travam entre eles, como unidades corporativas. São, portanto, as obrigações de grupo a grupo, de corpo social a corpo social as

¹⁹ *Direito das obrigações*. São Paulo: Officina Dois Mundos, 1896, p. 31.

que realmente iniciam a construção dos direitos obrigacionais. [...] Eram os indivíduos, e nomeadamente os chefes, na sua qualidade de gestores dos negócios comuns, ou os emissários por elles designados, que entravam em transacções, obrigando solidariamente os seus co-associados. [...] Sua violação era um motivo de guerras avassaladoras.

Assim, nesse período, nas coletividades surgiam obrigações impostas aos seus integrantes para que pudessem permanecer no grupo²⁰ e em que as relações eram baseadas na hostilidade e desconfiança de grupo a grupo. O direito se caracterizava pelo poder do chefe (religioso, bélico) e sujeição do povo, estabelecendo-se uma relação de poder e sujeição.

A sujeição é uma situação permanente, a qual o devedor não rompe por vontade própria: não há vontade humana que possa alterar essa relação jurídica. A ruptura somente se dá por um ato do detentor do poder ou por um fato.

Clóvis Bevilacqua²¹ ainda noticia que um importante avanço na evolução cultural da humanidade foi a dissolução dos grupos:

Os grupos sociais, dilatando-se, afrouxam, pouco a pouco, os laços que prendem cada homem à sociedade à que pertence; e a liberdade individual emerge como um princípio novo, uma força impulsiva até então desconhecida. Proporcional e concomitantemente, a comunhão de bens dos primeiros tempos se vai dissolvendo para dar espaço à propriedade individual.

Assim, na sua evolução, o homem não se prende a esse pré-determinismo, não se conforma em se sujeitar a uma divindade ou a um ser dito superior. Ele, ser humano, com sua inteligência, vai descobrindo a sistematização, vai organizando o caos, vai ordenando. Na medida em que o homem começa a ordenar – sistematizar – com sua própria sabedoria, ele

²⁰ LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. v. 2: Obrigações – Parte Geral (arts. 233 a 420). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.

²¹ *Direito das obrigações*. São Paulo: Officina Dois Mundos, 1896, p. 31.

passa a não ser mais submetido ao poder de uma divindade, de um ente superior.

O homem passa a ordenar o que antes não tinha ordem. Começa então a nascer uma ordem jurídica, e aí se tem o momento do nascimento do fundamento básico do contrato: dois sujeitos conseguem estabelecer uma relação porque se auto ordenam, deixam de ser pré-determinados para determinarem.

Clóvis Bevilacqua²², ao tratar da evolução das formas contratuais, relata que

Os primeiros contratos foram naturalmente permutas, trocas de objectos por objectos, como já nol-o dissera o jurista Paulus. [...].

Essas primeiras permutas, versando sempre sobre objectos moveis; fructas, animaes, utensilios, remontam a epochas longinquas: à epocha quartenaria, quando começaram a ser ensaiadas a divisão do trabalho e a troca de serviços, multiplicando o poder de acção das sociedades incipientes. Com a era neolithica, aumenta a industria e, com ella, as relações commerciaes se amiudam exigindo um grande número de convenções.

Como se executariam essas convenções, não é asado afirmar, sendo conjecturas possiveis mas inverificaveis quaesquer que se aventurem. Não creio, porém, que os primeiros contractos se fizessem por uma espécie de guerra como se imagina d'Aguano, que é levado a pensar assim pelo que ainda hoje praticam os nubianos. O que é exacto e o que o uso de realizar contractos perante exercitos nos faz acreditar é que todo o grupo se considerava solidario com os pactuantes, assistindo ao acto e mostrando-se prompto a correr em defeza dos seus. O que se pode ainda deprehender da presença dos dois exercitos na celebração das permutas e compras é que os rudes traficantes de outrora eram, à princípio, acompanhados por toda a tribu a que pertenciam, sempre que emprehendiam suas excursões mercantis, e, mais tarde por fortes contingentes armados, para não serem facilmente esbulhados. O direito que, a esse tempo, se isolasse da força material estaria muito arriscado a succumbir imediatamente. Ainda hoje, em muitos paizes, as viagens se realisam por caravanas preparadas para defenderem, com as armas, os haveres que transportam. Mas não constitue, por certo, esse aparato um revestimento, uma forma para os contractos.

²² *Direito das obrigações*. São Paulo: Officina Dois Mundos, 1896, p. 47.

Adiantando-nos um pouco no evoluir dos direitos obrigacionaes, encontraremos entre os povos barbaros tam variadas formas de effectuar permutas que é embaraçoso, sinão impossível, descobrir os elos de um desdobramento progressivo, como nol-os ostentam periodos posteriores, principalmente o que é representado pelo direito romano. Letourneau nos refere muitos modos de contratar usados por povos incultos, dentre os quaes destacarei alguns que me parecem mais elucidativos. Na Colombia russa, o estrangeiro vinha depositar, na orla do mar, as mercadorias que desejava vender, e retirava-se em seguida. O indígena, por seu turno, quando os extranhos desertavam a praia, trazia os objectos que possuia e julgava equivalentes, collocava-os ao lado das mercadorias offertadas e retirava-se. Voltava o estrangeiro, e, si convinha-lhe a troca, carregava os objectos do indigena abandonando os seus; si, porém, não lhe pareciam de valor sufficiente a equipararem-se com as suas mercadorias, affastava-se novamente, deixando tudo em seu logar, para que o indígena viesse acrescentar alguma coisa ao preço oferecido. Si não chegavam a um accordo, cada qual retirava-se para o seu lado, conduzindo o que lhe pertencia.

Similhantermente praticavam no Novo Mexico os hespanhoes e os indios, pendurando em cruces fincadas à margem do caminho as mercadorias que desejavam permutar.

Na Australia, existem individuos consagrados ao commercio, cujos cordões umbelicaes são trocados previamente, como para significar que esses individuos se prendem, por laços de parentesco, a tribu com a qual vão commerciar, e, portanto, são garantes da boa fé que deve presidir às negociações com ella realisadas. [...]

Em epocha ulterior apparecem formalidades, reaes ou symbolicas, essenciaes ou accessorias, tendentes a assegurar a manifestação da vontade. [...]

O referido autor continua sua explanação cuidando da evolução da teoria jurídica obrigacional, reportando-se ainda à evolução dos contratos relatando que também para os romanos, a figura mais antiga de contrato é a da troca, que era um contrato real e concluído em um só momento.

Clóvis Bevilacqua aduz ainda que o direito primitivo, olhando somente o formalismo solene com que reveste as ações humanas para a sanção legal, não se preocupava nem com o erro, nem com a lesão, com a violência ou com o dolo. Mas, o direito pretoriano foi aos poucos introduzindo novos elementos,

até transformá-lo na teoria clássica das obrigações como foram transmitidas nas compilações de Justiniano.

Também no direito germânico, o formalismo vai perdendo força, e, com o contato dos dois sistemas jurídicos, o processo de simplificação tomou mais vigor, apesar da ação regressiva do direito feudal.

Conclui o autor que a constituição das sociedades modernas, a descoberta da América e a criação das novas indústrias, dentre outros, fizeram nascer novas figuras de contratos, bem como novos aspectos de obrigações, mas essas criações entraram no organismo jurídico das obrigações sem perturbá-lo, sem revolucioná-lo, sendo necessária apenas a adequação à estrutura já existente.

As lições de Clóvis Bevilacqua são relevantes para o presente trabalho, pois demonstram como o comportamento expressivo foi vital para os contratos nas épocas mais distantes, e por mais que esses contratos tivessem a característica de serem reais, visto que a entrega da coisa ou troca de coisas, já que os primeiros contratos eram as permutas, integravam o contrato, há que se destacar que as partes tinham que concordar acerca da troca para que ela se consolidasse, ou seja, elas tinham que convergir quanto ao objeto, ocorrendo o consenso para então ocorrer a entrega recíproca dos objetos permutados.

Surgem as teorias contratuais e a evolução da troca para a compra e venda. Da formalidade para a celebração até a regulação do adimplemento, ainda de forma mais solene, com o *nexum liberatorio*²³.

²³ LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado: obrigações*. Parte geral (arts. 233 a 420). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 3.

Na época feudal, por ser um período em que o poder era limitado a cada feudo, sistema também hierárquico, a evolução da manifestação da vontade contratual não sofreu maiores evoluções.

Mas foi com a Revolução Francesa, com as codificações e com o desenvolvimento das sociedades, da economia, com o fim das sociedades feudais e medievais, que o contrato passa a ser a principal fonte das obrigações.

Tem-se, então, o período do liberalismo, que teve sua maior bandeira com a Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade.

A Revolução Francesa representa a consolidação do Estado capitalista-liberal.

Dentre as principais idéias desta época, tem-se (1) que todos os homens são livres e iguais em direitos, sem se preocupar se eles teriam condições concretas de exercer tais liberdades; (2) que deveria se deixar o máximo campo livre para a atuação econômica privada; (3) que a vontade humana era elemento essencial tanto na política como na economia.

A liberdade passa a ser a palavra-chave: livre iniciativa, livre atuação de produtores, comerciantes, consumidores: *laissez faire, laissez passer*.

Dessa forma, existia uma ampla liberdade de estabelecer relações jurídicas, de exercer a liberdade individual, o que foi levado a extremos, pois foi efetuado de uma forma absoluta e individualista.

Todavia, o que se percebe com essa liberdade exacerbada é que a liberdade, no seu sentido real, deixa de existir na medida em que a diferença de plano econômico faz com que o mais forte (economicamente) explore o mais fraco.

Já proclamava nesta época o padre Lacordaire que, *entre o fraco e o forte, a liberdade escraviza e a lei liberta*.

Tem-se, portanto, que o Estado liberal era a forma política de uma sociedade visceralmente individualista.

A partir do século XIX, a Revolução Industrial acarreta mudanças políticas e jurídicas, ocorrendo a urbanização, a concentração capitalista (diferente da Revolução Francesa que o cunho era mais mercantil, essa tem a característica da indústria) e da massificação.

O que o mundo assistiu foi que a liberdade tão apregoada fez com que o capitalismo ficasse concentrado e que, ao lado da urbanização, levasse à massificação, inclusive do contrato.

Se nos contratos sob a égide da Revolução Francesa existia uma negociação entre as partes, a parte mais fraca ainda conseguia expor sua vontade, e às vezes ser atendida, com a Revolução Industrial e a massificação dos contratos ficou flagrantemente estampado que a posição do mais fraco ficou descoberta.

Maior exemplo disso foi o contrato de trabalho, visto que mulheres e crianças eram exploradas economicamente, tendo que trabalhar em fábricas, para conseguir em troca um prato de comida.

Todavia, essa situação desigual e desamparada permitiu que os mais fracos adquirissem consciência de que tinham a força da união e da massa, o que gerou uma outra grande corrente filosófica, de cunho social, que fez desenvolver o sistema socialista.

Mas foi com a II Grande Guerra Mundial, com todos os horrores que o mundo assistiu, que se procurou superar todas essas fases de pré-

determinismo, determinismo individual e determinismo social, para se buscar, ou ao menos tentar, o equilíbrio.

Passou-se a admitir como ápice da pirâmide axiológica, a dignidade da pessoa humana e a liberdade e a segurança passam a caminhar juntas.

Assim, a partir da evolução histórica, chegando aos tempos atuais, há que se falar em manifestação de vontade a partir dos limites do ordenamento, que, como já visto, privilegia, antes de qualquer coisa, a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, se, no início da evolução dos contratos, por ser uma forma primitiva de se estabelecer o negócio jurídico, não existia uma preocupação com a lesão, com o erro, com o dolo, com a violência, atualmente tal situação efetivamente mudou, pois as formas de violação da vontade e das expectativas das partes são fonte de grande preocupação, visto que os deveres instrumentais, os deveres de conduta passam a ser efetivamente observados pelo direito.

1.5 Conclusão

As partes exercitam a autopoiese do sistema e criam uma norma (contrato) que estabelece regras sobre um determinado objeto – objeto do contrato, que poderá ser simples ou complexo, conforme se verificará.

Entretanto, fica claro que para que ocorra a formação do contrato, há a necessidade de uma externalização da vontade, que, por sua vez, requer o uso de uma linguagem.

Gregorio Robles²⁴, ao tratar da teoria comunicacional do direito, ensina que, sem dúvida, texto é o texto escrito; mas também o é aquele texto não escrito, manifestado oralmente, porém suscetível de transcrição. Nessa esteira, igualmente é considerada texto a linguagem simbólica – dos sinais –, que, apesar de não verbalizada, pode ser verbalizada por aquele que domina o significado dos símbolos. Além destes, há as obras humanas resultantes de uma ação criativa que também transmitem uma mensagem, apesar de ser subjetiva.

A vontade contratual pode ser manifestada de diversas formas, desde a linguagem daquelas advindas do comportamento expressivo até as estritamente formais.

Em qualquer tipo de contrato, seja o dito consensual, os reais, os formais, os solenes, sempre haverá de ter uma convergência de vontades, uma linguagem expressiva, dentre outros requisitos, para que se crie o programa contratual.

Todavia, nem sempre é fácil se delimitar tal linguagem, mas é justamente porque essa linguagem tem que exercer uma função de declaração de vontade é que ela ganha contornos especiais.

A questão recebe contornos relevantes quando, no caso concreto, se verifica que a expectativa das partes, em alguns casos, não ficou totalmente definida no contrato. Ou seja, ao estabelecerem o programa contratual, a norma à qual se submeteriam, as partes falharam na sua comunicação, o que

²⁴ *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Barueri: Manole, 2005, p. 21.

poderá gerar problemas na execução do contrato, no cumprimento das obrigações nele estipuladas.

Na esteira do pensamento de Luhmann, no processo da autopoiese, na produção de norma jurídica por meio de norma jurídica, e dentro da função do contrato de garantir a desilusão das expectativas, a comunicação utilizada deverá ser a necessária para cumprir os requisitos de validade do negócio jurídico e também suficiente para garantir as expectativas.

Todavia, qual deverá ser a linguagem a ser utilizada pelas partes que permita cumprir com as condições necessárias e suficientes para que o objeto do contrato e o programa contratual reflitam as suas expectativas? Como tratar a expectativa de forma objetiva e não intra-subjetiva?

A utilização de formas precisas de linguagem, com os signos (símbolos) efetivamente correspondentes ao que se pretende, a informação recíproca das partes em todos os momentos contratuais (pré-contratual, contratual e pós-contratual), aliados à boa-fé, são requisitos que, se satisfeitos, poderão suprir a relação das condições suficientes para que o programa contratual possa ser devidamente cumprido.

2 AUTONOMIA PRIVADA. NEGÓCIO JURÍDICO E CONTRATO – PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

2.1 Autonomia Privada

A autonomia privada é dotada de poder normativo, limitada pelo ordenamento jurídico, ou seja, o ordenamento estatal concede aos particulares uma esfera de poder para normatizarem, para realizarem a norma concretamente, estabelecendo regras entre si, as quais se obrigam, e o ordenamento reconhece a validade de tais regras, bem como a necessária observância a elas.

Pietro Perlingieri²⁵ assevera que

não é uma operação simples definir a autonomia privada. Sobre o conceito adensaram-se questões das quais depende em grande parte a configuração do ordenamento. A autonomia privada pode ser determinada não em abstrato, mas em relação ao específico ordenamento jurídico no qual é estudada e à experiência histórica que, de várias formas, coloca a sua exigência. Querendo tentar uma definição inicial e considerando-a como mero ponto de partida para os sucessivos desenvolvimentos críticos, pode-se entender por “autonomia privada”, em geral, o poder reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos.

A autonomia privada, como poder normativo ou, no melhor dizer, como potestade, concede aos particulares o poder de efetuar negócio jurídico; este, a seu turno, passa a criar uma norma que deverá ser observada pelos próprios sujeitos que o criaram. A autonomia privada é aquela que o sistema confere aos particulares como potestade, para criar a auto-regulação.

²⁵ *Perfis do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17.

No dizer de Luhmann, ocorre a autopoiese do sistema jurídico – norma jurídica produzindo norma jurídica por meio de norma jurídica. Com a especificação que a produção de norma jurídica se dá pelos particulares no poder a eles outorgado pelo ordenamento, porém, dentro da esfera limitada da autonomia privada.

Para Luigi Ferri²⁶, autonomia privada se caracteriza como poder normativo e o negócio jurídico como fonte normativa.

Assinala ainda que a concepção do direito como vontade objetiva não exclui a idéia que a norma pode ser criada por sujeitos. A vontade subjetiva atua como matriz e, no momento em que o direito nasce, é precisamente aquele no qual a norma se converte em tal separação de sua matriz, ou seja, no qual se conclui o processo de objetivação da vontade.²⁷

Segundo o pensamento de tal autor, para muitos, o “poder normativo” está ligado à idéia de um ente superior que se sobrepõe a outros, os que deverão obedecer ao mandato normativo. Mas, nos contratos ou no negócio existe exatamente a igualdade entre os contratantes, o que por aquela concepção implicaria em negar o poder normativo.

Contudo, a premissa do direito como vontade objetiva explica tal questão. Quando o direito cria, não há quem manda e não há quem deve obedecer. O mandato jurídico (a vontade que ordena as vontades) nasce exatamente no instante em que a vontade subjetiva se separa do sujeito e nasce a objetiva, sendo que a “objetivação” impede em falar-se em “poder de mando” de um sujeito em relação ao outro, já que quem manda é

²⁶ *La Autonomia Privada*. Tradução e notas do directo espanhol por Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 105.

²⁷ *Ibidem*, p. 137.

exclusivamente o direito. A única subordinação admitida é a subordinação ao direito; de tal sorte que as partes do contrato a ele se vinculam, não mais a título de vontade própria (das partes), mas da regra contratual que passa a ser, para elas, mandatária.

Entretanto, como observado no breve esboço histórico do capítulo I, se a liberdade das partes em estabelecer um contrato for ampla, o resultado será pernicioso para a sociedade, e, por essa razão, a autonomia privada sofre restrições. E, não poderia ser diferente.

A autonomia privada não prevê uma liberdade absoluta, pois não existe liberdade contra o sistema do direito. Assim, a ela se impõem as restrições decorrentes do próprio ordenamento jurídico, que tem de ter univocidade, e, por assim ser, a autonomia privada tem de ser exercida dentro dos limites da ordem pública e da observância aos valores e preceitos constitucionais.

Cláudio Luiz Bueno de Godoy²⁸ cita Joaquim de Souza Ribeiro, que, em sua obra *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, sustenta que a autonomia privada se revela por uma concedida reserva às partes para gerirem seus próprios interesses, longe da intervenção estatal:

Significa o reconhecimento de um espaço de livre manifestação de um poder ordenante que não tem que prestar contas à entidade que o reconhece, a não ser as que respeitam à estrita observância dos seus limites de actuação.

Mister lembrar que no apogeu liberalista falava-se em autonomia da vontade e não em autonomia privada.

²⁸ *Função Social do Contrato: novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 18.

A autonomia da vontade era vista numa concepção tipicamente voluntarista e individualista, que era coerente com um modelo econômico liberal e capitalista, no qual a liberdade de contratar era levada a extremos.

A autonomia da vontade tinha no contrato seu principal instrumento, pois esse era o mecanismo de circulação da propriedade e das relações entre as partes, às quais se impunha uma igualdade formal, muitas vezes eqüidistante da realidade na qual se verificava uma flagrante desigualdade.

Essa concepção foi superada na medida em que os valores constitucionais e as normas de ordem pública passaram a limitá-la, e, como já afirmado, concedendo aos particulares uma esfera: a da autonomia privada. Assim, a autonomia da vontade passa a ser exercida dentro do âmbito da autonomia privada. A vontade continua a ser de extrema importância, mas não mais numa concepção liberal exacerbada.

Há que se consignar a necessidade da preservação da autonomia da vontade dentro da autonomia privada, pois o contrato tem que ser auto-regulamentação, e nele tem de existir ao menos um mínimo de vontade.

Fernando Rodrigues Martins²⁹ assinala que

Portanto, a concepção ou o status de poder que caracteriza a autonomia privada somente é possível na medida em que o legislador defere aos particulares a liberdade para regramento mínimo de seus destinos. E, a tanto, revela-se de grande importância para a compreensão da dimensão da autonomia privada situar que a liberdade conferida para concerto de um sem-número de relações interpessoais encontra limites, ao contrário do que ocorria com a autonomia da vontade. Por isso, resplandece a máxima de que uma liberdade ou um direito não podem ser sancionados e garantidos sem a imposição de um dever.

²⁹ *Estado de perigo no novo Código Civil: uma perspectiva civil constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11.

A vontade deve ser manifestada pelas partes de forma livre, isenta de máculas que possam interferir na gênese do contrato.

Pois, a maior expressão da autonomia privada é o contrato, especialmente os contratos bilaterais, comutativos e paritários, em que as partes, em posições equivalentes, pactuam obrigações recíprocas sob a égide de um sinalagma.

Entretanto, mesmo nessa situação, a vontade se curva aos limites impostos pelo ordenamento. Desse modo, o universo da escolha para se determinar o objeto do contrato é limitado pelas normas cogentes, de observância obrigatória, e que vincula a todos, indistintamente.

Se, para Luhmann, o contrato encontra guarida no sistema jurídico, muito mais em razão da função do direito – possibilidade de garantir uma expectativa de direito – do que no respaldo legal da autonomia privada, é certo que para que se garanta a expectativa terá de se respeitar os limites que o sistema jurídico impõe. Assim, a escolha de qual possibilidade garantirá a expectativa dos contratantes terá de ser feita dentro do cosmos da autonomia privada. Portanto, um fundamento (função do direito) não exclui o outro (autonomia privada), mas se complementam.

Ademais, há que se pensar na autonomia privada na ótica constitucional, de forma humanizada, tendo como fundamento maior a dignidade da pessoa humana.

2.1.1 Autonomia Privada e a Constituição – Direito Civil Constitucional

A pessoa humana, seus valores morais, sua dignidade, passou a ocupar um lugar de majoração axiológica, como resultado da consciência social e

jurídica que o liberalismo exacerbado leva à sacralização do patrimônio em detrimento do ser humano. Assim, os direitos fundamentais do homem obtiveram uma hierarquização na esfera social e jurídica.

A dignidade da pessoa humana, no dizer de Joaquin Arce y Flórez-Valdés³⁰, está no ápice da pirâmide axiológica do direito e, que engloba, por si e por meio da Justiça, o princípio da paz social, como sua primeira consequência.

Importante sublinhar que o conceito de dignidade da pessoa humana não pode ter um sentido vago, pois tem de prever que o homem deve ser entendido como um ser que tem anseios, que interage com os seus pares, com a natureza, comunica-se, busca o amor, a felicidade, a paz espiritual.³¹

Tem-se que manter distância da visão exclusivamente patrimonialista, autodeterminista e incluir na visão civilista os direitos fundamentais do homem, que passaram a integrar as constituições.³²

³⁰ *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.

³¹ Conforme Antonio Junqueira Azevedo, no artigo “Caracterização jurídica da dignidade da Pessoa Humana” in *Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 797, mar 2002: “há hoje duas diversas concepções da pessoa humana que procuram dar suporte à idéia de sua dignidade; de um lado, há a *concepção insular*, ainda dominante, fundada no homem como razão e vontade, segundo uns, e como autoconsciência, segundo outros, e, de outro, a concepção própria de uma nova ética, fundada no homem como ser integrado à natureza, participante especial do fluxo vital que a perpassa há bilhões de anos, e cuja nota específica não está na razão e na vontade, ou na autoconsciência, e sim, em rumo inverso, na capacidade do homem de sair de si, reconhecer no outro um igual, usar a linguagem, dialogar e, ainda, principalmente, na sua vocação para o amor, como entrega espiritual a outrem. A primeira concepção leva ao entendimento da dignidade humana como autonomia individual, ou autodeterminação; a segunda, como qualidade do ser vivo, capaz de dialogar e chamado à transcendência.”

³² Nesse sentido, Pietro Perlingieri, em sua obra *Perfis do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33, esclarece, ao tratar do caminho da “despatrimonialização” do Direito Civil, que, “com o termo, certamente não elegante, “despatrimonialização”, individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente vai se concretizando, entre personalismo (superação do

Pietro Perlingieri³³, ao falar da constituição italiana de 1948, aduz que

uma coisa é ler o Código naquela ótica produtivista, outra é “relê-lo” à luz da opção “ideológico-jurídica” constitucional, na qual a produção encontra limites insuperáveis no respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Karl Larenz³⁴ ensina que a Lei Fundamental (alemã) não quis substituir o ordenamento jurídico privado vigente, antes, quis reconhecê-lo e confirmá-lo enquanto totalidade em seus fundamentos, garantindo aos seus institutos e normas o reconhecimento Constitucional. A importância da Lei Fundamental para o ordenamento jurídico-privado é dupla: confirma esse ordenamento em seus fundamentos essenciais e, ao mesmo tempo, contribui para o desenvolvimento deste.

Assim, a visão constitucional das relações privadas passa a ser imperativa.

Diogo Leonardo Machado Mello³⁵, articula que

O direito privado já não mais atende apenas à autodeterminação individual, mas também não atende à justiça social, desenvolvendo-se agora em uma nova dimensão. Isso significa que a utilidade da autonomia do direito privado está acabada? Obviamente, não. O direito privado mantém sua vitalidade, devendo ser considerado um setor jurídico próprio e

individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a “redução” quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação qualitativa no momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo, não a “humilhar” a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa.”

³³ *Perfis do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 4.

³⁴ *Derecho Civil: Parte General*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 98

³⁵ *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o Código Civil de 2002*. Dissertação (mestrado em Direito Civil). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo: PUC-SP, 2006, p. 37.

irrenunciável, fundamental para preservação, concretização e desenvolvimento da personalidade humana.

Mesmo com a mudança de enfoque, o direito privado não perde a sua autonomia estrutural, mas, dentro dessa nova perspectiva constitucional, ganha força e vitalidade para progredir em direção a um novo rumo.

Nessa esteira, o novel Civil de 2002 faz por absorver essa nova dimensão. Ao assumir os princípios da socialidade, eticidade e operabilidade, como norteadores do sistema, como bem ensina Miguel Reale, o direito civil passa a, efetivamente, se inserir na esteira constitucional, buscando a concretude de valores mais amplos que a figura individual e patrimonialista de outrora.

Dessa forma, a socialidade triunfa sobre o individualismo, a eticidade sobre a técnica cega, a operabilidade (a atividade) sobre a inércia.

Assim, sob essa ótica é que o direito civil, que nasce na sociedade, que é o direito do cotidiano, das pessoas, das ruas, dos lares, dos negócios, dos bens, das obrigações, das indenizações, da vida e da morte, deve ser entendido.

2.2 Negócio Jurídico

O direito civil, expressão jurídica da relação humana, carrega a possibilidade de o ser humano se autodeterminar, de se relacionar, interagir com seus pares.

Para tanto, o ser humano persegue destinos, luta por ideais, estabelece metas. Age em busca de uma finalidade.

Assim, direitos são criados, modificados ou extintos, e o negócio jurídico demonstra a grande possibilidade do particular de se autodeterminar.

Negócio jurídico deve ser entendido como declaração de vontade em que o agente persegue o efeito jurídico. No negócio, o fim procurado pelas partes baseia-se no reconhecimento da autonomia privada a que o ordenamento confere efeitos jurídicos.

O Código Civil de 2002³⁶ contemplou expressamente a figura do negócio jurídico, assim, no Livro III, (Dos Fatos Jurídicos), o Título I trata do Negócio Jurídico nos artigos 104 a 184.

Renan Lotufo³⁷ aduz que

O negócio jurídico, para nós, é o meio para a realização da autonomia privada, ou seja, a atividade e potestade criadoras, modificadoras ou extintoras de relações jurídicas entre particulares, portanto o pressuposto e causa geradora de relações jurídicas, abstratamente e genericamente admitidas pelas normas do ordenamento.

O negócio jurídico se difere do ato jurídico, apesar de ambos serem manifestações de vontade. No negócio jurídico a vontade é qualificada, pois tendente a produzir um efeito determinado, com finalidade específica.

A vontade é, porém, determinante dos efeitos: é aqui que reside a característica própria do negócio. Não só a ação é querida, como nos atos jurídicos em sentido estrito, mas é também, expressão duma vontade dirigida a um fim, e, como tal, é juridicamente relevante.³⁸

³⁶ O Código civil de 1916 falava de ato jurídico no artigo 81: “Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, *modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico*”.

³⁷ *Código Civil Comentado: parte geral* (arts 1º a 232). v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 271.

³⁸ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Teoria geral do direito civil*. 8 ed. Coimbra, 1967. [Tradução portuguesa de Manuel de Alarcão do original *Dottrina generali del diritto civile*. Nápoles: Eugenio Jovene, 1964], p. 81-82 e 98, apud AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil Comentado: negócio jurídico. Atos jurídicos lícitos. Atos ilícitos: arts. 104 a 188*, v. 2. São Paulo: Atlas, 2003, p. 43.

Na celebração do negócio jurídico é necessária a fiel observância às normas postas, em especial aos requisitos de validade impostos pelo sistema, para que ele possa ser considerado válido perante o ordenamento jurídico e possa gerar efeitos, principalmente o efeito de norma individual e concreta, fonte de obrigações.

Ana Prata³⁹ assim dispõe:

A evolução teórica conduziu à constatação de que o negócio jurídico não é uma qualquer manifestação de vontade dirigida a certos efeitos, mas aquele em que a vontade integre a previsão de lei, sendo os efeitos desencadeados de acordo com a sua estruturação, e isso levará uma introdução de elementos adequadores do regime das relações inter-privadas e, num segundo momento, elementos correspondentes à tutela de interesses supraprivados, superiores aos interesses individuais postos até então em jogo.

O negócio jurídico é gênero do qual o contrato é espécie. O negócio pode ser unilateral e extrapatrimonial, o contrato é bilateral podendo ainda ser plurilateral e com conteúdo patrimonial.

Nesse sentido, Giovanni Ettore Nanni afirma:

Assim, a pessoa natural não tem apenas autonomia privada para firmar negócios jurídicos patrimoniais, isto é, pactuar contratos obrigacionais, transações que envolvam o direito de propriedade, etc., mas essa autonomia também se manifesta nos direitos da personalidade, no direito ao próprio corpo, no direito à intimidade, no direito à imagem e no direito ao cadáver, dentre outros.⁴⁰

Dessa forma, pode-se afirmar que o negócio jurídico, patrimonial ou extrapatrimonial, unilateral, bilateral ou plurilateral, realizado dentro dos limites do ordenamento jurídico, irá criar normas particulares, cuja incidência se dará

³⁹ *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 7-25.

⁴⁰ *Direito civil constitucional*. Cadernos 1. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 263.

justamente para aqueles que o criaram. Portanto, negócio jurídico é auto-regulamento permitido pelo sistema.

Por seu turno, Antonio Junqueira de Azevedo⁴¹ entende que a definição do negócio jurídico deve ser efetuada do ponto de vista estritamente estrutural, e, nesse sentido, pode ser definido como categoria (fato jurídico abstrato) ou como fato (fato jurídico concreto).

Sob tal ótica,

o negócio não é o que o agente quer, mas sim o que a sociedade vê como declaração de vontade do agente. Deixa-se pois de examinar o negócio sob a ótica estreita do seu autor e, alargando-se extraordinariamente o campo de visão, passa-se a fazer o exame pelo prisma social e mais propriamente jurídico.

Conclui-se, portanto, que sendo o negócio jurídico a expressão da autonomia privada, a possibilidade do particular em se autodeterminar e criar uma norma, tem de ser exercida dentro dos limites do ordenamento, sendo que o reconhecimento de sua validade (e eficácia) é dado pelo sistema social e jurídico.

2.2.1 Existência, validade e eficácia

Kelsen, ao desenvolver a Teoria Pura do Direito⁴², trata dos planos de existência, validade e eficácia das normas. Tal discussão, trazida para o negócio jurídico, acarreta a possibilidade de uma visão tripartida ou uma visão bipartida, essa tratando apenas dos planos da validade e eficácia.

⁴¹ *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil (lei 10406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 17.

⁴² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 235.

Antonio Junqueira de Azevedo⁴³ defende a tripartição no negócio jurídico:

Plano de existência, plano da validade e plano da eficácia são os três planos nos quais a mente humana deve sucessivamente examinar o negócio jurídico, a fim de verificar se ele obtém plena realização.

[...]

É preciso, em primeiro lugar, estabelecer com clareza, quando um negócio existe, quando, uma vez existente, vale, e quando, uma vez existente e válido, ele passa a produzir efeitos. Feito isto, a inexistência, a invalidade e a ineficácia surgirão e se imporão à mente com a mesma inexorabilidade das deduções matemáticas.

Conclui o referido autor que “temos que o negócio jurídico, examinado no plano da existência, precisa de elementos, para existir, no plano da validade de requisitos, para ser válido e no plano da eficácia, de fatores de eficácia, para ser eficaz.”

O legislador optou, no Código Civil de 2002, pela colocação bipartida, deixando de tratar explicitamente do campo da existência, argumentando que, ao se legislar, já se está no plano de validade, e, portanto, só se deve operar com os planos da validade e da eficácia.⁴⁴

No presente trabalho, o campo da existência será analisado como mais uma referência para se estudar o objeto.

2.2.1.1 Elementos do negócio jurídico

Elemento do negócio jurídico, conforme Antonio Junqueira de Azevedo⁴⁵, é tudo aquilo que compõe sua existência no campo do direito.

⁴³ Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. 4. ed. Atualizada com o Novo Código Civil, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 24-25.

⁴⁴ LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º ao 232). v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 280.

⁴⁵ *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atualizada com o novo código civi. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 34.

Há que se verificar que, do negócio jurídico em concreto ao em abstrato, tem-se, em concreto, o negócio específico, em abstrato, o negócio jurídico em geral, e, nas escalas intermediárias, as categorias em que o referido negócio se enquadra.

Biondo Biondi⁴⁶ diz que

a noção de negócio jurídico é uma fase de abstração em matéria de atos jurídicos. Da venda realizada entre A e B, entre C e D (figuras concretas), se sobe à noção de compra e venda (primeira abstração); considerando, depois, a compra e venda, a locação e outras figuras similares, se atinge uma segunda abstração, que determina a noção de contrato; considerando ainda, os contratos e os outros atos jurídicos, como, por exemplo, o testamento, o casamento, a aceitação de herança, se atinge uma ulterior abstração, constituída precisamente pelo negócio jurídico.

Nesse sentido, Antonio Junqueira de Azevedo entende que os elementos do negócio jurídico podem ser classificados em⁴⁷:

Elementos Gerais, que são aqueles indispensáveis à existência de todo e qualquer negócio.

A classificação do autor, leva em consideração o plano de existência – *elemento do negócio jurídico é tudo aquilo que compõe sua existência no campo do direito.*

⁴⁶ Apud AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Istituzioni di diritto romano*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1965, p. 31.

⁴⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. I, 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 235, VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Teoria Geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 344 e PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. I, 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 395, classificam em Elementos Essenciais *essentialia negotii* – são da estrutura do ato jurídico, pois formam sua substância, são obrigatórios para a constituição do negócio jurídico. Sem eles não há que se falar na existência do ato jurídico. Elementos Naturais – *naturalia negotii* – decorrem como consequência da própria natureza do ato, razão pela qual desnecessários ser eles expressos. Elementos Acidentais – *accidentalialia negotii* – são cláusulas acrescentadas ao ato jurídico com o objetivo de modificar uma ou algumas de suas consequências naturais. Venosa ensina que “embora facultativos, esses elementos, uma vez apostos ao negócio pela vontade das partes, tornam-se, para os atos a que se agregam, inarredavelmente essenciais. São facultativos no sentido de que, em tese, o negócio jurídico pode sobreviver sem eles. No caso concreto, porém, uma vez presentes no negócio, ficam indissociavelmente ligados a ele. Caio Mário afirma que “os elementos acidentais atuam decisivamente sobre a vontade declarada, desde que com ela se exteriorizem.”

Esses podem ser divididos em *intrínsecos* ou *consecutivos* (forma da declaração; o objeto e as circunstâncias negociais) e em *extrínsecos* ou *anteriores* (o agente, o lugar e o tempo).

Elementos Categoriais, próprios a cada tipo de negócio, e que não resultam da vontade das partes, mas da ordem jurídica.

O autor ainda classifica os elementos categoriais em *essenciais* ou *inderrogáveis* e *naturais* ou *derrogáveis*.

Elementos particulares são aqueles que se encontram num negócio específico, mas que não têm o condão de tipificá-lo. Por serem voluntários, sempre se distinguem dos categoriais. São em número indeterminado, o que impede o seu estudo completo, mas três deles, por serem mais comuns, foram sistematizados pela doutrina e são a condição, o termo e o encargo.

Há que se anotar que análise dos elementos do negócio jurídico sempre será de vital importância no caso concreto. Especialmente no presente trabalho, ao se estudar o objeto do contrato, que se classifica como elemento geral intrínseco. O objeto, como elemento do negócio jurídico, é necessário para que esse exista. Como expressa Darcy Bessone, “assim, o objeto, como elemento integrante do contrato, necessariamente será anterior ao direito que ele cria”⁴⁸.

2.2.1.2 Requisitos do negócio jurídico

Tendo como existente o negócio jurídico, deve ser verificado se estão satisfeitos os requisitos de validade.

Os requisitos de validade são dados pela lei, no sistema brasileiro, pelo art. 104 do Código Civil: a validade do negócio jurídico requer agente capaz;

⁴⁸ *Do Contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 97.

objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Imperioso anotar que, se no campo da existência a análise era dos elementos (gerais, categoriais ou particulares), aqui a análise é mais acurada, pois daqui o negócio criado entrará no sistema com o *status* da validade. Assim, os requisitos podem ser considerados as qualidades que os elementos devem ter.⁴⁹

Portanto, se os elementos gerais intrínsecos são: a forma da declaração, o objeto e as circunstâncias, os requisitos que qualificarão tais elementos como válido serão: para a declaração da vontade, que a vontade seja livre, consciente, real, pautada na boa-fé e declarada na forma livre, quando a lei não impuser forma específica; que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável.

Se os elementos gerais extrínsecos são o agente, o lugar e o tempo, tem-se que, para que seja cumprido o requisito de validade, o agente deverá ser capaz e legitimado⁵⁰, o tempo deverá ser útil e o local apropriado.

Hamid Charaf Bdine Junior⁵¹ sustenta que,

Para que o negócio jurídico seja válido, a vontade deve se formar conscientemente no íntimo do agente e se exteriorizar, de modo a chegar no conhecimento do destinatário. Para tanto, o agente deverá ter discernimento, isto é, condições de saúde e maturidade para compreender a realidade em que inserirá a sua vontade.

⁴⁹ Conforme AZEVEDO, Antonio Junqueira de *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42.

⁵⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. ed. atualizada com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43.

⁵¹ *Efeitos do negócio jurídico nulo*. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade de São Paulo. Disponível em: <www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivophp?codArquivo=4402>. Acesso em: 13 mar. 2008. São Paulo: PUC-SP, 2007, p. 15.

Quanto aos elementos categoriais, se inderrogáveis, os seus requisitos deverão ser plenamente atendidos.

Na mesma esteira, os elementos particulares deverão ser apostos no negócio, obedecendo às regras do sistema do direito. Não são admitidas condições ilícitas, impossíveis, as meramente potestativas e as que privarem de todo efeito o ato.

O artigo 113 do Código civil estabelece que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

A boa fé objetiva, princípio contratual a ser tratado adiante, deve estar presente no momento da gênese do negócio jurídico (assim como na sua execução e no momento pós-contratual). Na ausência de boa-fé objetiva, não há que se falar em negócio jurídico válido, apto a ingressar no ordenamento jurídico e gerar efeitos.

Portanto, há que se considerar a boa-fé objetiva como um requisito de validade do negócio jurídico, ao lado dos demais.

Dessa forma, em qualquer análise que se faça de um negócio jurídico, é imperioso se verificar se a sua gênese ocorreu sob a égide da validade, pois, se ausentes um dos requisitos, percebe-se, de pronto, a ocorrência de uma patologia, que invariavelmente, aniquilará o seu nascimento.

2.2.1.3 Eficácia do negócio jurídico

O negócio jurídico exige uma finalidade; portanto, o que se pretende ao efetuar um negócio jurídico é que ele surta os efeitos pretendidos.

Trata-se aqui dos efeitos advindos do negócio jurídico válido, não se deixando no esquecimento que pode ocorrer, por exceção, que um negócio nulo produza efeitos jurídicos, como ocorre com o casamento putativo.

Todavia, um negócio jurídico existente e válido pode ter sua eficácia inicial condicionada a um fator de eficácia⁵², que é algo extrínseco ao negócio, que dele não faz parte, tampouco o integra.

Um exemplo é um negócio jurídico vinculado a uma condição suspensiva: enquanto ela não se implementar, o negócio, apesar de existente e válido, não irá gerar nenhum efeito.

Há que se ressaltar que a inclusão de condição, de um encargo, termo ou de qualquer elemento com caráter accidental, particular ou acessório passam a ser acréscimo à figura típica do negócio jurídico e pode alterar os seus efeitos⁵³.

Contudo, conforme já assinalado, o negócio jurídico cria, extingue ou modifica direitos, e a eficácia revela a produção de tais efeitos jurídicos, de modo que um contrato será eficaz quando produz efeitos jurídicos, ou seja, altera a relação jurídica existente até então⁵⁴.

⁵² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 55.

⁵³ LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º ao 232)*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 342.

⁵⁴ *Efeitos do negócio jurídico nulo*. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade de São Paulo. Disponível em: <www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivophp?codArquivo=4402>. Acesso em: 13 mar. 2008. São Paulo: PUC-SP, 2007, p. 18.

2.3 Contrato

2.3.1 Considerações Preliminares

O contrato é o negócio jurídico patrimonial. Todavia, a característica da patrimonialidade não serve mais para que o contrato seja o palco da exacerbação do individualismo, como no passado.

Dessa forma, importante inicialmente anotar que a mudança de visão dos contratos é de extrema relevância para o presente estudo, visto que tratar do objeto do contrato significa tratar de manifestação e declaração de vontade sobre um bem da vida específico.

Ao se reportar à vontade no âmbito do contrato, faz-se indispensável verificar que o contrato não pode mais ser instrumento de uma vontade individualista e patrimonial.

A vontade manifestada e declarada no contrato deve ser hábil para gerar os efeitos jurídicos pretendidos, e somente será hábil se conforme aos ditames do sistema jurídico vigente.

Muito se disse que o contrato havia morrido, ou que ao menos estava em crise, mas depurando-se de tais assertivas, importante colocar as coisas e conceitos nos seus devidos lugares.

O contrato como expressão máxima do apogeu liberalista, especialmente por representar o instrumento apto para transmissão da propriedade, não tem mais, nessa vestimenta, lugar dentro do atual sistema.

Os princípios máximos e fundantes do sistema anterior – princípio da autonomia da vontade, princípio da força obrigatória: *pacta sunt servanda* e princípio da relatividade de seus efeitos – foram flexibilizados.

Todavia, o contrato não deixou de existir nem de ter grande importância no mundo jurídico, visto que se mantém como norma individual e concreta, fonte de obrigações.

O que efetivamente ocorre foi que a visão liberalista do contrato, apesar de ter reflexo até os dias atuais, cedeu espaço para uma visão de cooperação, de solidarismo, de lealdade nas relações contratuais.

Denis Mazeud⁵⁵ aduz, sinteticamente, que a visão individualista do contrato cedeu, que a jurisprudência impôs aos contratantes um comportamento leal e honesto, no qual a esfera contratual não pode ser uma selva ou um jogo da lei do mais forte juridicamente, mas um caminho da linha civilizada, que deve ser regida por um mínimo de respeito mútuo entre os contratantes. Entende, o referido autor, que, em nome do altruísmo contratual, no qual se deve atentar aos interesses coletivos dos contratantes, desenvolve-se uma ética contratual, fundamentada pela fraternidade e pela solidariedade.

Esse enfoque do direito contratual guarda harmonia com a eleição da dignidade da pessoa humana, como valor supremo a ser respeitado por toda a sociedade.

Fernando Noronha⁵⁶ entende ser possível demonstrar que a concepção tradicional do contrato calcada no princípio da liberdade contratual e da vinculatividade do pactuado não pode estar certa, pois não correspondem aos valores da ordem (que será designada melhor como segurança), justiça e liberdade.

⁵⁵ Loyauté, Solidarité, Fraternité: La nouvelle Devise Contractuelle? In: *L'Avenir du Droit: mélanges en hommage à François Terré*. Paris: PUF, 1999, p. 603-634.

⁵⁶ *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 11.

Explica ainda o referido autor que os princípios dos contratos correspondentes a tais valores passam a ser designados por princípios da autonomia privada, da justiça contratual e da boa-fé, que vão atuar no âmbito interno do microsistema jurídico que é o contrato, e, por essa razão, o autor assinala que eles compõem a ordem pública contratual.

Marcelo Benacchio⁵⁷ sustenta que

A compreensão do contrato nesse início de século, flagrantemente, em crise de paradigma, situa-se na busca de um equilíbrio entre uma concepção solidária voltada à realização da dignidade da pessoa humana e do bem comum e outra de eficiência econômica guiada pelas necessidades do mercado, note-se que tanto um valor como outro estão presentes na Constituição Federal, portanto, mesmo que se tivesse por socialmente mais justo, em um país com tanta desigualdade como o nosso, eventualmente, inclinar-se pelo modelo social, não podemos cerrar nosso pensamento à realidade neoliberal econômica que nos cerca e sua influência na legislação, políticas governamentais, quaisquer que sejam a orientação paritária e, até mesmo, decisões judiciais; daí estar superada, senão impossível, a aplicação do paradigma anterior – a concepção puramente social do contrato, que passa a ser funcionalizada pelo aspecto econômico, havendo mesmo uma aproximação entre a ciência jurídica e econômica para o enquadramento teórico ora proposto. Não estamos a pregar a volta do liberalismo, aliás, impossível em face de nossos valores constitucionais, mas sim que a compreensão do contrato não pode negar a influência econômica, constitucionalmente assegurada pelo modelo capitalista abraçado pelo nosso Estado, de forma que a autodeterminação das pessoas, associada à rapidez da informação e o desejo do consumo, limitam, senão dificultam uma concepção puramente social.

Renan Lotufo, ao introduzir o Livro 1, do Direito das Obrigações, de sua obra *Código Civil Comentado*, volume 2⁵⁸, reportando-se aos contratos aduz que

⁵⁷ *Responsabilidade civil de terceiro por lesão à situação jurídica contratual*. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC-SP, 2005, p. 29.

⁵⁸ *Código Civil comentado: parte geral (arts. 233 ao 420)*. v. 2 São Paulo: Saraiva, 2003, p. 9.

O contrato, que é fonte voluntária das obrigações, torna-se um instrumento da cooperação entre as pessoas, que, no âmbito do sinalagma e da comutatividade, há que preservar a igualdade dos sacrifícios, que, se não decorrer da colaboração conjunta dos que participam da avença, será por força da lei que busca a concretização dos princípios fundamentais. O contrato, tal qual a obrigação, relação jurídica complexa, é um processo que, como ensina o eminente Professor Clóvis do Couto e Silva, tem dinamismo e somente chegará ao bom êxito se contar com a colaboração leal dos dois participantes.

Nessa nova ordem lógica, interessante destacar os princípios da função social do contrato; da autonomia privada; do equilíbrio contratual e o da boa-fé objetiva, os quais passam a reger a realidade contratual de forma a contribuir para a eficácia de valores fundamentais pertencentes a toda sociedade.

O destaque desses princípios é importante, pois o contrato deixa de ser somente a auto-regulamentação dos interesses das partes, mas, ao lado dela, concorrem valores e princípios que, mesmo que não dispostos pelos contratantes, são impostos pelo ordenamento.⁵⁹

Dessa forma, por esses valores e princípios terem de ser observados no nascedouro do contrato, faz-se necessário analisar, ainda que de forma concisa, cada um dos mencionados princípios, cuidando em precisar-lhes o respectivo conteúdo, bem como sua influência nos contratos e, especificamente, no objeto do contrato.

2.3.2 Princípios Contratuais

2.3.2.1 Princípio da Autonomia Privada

Apesar de já terem sido delineados breves contornos acerca da autonomia privada, alguns outros pontos merecem destaque quanto a esse princípio.

⁵⁹ GODOY, Cláudio Luiz. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 95.

Carlos Alberto Goulart Ferreira⁶⁰ assevera que

A autonomia privada, em nosso sentir, parte de uma raiz comum: a liberdade. Então, podemos afirmar que a liberdade é a base em que se assenta a auto-regulamentação.

É justamente neste ponto que o princípio da autonomia contratual merece destaque no tema proposto neste trabalho – a sua esfera de liberdade: a liberdade contratual.

A liberdade em contratar encontra seu fundamento nesse âmbito de atuação concedido ao particular, nesse poder (potestade) normativo que é a autonomia privada.

Rogério Zuel Gomes⁶¹ afirma que:

Da autonomia privada deriva seu principal corolário: a liberdade contratual, que consiste na liberdade de celebrar ou não negócios jurídicos, bem como na liberdade quanto à determinação do respectivo conteúdo.

Todavia, tem-se assistido que a própria revolução industrial e a produção em escala fizeram com que tivessem outras formas de contratar em que a liberdade dos contratantes, ou de pelo menos um deles, ficasse bastante limitada.

Com efeito, a autonomia privada (liberdade de contratar e liberdade contratual) é consequência imediata do direito de liberdade, o qual especificamente se concretiza no âmbito da Constituição através da iniciativa privada, protegida como princípio fundamental da República (art. 1º, IV) e como base da ordem econômica e social (art. 170) e, sendo assim, somente pode ser restringida por lei.

⁶⁰ LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito Civil Constitucional*. Cadernos 1. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 71.

⁶¹ *Teoria Contratual Contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro. Forense. 2004, p. 45.

Assim, a bem da verdade, ao restringir a liberdade contratual das partes, o Estado está desempenhando seu papel fundamental de distribuidor e garantidor do bem-estar social e, ao mesmo tempo, possibilitando uma efetiva liberdade social de contratar.

Noutro falar, o campo para o exercício da autonomia privada ainda é bastante amplo, hipótese em que as partes podem exercitar sua vontade sem maiores restrições, vinculadas apenas à observância dos valores e princípios constitucionais, fundamentais para a busca pela melhora da qualidade de vida do todo social e para impedir interesses egoisticamente individualizados.

2.3.2.2 Princípio da Boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé objetiva tem *status* de pilar do sistema contratual.

Se um negócio jurídico for realizado com ausência de boa-fé, não se terá negócio jurídico apto a produzir os efeitos pretendidos, pois, nesse caso, o ordenamento jurídico não poderá lhe reconhecer validade.

Dessa forma, o princípio da boa-fé objetiva foi positivado em nosso ordenamento.

O significado e o alcance da boa-fé objetiva deverão ser objeto de análise mais aprofundada, principalmente para que se entenda, a seguir, o alcance do objeto do contrato.

Teresa Negreiros⁶² sustenta que

A boa-fé tratada como novo princípio do direito contratual distingue-se daquela outra boa-fé, consistente numa análise subjetiva do estado de consciência do agente por ocasião da avaliação de um dado comportamento. Essa última, denominada boa-fé subjetiva, é desde há muito tempo conhecida na legislação brasileira. O novo Código Civil a define ao tratar da posse de boa-fé: "Art. 1201. É de boa-fé a posse,

⁶² *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 119-124.

se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.”

Analisada sob a ótica subjetiva, a boa-fé apresenta-se como uma situação ou um fato psicológico. Sua caracterização dá-se através da análise das intenções da pessoa cujo comportamento se queira qualificar.

Transposta para o domínio das obrigações contratuais, a noção de boa-fé adquire conotações muito diversas das que inferem da sua vertente subjetiva. A dita boa-fé objetiva, muito além de um critério de qualificação do comportamento do sujeito, impõe-lhe deveres, constituindo-se numa autêntica norma de conduta.

[...]

Ontologicamente, a boa-fé objetiva distancia-se da noção subjetiva, pois consiste num dever de conduta contratual ativo, e não num estado psicológico experimentado pela pessoa do contratante; obriga a um certo comportamento ao invés de outro; obriga à colaboração, não se satisfazendo com mera abstenção, tampouco se limitando à função de justificar o gozo de benefícios que, em princípio, não se destinariam àquela pessoa. No âmbito contratual, portanto, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração dos interesses um do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato celebrado.

[...]

É certo, porém, que a distinção entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva, embora em geral aceita pela doutrina brasileira, será, entre nós, sempre mais suscetível de questionamentos quando em comparação com o estado da doutrina alemã, onde os diferentes aspectos da boa-fé são designados com expressões distintas: *Treue Glauben*, para a boa-fé objetiva; e *guter Glaube* para a boa-fé subjetiva. No Código Civil Alemão – o BGB –, a vertente objetiva da boa-fé está consagrada na cláusula geral do célebre § 242: “O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico.”

Para que haja boa-fé não basta agir sem malícia para invocá-la. É preciso que esteja na convicção de que procede com lealdade, convicção da existência de direito próprio. Nem a incerteza é suficiente. Aquele que duvida de seu direito e, mesmo assim, age, o fará na ausência de boa-fé, porque a dúvida exclui a convicção, elemento imprescindível da boa-fé.

A boa-fé objetiva é a matriz, a genitora, de toda uma gama de deveres de conduta que devem ser, obrigatoriamente, observados pelos contratantes.

Paulo Nalin⁶³, ao analisar a boa-fé como paradigma de comportamento, sustenta que

Construir uma categoria jurídica que propõe a avaliar o comportamento do sujeito contratante (dado objetivo), empregando como parâmetro de julgamento a figura abstrata do bônus pater famílias, é atribuir ao juiz, o qual muito raramente fará parte do mesmo extrato social do enigmático homem médio brasileiro, o desafiador papel de dizer qual seria o desenho objetivo da boa-fé, a partir de sua formação sociocultural que certamente não se encaixará no perfil do (pobre) operador do direito. Daí, se afirmar: a boa-fé objetiva tem uma aplicação subjetiva, fruto da experiência social do juiz. A falta de uma melhor orientação pode colocar por terra todo potencial renovador, trazido pelo princípio enfocado, que nas mãos de um juiz arraigado na cultura positivista reinante no Brasil nada significará, perpetuando o positivismo dogmático e a aplicação não constitucionalizada do Direito Civil.

[...]

A eleição de um standard de conduta, de indiscutível origem germânica, modelo eleito pela doutrina brasileira para se abordar a boa-fé objetiva, necessita passar por emergencial adaptação aos trópicos e ao subdesenvolvimento sul-americano, sob pena de esta fabulosa construção dos tempos atuais cair no descaso perante os tribunais pátrios.

Nesse sentido, a ponderação de Teresa Negreiros e de Paulo Nalin é de extrema importância, pois a boa-fé objetiva, como padrão de conduta, deve ser analisada dentro do contorno brasileiro, da cultura, usos e costumes locais.

Ademais, ao se tratar de contratos bilaterais, comutativos e paritários, o princípio da boa-fé objetiva, como paradigma, gerador de deveres de conduta, deve ser analisado com maior ênfase.

Pois, tendo em vista que a boa-fé objetiva impõe que não há mais que se inquirir o padrão de conduta do homem médio, do bom pai de família, mas se parte de padrões de comportamento esperados e exigidos para cada situação, como estandardizar o padrão de conduta para as diversas situações que envolvem o contrato?

⁶³ *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba. Juruá. 2006, p. 133.

Se o que se espera é um comportamento conforme a situação que o contrato impõe, mais uma vez a questão da comunicação e da linguagem se impõem como de enorme importância ao se definir o objeto do contrato, ao se contemplar o conteúdo do contrato, ao criar normas que ditarão o programa contratual, ressaltando-se, por óbvio, que a linguagem nunca encampará a infinidade de situações que podem decorrer de uma relação contratual.

Para Fernando Noronha⁶⁴, a boa-fé contratual cabe dentro da boa-fé objetiva. A boa-fé contratual traduz-se no dever de cada parte agir de forma a não defraudar a confiança da contraparte. O princípio da boa-fé assegura a tutela da ordem, ou como designada melhor pelo autor segurança. Se tal segurança é necessária para a realização das finalidades de interesse geral servida pelos direitos dos contratos, com ênfase para a produção e distribuição de bens e serviços, ela é assegurada pela tutela das expectativas legítimas das partes.

Ainda, segundo o referido autor, tal segurança é essencial para o intercâmbio de bens e serviços, para o perfeito funcionamento da economia, e tem na sua base uma relação de confiança: quando a lei impõe a quem se obrigou a necessidade de cumprir o compromisso assumido, está apenas protegendo, no interesse geral, a confiança que o credor legitimamente tinha em que o seu interesse particular seria satisfeito.

Nem as partes, nem a lei são capazes de regular de forma pormenorizada as relações jurídicas, daí o apego ao recurso à lealdade que eles se devem mutuamente, fundada na confiança. A confiança entre as

⁶⁴ *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 125-177.

pessoas, assim como a lealdade, são valores ético-jurídicos que, assim, fundamentam o princípio da boa-fé.

A boa-fé objetiva desempenha, no campo obrigacional, três funções distintas: a) cânone hermenêutico-integrativo do contrato; b) norma de criação de deveres jurídicos; c) norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos⁶⁵.

Como cânone hermenêutico-integrativo, a boa-fé objetiva propicia, inicialmente, uma melhor especificação da vontade contratual, atuando de modo a buscar o sentido em si das cláusulas contratuais, sem olvidar da função social do contrato.

Ao atuar como norma de criação de deveres jurídicos, a boa-fé objetiva explicita a possibilidade de as partes exigirem atuações positivas uma frente a outra, de modo a atribuírem-se determinados deveres de conduta, os quais deverão estar presentes antes, durante e após o cumprimento das prestações reciprocamente acordadas.

Dentre várias classificações, é possível destacar como deveres jurídicos criados com base no princípio da boa-fé objetiva os deveres de informação, de sigilo, de colaboração e de cuidado.

Por outro lado, funcionando como norma limitadora do exercício de determinados direitos subjetivos, o princípio da boa-fé objetiva impede o exercício de direitos revelados abusivos.

Em suma, de acordo com o princípio da boa-fé objetiva, deve a parte agir em colaboração com a outra, não meramente buscando o lucro às custas de sacrifícios patrimoniais alheios, mas sim uma atuação 'refletida', respeitando

⁶⁵Fernando de Noronha entende que as funções também são três, mas as classifica como interpretativa, integrativa e de controle. (*Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.)

os interesses legítimos, as expectativas razoáveis e os direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o cumprimento contratual e a realização dos interesses das partes.

2.3.2.3 Princípio da Função Social

Consagra o Novo Código Civil, em seu artigo 421 o princípio da Função Social do Contrato, trazendo regra pela qual “a liberdade de contratar será exercida nos limites e em razão da função social do contrato”.

Rogério Zuel Gomes⁶⁶ assevera que,

No ordenamento jurídico brasileiro, a Função Social do Contrato, pela primeira vez de forma expressa, foi contemplada no atual Código Civil, em seu art. 421, como princípio delimitador da liberdade contratual. Esse dispositivo encontra harmonia com o art. 112 do mesmo estatuto. Esse último é regra básica de interpretação do negócio jurídico, abandonando-se a investigação da intenção subjetiva dos figurantes em favor da declaração objetiva, socialmente aferível, ainda que contrarie aquela e que já constava do anterior Código Civil. A repetição não induz, todavia, o raciocínio de que nada mudou porquanto o art. 113, da nova lei, não deixa margem a dúvidas apontando claramente para uma intenção objetiva do ato jurídico pautado pela conduta das partes, bem como pelos usos do local em que foi praticada.

A função social do contrato constitui verdadeiro princípio geral do direito, abstraído das normas, do trabalho doutrinário, da jurisprudência, dos aspectos sociais, políticos e econômicos da sociedade, que ingressou como norma no direito positivado.

Nesse sentido, conceitua-se o princípio da função social do contrato, como sendo um regramento contratual, de ordem pública – a despeito do que prevê o artigo 2.035, parágrafo único, do Código Civil –, pelo qual o contrato

⁶⁶ *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé.* Rio de Janeiro. Forense. 2004, p. 88.

deverá ser, necessariamente, analisado e interpretado de acordo com o contexto social.

Trata-se da eficácia do contrato perante terceiros.

Inicialmente, a função social do contrato está intimamente ligada à proteção dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, amparada no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Dentro dessa ordem lógica, várias regras contidas no Código Civil procuram analisar os negócios celebrados entre as partes em comunhão a outros aspectos sociais.

Por exemplo, o já mencionado artigo 2.035, parágrafo único, da nova codificação, que prevê ser a função social do contrato matéria de ordem pública, sendo as regras a ela atinentes aplicáveis a contratos celebrados sob a égide do Código de 1916, mas cujos efeitos são percebidos na vigência do atual. Prevê esse dispositivo que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

A função social é mais do que um simples método de interpretação do Direito como instrumento de pacificação social. É um princípio que não pode ser deixado de lado pelo intérprete na verificação do próprio escopo do direito. É uma norma geral de ordem pública e observância obrigatória, vale dizer, se um contrato não atender à função social não poderá ser reconhecido dentro do sistema jurídico.

Quando se trata de função social não se trata da relação interna das partes, porque, para essa relação, o sistema possui outros princípios, que exercem suas funções de “guardiões”, mas da relação externa, com terceiros

no sentido amplo, pessoas, sociedade, meio ambiente e tudo aquilo que diz respeito ao social, à sociedade.

Cumprido esclarecer que a primeira e principal expectativa da sociedade é que o contrato seja cumprido, que o pacto estabelecido pelas partes tenha cumprimento. Mas, se esse contrato afetar os direitos de terceiros, de uma forma perniciososa, ele não poderá ser admitido no ordenamento como contrato válido.

Na verdade, a função social não terá atuação direta na vontade das partes, pois ela atua limitando a autonomia privada, ela atinge a esfera de liberdade contratual, na medida em que, como bem expressa o texto codificado, tal liberdade somente poderá ser exercida nos limites e em razão da função social.

Nesse sentido, Antonio Junqueira de Azevedo⁶⁷ assevera que

A previsão da função social do contrato (arts. 421 e 2.035, par. ún., do CC/2002), por sua vez, inclui também, evidentemente, a previsão da função social de suas cláusulas. A grande vantagem da explicitação legal da função social do contrato como limite à atividade privada não está tanto, a nosso ver, no momento inicial do contrato (a isso responde a teoria das nulidades), e sim, no momento posterior, relativo ao desenvolvimento da atividade privada. Podemos dizer, em linguagem econômica, que a teoria das nulidades controla bem a liberdade de iniciativa, enquanto a função social o faz, quanto ao desenvolvimento dessa iniciativa.[...]
O fim que não pode mais ser atingido faz com que o contrato perca a sua função social, devendo torná-lo juridicamente ineficaz.

⁶⁷ *Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé os contratos relacionais. Contrato de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e Resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato.* Parecer civil publicado pela Revista dos Tribunais, fevereiro de 2005, p. 133.

2.3.2.4 Princípio do Equilíbrio contratual

A nova concepção de contrato, pelo princípio aqui visualizado – fundando na igualdade assegurada no Texto Maior –, é uma concepção social, em que não só o momento da manifestação da vontade, mas também a condição social e econômica das pessoas nele envolvidos, o próprio bem da vida tutelado (objeto do contrato), além dos efeitos do contrato na realidade social é que serão levados em conta para a validade, eficácia e perpetuação da avença.

A propósito, ainda com base nos ensinamentos de Cláudio Luiz Bueno de Godoy⁶⁸,

Em primeiro lugar, é bom olvidar que a equidade contratual corresponde a um novo paradigma jurídico em que, mercê de comando constitucional, como se viu, se procura garantir às partes o exercício materialmente igualitário da liberdade de contratar, que a torne efetiva e não sirva, em verdade, a escravizar qualquer das partes, a quem se deve garantir a prerrogativa de se desvincular do ajuste mediante seu cumprimento normal e o atendimento das razoáveis expectativas que a levaram a contratar.

Logo, o principal enfoque deste princípio é justamente equilibrar as relações jurídicas, sem preponderância de uma parte sobre a outra, resguardados os interesses do grupo social também nas relações de Direito Privado.

Trata-se de manter a comutatividade e a proporção das prestações nos contratos, para preservar a liberdade das partes, para permitir que as partes possam cumprir as obrigações assumidas e se libertar da relação estabelecida.

⁶⁸ *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 39.

Portanto, sem equilíbrio, a liberdade das partes fica ameaçada, comprometendo-se, por conseqüência, a vontade manifestada ou declarada pelas partes.

Fernando de Noronha⁶⁹, ao se reportar ao princípio da justiça contratual, relata que, de acordo com tal princípio, deve haver uma relação de equilíbrio entre prestação e contraprestação nos contratos comutativos que são os mais importantes dos contratos. E, em seguida, indaga em que termos deve ser tal equilíbrio. Para elaborar sua resposta, distingue justiça formal (que tem por única preocupação assegurar às partes igualdade no processo de contratação) da justiça substancial (efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações de ambas as partes), entendendo que é a justiça substancial que contém a idéia de efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações.

Quanto à justiça substancial, o referido autor ainda ressalta que esta pode ser encarada do ponto de vista subjetivo (na avaliação das partes para que cada um recebesse benefícios iguais ou maiores do que os sacrifícios que estivesse assumindo) ou objetivo (necessário que cada parte, em troca dos compromissos que assume, obtenha benefícios que contrabalancem, de forma adequada, isto é, aproximadamente equivalente, os seus encargos).

Consigna o jurista que

a justiça substancial objetiva pode ser encarada sob dois prismas, muito bem distinguidos por Larenz: o princípio objetivo de equivalência entre prestação e contraprestação, segundo o qual a justiça se realiza quando estas duas tenham um valor sensivelmente correspondente, e o princípio da distribuição eqüitativa (ou justa) de ônus e riscos, que visa “uma justa distribuição dos ônus e riscos relacionados com um contrato”. Este segundo princípio é aquele que, como frisa Larenz, tem maior alcance.

⁶⁹ *O Direito dos contratos e seus princípios fundamentais*: São Paulo: Saraiva, 1994, p. 220.

2.3.2.5 Princípio da Força Obrigatória – Pacta Sunt Servanda e a sua relativização

Pelo princípio da força obrigatória dos contratos, o denominado *pacta sunt servanda*, fundamentado na teoria da autonomia da vontade e na ampla liberdade contratual, os contratos tinham que ser observados e cumpridos, somente sendo possível sua revisão pela vontade das partes.

A obrigatoriedade do cumprimento dos contratos ainda se mantém, todavia, com os limites da autonomia privada, conforme já exposto. Entretanto, importante perceber que os princípios elencados anteriormente, que formam a nova principiologia contratual não retiram do contrato a sua força obrigatória. Ocorre que, em vista de todos os malefícios da liberdade contratual levada a extremos, tem-se no Estado, seja ao legislar de forma a limitar cada vez mais o âmbito da autonomia privada, seja na possibilidade de revisão de cláusulas contratuais que causam a onerosidade excessiva para uma das partes, seja por incluir a boa-fé como requisito para a validade do contrato, o legitimador dos contratos equilibrados e o possível revisor de cláusulas abusivas, desequilibradas.

Tal freio à autonomia da vontade exacerbada acarreta uma segurança maior aos contratos e à norma por ele emanada, pois demonstra que o sistema jurídico encontrou formas de manter a autodeterminação das partes.

Hamid Charaf Bdine Júnior⁷⁰ assinala que,

Enfrentando o tema relativo ao fundamento da força obrigatória dos contratos, Jorge Mosset Iturraspe conclui que a boa-fé lealdade e a boa-fé confiança conferem sustentação ao princípio da obrigatoriedade. Segundo ele, a regra jurídica que confere obrigatoriedade aos contratos está fundamentada na regra moral de que o homem deve cumprir sua palavra, mas a

⁷⁰ *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva: 2007, p. 20.

ela se acrescenta o fato de a aceitação do vínculo ter origem na livre aceitação das cláusulas contratuais, bem como na satisfação que a obrigatoriedade dos contratos empresta aos interesses coletivos e ao bem comum.

2.3.2.6 Conclusão

A concisa explanação dos princípios contratuais demonstra claramente que o exercício da liberdade contratual está vinculado aos valores consagrados na Carta Maior e também veiculados no sistema por princípios.

O contrato, expressão da autonomia privada, não pode servir ao desequilíbrio, à violação da boa-fé objetiva e tampouco pode surtir efeitos sociais perniciosos, por isso sofre as limitações do sistema.

Importa a observância aos princípios morais e éticos que visam inibir um voluntarismo exacerbado, causador de distorções no sistema.

A autonomia da vontade pode e deve ser exercida, mas na circunscrição da autonomia privada.

2.3.3 Contrato como fonte de obrigações

O contrato é visto como acordo mediante o qual as partes regulam uma relação jurídica patrimonial. Esta idéia pode ser expressa ainda pela definição do contrato como auto-regulamento de relação jurídica patrimonial, sendo que tal definição, por acentuar o momento objetivo do contrato, não exclui que esse seja como um ato decisório das partes⁷¹.

Todavia, como já explanado alhures, o resultado do consenso das partes é o que irá gerar o programa contratual ao qual as partes se subordinam, definindo seu objeto.

⁷¹ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile: Il Contratto*. Milão – Dott. Giuffré Editore, 1987, p. 1-51.

Paulo Nader⁷² afirma que,

Na acepção atual, contrato é acordo de vontades que visa a produção de efeitos jurídicos de conteúdo patrimonial. Por ele, cria-se, modifica-se ou extingue-se a relação de fundo econômico. Embora previsto e regulado pelo Direito das Obrigações, os contratos não se referem, necessariamente, aos negócios jurídicos entre credor e devedor; estendem-se a outras províncias jurídicas, como ao Direito das Coisas, Direito de Família, Direito das Sucessões, Direito Administrativo, Direito Internacional. De acordo com Henri de Page, o contrato não é, em si, uma obrigação, mas uma fonte das obrigações: “son objet est de faire naître des obligations, ou de modifier ou d’êteindre des obligations préexistantes.”

Assim, a partir da criação da norma privada, o contrato passa a ser fonte de relações obrigacionais. Não é obrigação em si, frise-se desde logo, mas é fonte criadora delas.

Como anota Fernando Noronha⁷³,

A principal fonte de obrigações é, sem dúvida, o negócio jurídico, especialmente na sua modalidade mais importante, que é o contrato. É o negócio jurídico que permite aos indivíduos prover a satisfação de suas necessidades, pois é ele que fornece os quadros jurídicos para a produção e circulação de bens e serviços, para a associação de pessoas, para as relações de trabalho, etc.

Não há como falar em contrato, expressão patrimonial do negócio jurídico, sem a noção que ele dispõe sobre um objeto.

⁷² *Curso de direito civil*. v. 3: Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 10.

⁷³ *Direito das Obrigações: fundamentos dos direitos das obrigações e introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2007, p. 405.

3 OBJETO DO CONTRATO

3.1 Considerações Preliminares

O objeto do contrato é um complexo orgânico, é o conjunto de preceitos contratuais, oriundos do consentimento.⁷⁴

O objeto do contrato retrata o ponto de convergência das partes acerca do bem da vida que se pretende tutelar na relação por elas entabulada.

O objeto é elemento e requisito de validade do negócio jurídico, pois não há relação jurídica com uma finalidade específica que não tenha um objeto como suporte.

O objeto do contrato não é apenas o conjunto das obrigações no contrato previstas, é muito mais que isso, é o complexo de todos os direitos, deveres, ônus e sujeições, obrigações advindas do programa contratual.

Objeto do contrato não se confunde com objeto da obrigação, da prestação, do direito, com a causa, mas guarda com todos esses institutos fortes relações, como se verificará adiante.

3.2 Os planos da existência, validade e eficácia do negócio jurídico analisado sob a ótica do objeto do contrato.

Na visão tripartida que encampa os planos de existência, validade e eficácia do negócio jurídico, o objeto está em todos eles.

⁷⁴ BESSONE, Darcy. *Do contrato*. teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 97.

Como visto, se o objeto é elemento do negócio jurídico, ou seja, encontra-se primeiramente no campo da existência, é possível concluir que não existe negócio jurídico sem um objeto.

Para que exista um negócio jurídico, a vontade qualificada das partes se traduz em pretender algo, em buscar com a atividade da autonomia privada uma finalidade, e, para tanto, o negócio terá que ser sobre algo, ter um objeto.

No dizer de Darcy Bessone, o objeto, como elemento do contrato, necessariamente será anterior ao direito que ele cria.⁷⁵

Assim, no campo da existência, o objeto é um elemento geral intrínseco.

Se se tratar de um contrato especificado por lei, o objeto pode ser categorizado por ela, bem como em determinados contratos, a especificidade do objeto pode fazer dele também um elemento particular⁷⁶.

No campo da validade, o objeto terá que ser lícito, possível e determinado ou determinável. São atributos necessários que o ordenamento jurídico impôs para que o objeto possa ser considerado apto a gerar efeitos jurídicos válidos.

No campo da eficácia, se o objeto existe, ingressou de forma válida no sistema terá possibilidade de gerar efeitos. Nesse plano, não se trata de toda e qualquer possível eficácia prática do negócio, mas, sim, tão-só, da sua eficácia

⁷⁵ *Do contrato. teoria geral.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 97.

⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto, ao tratar dos requisitos da existência do negócio jurídico, inclui a idoneidade do objeto em referido rol: *A idoneidade do objeto é necessária para a realização do negócio que se tem em vista. Assim, se a intenção das partes é celebrar um contrato de mútuo, a manifestação de vontade deve recair sobre coisa fungível. No comodato, o objeto deve ser coisa infungível. Para a constituição de uma hipoteca é necessário que o bem dado em garantia seja imóvel, navio ou avião. Os demais bens são inidôneos para a celebração de tal negócio. Direito civil brasileiro: v. 1: parte geral.* 3. ed. São Paulo: Saraiva: 2006, p. 320.

jurídica e, especialmente, da sua eficácia própria ou típica, isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos⁷⁷.

A sua eficácia poderá ser resolvida ou suspensa em razão de circunstâncias específicas do contrato, tais como a inclusão de condições, termo ou encargo.

Antonio Junqueira de Azevedo⁷⁸ pondera que muitos negócios jurídicos dependem de fatores de eficácia para a produção de efeitos, devendo-se entender a palavra fatores como algo extrínseco ao negócio, algo que dele não participa, que não o integra, mas contribui para a obtenção do resultado visado.

Ao se tratar de elementos do negócio jurídico, tem-se a categoria dos elementos particulares ao negócio, que são específicos para cada negócio em si, e, portanto, não há como enumerá-los de forma exaustiva.

Os que a doutrina cataloga são a condição, o termo e o encargo.

Apesar de muitos autores entenderem que tais elementos são acessórios ao negócio, eles podem atuar de forma diretamente relacionada com o objeto do contrato. Nesse sentido, Francisco Amaral⁷⁹ dispõe que,

No caso do negócio jurídico condicionado não existem duas vontades, nem o caráter atribuído à condição lhe retira a influência decisiva sobre a relação jurídica constituída pela declaração de vontade. A condição, vulgarmente considerada acessória, elemento acidental do negócio jurídico, não funciona como declaração distinta da que se diz principal. Se da condição depende a sorte de todo o negócio jurídico, é evidente que ela constitui parte integrante e substancial dele.

⁷⁷ *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 49.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 55.

⁷⁹ *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*, p. 80, apud LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado: parte geral* (arts. 1º. ao 232). v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 343.

Renan Lotufo entende que o raciocínio desenvolvido por Francisco Amaral pode ser adotado quanto aos denominados elementos acidentais, todos.⁸⁰

Assim, em todos os planos que se analisa o negócio jurídico, o objeto está presente em todos eles, em cada plano atuando de uma forma.

3.3 Requisitos do Objeto

O objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável. Esses são os requisitos gerais do objeto negócio jurídico.

Em determinados tipos contratuais outros requisitos poderão se somar a esses.

Tais requisitos são os genéricos, que sempre devem estar presentes. Darcy Bessone⁸¹ aduz que Betti⁸², referindo-se ao preceito da autonomia privada, aponta caracteres que entende também são próprios do objeto do contrato. Assim, o objeto também deve ser:

- a) concreto, por se ligar a interesses determinados, sujeito ao poder dos indivíduos e suscetíveis de transmissão;
- b) referente à vida de relação, isto é, afetando esferas jurídicas diversas;
- c) vinculante para uma das partes, tornando-se, correlatamente eficaz para a outra.

⁸⁰ *Código Civil Comentado: parte geral* (arts. 1º ao 232). v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 343.

⁸¹ *Do contrato. teoria geral*. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 1997, p. 113.

⁸² *Do contrato. teoria geral*. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 1997 apud BETTI, Emilio. *Teoria Generale del negozio giuridico*. Napoli: ESI, 1994, p. 16.

3.3.1 Objeto lícito

A autonomia privada permite às partes estabelecerem o contrato, de forma a garantir, de forma privada, a desilusão às expectativas. Portanto, garantia de expectativas e autonomia privada são fundamentos que se complementam.

Na visão de Luhmann, o código lícito e ilícito e a função do direito de generalização congruente das expectativas normativas é que fazem o fechamento operativo do sistema.

Daí se tratar da licitude como algo que transcende a validade, para atingir a relação contratual como um todo.

Ao falar do objeto lícito, Renan Lotufo⁸³ ensina que,

À evidência, o objeto tem de ser lícito, pois não se pode pensar em juricidade negocial com base no ilícito. Não é que o ilícito não provoque efeitos no mundo do Direito; logicamente que sim, mas não são os efeitos desejados pelo agente. No mundo do negócio jurídico temos a autonomia da vontade exatamente voltada para a produção concreta de novas hipóteses de incidência, logo, previsões normativas, não a aplicação de sanções pela violação. Eventuais sanções civis previstas em atividade negocial serão para dar garantia à execução dos mandamentos, não os mandamentos em si.

A licitude, como requisito do objeto do contrato, é norma imposta pelos ordenamentos de uma maneira geral.

Tércio Sampaio Ferraz Junior⁸⁴ aduz que “o princípio de que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei domina também o contrato, pois não se pode contratar contra a lei, o objeto do contrato tem de ser lícito.”

⁸³ *Código Civil Comentado: parte geral* (arts. 1º. ao 232). v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁸⁴ *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1988, p. 154.

Para Ricardo Lorenzetti⁸⁵, a imposição da licitude do objeto é uma norma de intervenção – ordem pública de coordenação –, no sentido que o legislador coordena a autonomia privada que encarna propósitos individuais com os valores coletivos.

A licitude do objeto é um dos limites que o ordenamento impõe aos particulares para exercerem a autonomia privada, e, nem poderia ser diferente, pois, se fosse admitido qualquer objeto, independente de sua licitude, como elemento do negócio jurídico, não se estaria num estado de direito, mas num sistema baseado na força, na violência e na desordem.

Portanto, a liberdade contratual esbarra na licitude. O código lícito é a senha para que aquele objeto passe a ser o bem da vida tutelado por aquele contrato.

Importante analisar que a licitude é também um requisito negativo do objeto do contrato, visto que objeto lícito também pode ser entendido como aquele não contrário às normas imperativas proibitivas de conduta, à ordem pública e aos bons costumes⁸⁶.

Dessa forma a análise da licitude se dará pelo cotejo do objeto com as normas de ordem pública, pois somente o objeto lícito poderá surtir os efeitos pretendidos pelas partes.

Sem dúvida, o ordenamento jurídico, ao impor a necessidade da licitude do objeto para que o negócio jurídico seja considerado válido, impõe que

⁸⁵ *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 550. [Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. *Las normas fundamentales de derecho privado*. Santa Fé - Argentina: Rubinzalc-Culzoni Editores, abr. 1995].

⁸⁶ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile – Il Contratto*. Milano: Giuffré (Capitolo V - Il Contenuto – Le Condizioni Generale di Contratto), 1987, p. 311.

somente poderá nascer como válido o contrato que não viole norma cogente, que não disponha sobre ilicitude.

Se a atividade de jogatina de roleta é vedada no ordenamento, o contrato que tenha esse objeto será considerado inválido, pois ilícito. Todavia, poderão ocorrer efeitos jurídicos de tal ato, independente de ter o *status* de negócio jurídico. O que importa é não confundir efeitos do contrato decorrentes de sua validade e efeitos de ato jurídico ilícito, que terão caráter de sanção⁸⁷.

Portanto, o requisito da licitude, apesar da evidência inquestionável da necessidade de sua inclusão para que o sistema possa operar, para que normas jurídicas contratuais possam ser geradas pelas partes, é tema de extrema relevância.

3.3.2 Objeto possível

O Código civil brasileiro requer que o objeto do contrato deve ser possível, ao lado dos atributos de lícito, determinado ou determinável.

A possibilidade deve ser entendida tanto no sentido físico, material, fático como no sentido jurídico.

No sentido físico e material, a possibilidade do objeto guarda relação com a realidade fática.

No sentido jurídico, a possibilidade guarda relação com a licitude, com a juricidade, mas não se confunde com as mesmas. A impossibilidade jurídica, como exemplo, seria oferecer bens móveis para ser objeto de hipoteca, visto que a hipoteca somente recai sobre bens imóveis, ou assim considerados (como é o caso do navio e do avião).

⁸⁷ A ilicitude do objeto é causa de nulidade do negócio jurídico, como se depreende do artigo 166, III do CC.

Serpa Lopes⁸⁸ ensina “que o objeto do negócio deve consistir em coisas e fatos possíveis, exigindo que sejam coisas que estejam no comércio, que não haja proibição legal de que determinada coisa seja objeto de um negócio jurídico.”

O artigo 106 do Código Civil estabelece que a impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio jurídico, se for relativa ou se cessar antes de realizada a condição a ele subordinado.

A impossibilidade, tanto física como jurídica, que poderá invalidar o negócio jurídico há de ser inicial e absoluta. Inicial no sentido de se verificar no momento da conclusão do negócio jurídico. E, absoluta, em razão de ser irrealizável por qualquer agente.⁸⁹

A possibilidade do objeto guarda relação com a necessidade de se cumprir o contrato. Se, em hipótese, fosse admitido um objeto contratual impossível, a parte que se obrigou ao seu cumprimento ficaria vinculada a tal relação *ad eternum*, pois não conseguiria cumprir o seu objeto.

Ora, se a liberdade contratual é um dos pilares para o exercício da autodeterminação dos interesses privados, é de suma importância que o bem contratado seja possível, para que a parte possa exercer a atividade necessária para dar cumprimento ao objeto, libertando-se daquela obrigação.

Importante avaliar que o conceito de possibilidade, no mundo atual, é extremamente amplo. Antigamente, os exemplos clássicos da impossibilidade do objeto era “tocar a lua com a mão”, “passear pela via láctea”, e, atualmente,

⁸⁸ *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. v. I. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, p. 421.

⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro. Renovar, 2004, p. 219.

não se pode afirmar que um contrato com tal objeto seria inválido pela impossibilidade.

Os avanços da ciência e da tecnologia trazem uma complexidade na análise da possibilidade do objeto. A verificação da possibilidade do cumprimento do objeto do contrato poderá, em alguns casos, ter de lançar mão da técnica para sua averiguação.

Massimo Bianca⁹⁰ afirma que o objeto do contrato é materialmente possível quando é abstratamente suscetível de atuação.

Tomem-se, por exemplo, os contratos que têm por objeto novos produtos ou serviços, que ainda não existem no mundo real, mas que são possíveis de serem projetados, fabricados, prestados.

Algumas décadas atrás não existiam telefones celulares, ainda mais os com câmera de foto, filmadora, gravador, com acesso à internet, e todos os atributos que referidos aparelhos têm hoje. Quando esse aparelho foi concebido ele ainda não existia como produto final, mas isso não impediu que fosse objeto de um contrato, o seu projeto e, até, a sua fabricação.

Está-se diante do denominado bem futuro.

Bem futuro, no dizer de Massimo Bianca⁹¹, é o bem atualmente inexistente como objeto autônomo de direito de posse (gozo), mas suscetível de ocorrer sua existência.

A atual inexistência do bem futuro não configura ausência do objeto do contrato, tampouco se trata da suspensão da eficácia do contrato até que o objeto passe a ser atual.

⁹⁰ *Diritto Civile: Il contratto*. Milano: Giuffré, 1987, p. 311-373.

⁹¹ A lei italiana prevê expressamente a possibilidade que o contrato tenha por objeto bem futuro (art. 1348 CC italiano).

O contrato sobre um objeto que é um bem futuro é um contrato obrigatório, no sentido que obriga as partes ao cumprimento de suas obrigações. Esse contrato apenas tem como objeto um bem em que as partes se empenharão e se esforçarão para sua produção, sendo que a impossibilidade definitiva deste se resolve pela superveniência da impossibilidade da prestação, não havendo nulidade do contrato por falta de objeto, importando o ressarcimento de danos por inadimplemento. Neste caso, o dano a ser ressarcido é constituído pelo interesse positivo à execução do contrato, e não o negativo.

Na análise da possibilidade do objeto, há ainda que se reportar às coisas que estão fora do comércio, ou seja, aquilo que não pode ser objeto de avença patrimonial. Portanto, estão fora do comércio. São os bens divinos (fé, crença religiosa, a divindade), os bens públicos, os bens comuns, os direitos personalíssimos.

Os bens divinos, a fé, a crença não podem ser objeto de contrato, pois dizem respeito a valores religiosos, específicos de cada um, não têm valor patrimonial, por isso estão fora do comércio.

Os bens públicos também não podem ser objeto de contrato entre particulares. Se for o caso, para serem comercializados, terão de obedecer às regras específicas do direito administrativo.

Os bens comuns, entendidos como a água do mar, o ar que se respira, o azul do céu, dentre outros, são bens dados pela natureza. Entretanto, são os exemplos clássicos que também são colocados à prova nos dias atuais, pois, cada vez mais esses bens que a natureza oferecia graciosamente, passam a ser patrimonializados e passam a poder ser objeto de contratação.

Os direitos personalíssimos também têm a características de serem inalienáveis e impenhoráveis, ficando, assim, fora do comércio.

Portanto, a possibilidade tem diversas faces a serem analisadas e sempre sendo necessária a atenção à dinamicidade da vida, pois o que é tecnicamente impossível nos dias atuais pode ser possível em muito pouco tempo.

3.3.3 Objeto determinado ou determinável

Renan Lotufo⁹² ensina que

A determinabilidade é condição de existência de obrigação, pois não pode haver vínculo entre sujeitos que não permita avaliação e aferição de sua possibilidade, sob pena de se estabelecer uma relação em que o devedor não tem condições de dimensionar suas responsabilidades, com o que sua liberdade fica comprometida.

O contrato deve ter indicações suficientes acerca do objeto de forma a ser possível sua determinação ou determinabilidade. Se o objeto não for determinado ou determinável, as partes não terão como avaliar a assunção de suas obrigações no contrato, e poderá ocorrer de uma parte ser onerada de maneira excessiva, acarretando as conseqüências jurídicas de tal ônus.⁹³

Deve ficar evidenciado que a determinação do objeto do contrato não pode ficar ao talante de apenas um dos contratantes.

A determinação do objeto guarda relação estreita com a utilização da devida linguagem contratual. Se o objeto for devidamente identificado, de forma a que as partes não tenham dúvidas substanciais, a execução do contrato e o cumprimento das obrigações podem ocorrer de forma ordinária, sem

⁹² *Código Civil comentado*: parte geral (arts. 1º ao 232). v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 283.

⁹³ No direito italiano, é expresso no art. 154 que a determinação do objeto não pode ficar ao arbítrio de uma das partes.

interferências importantes relativas a dúvidas de interpretação, sem ocorrer alteração do comportamento das partes em relação às expectativas envolvidas.

A insuficiência dos elementos de identificação importam na indeterminação do conteúdo do contrato. Determinação e identificação são conceitos distintos. Identificar é apontar qual bem é especificadamente devido na prestação, concorre a determinar a prestação e o conteúdo do contrato, sendo um dos elementos de tal determinação. Determinação, por sua vez, é qual prestação espera a parte.⁹⁴

A identificação de determinados bens é mais simples, ou menos complexa que outras. Quando se trata de um bem imóvel, a sua identificação se dá pelos limites e delimitações das propriedades alheias, pela caracterização e descrição do imóvel, atendendo as regras notariais e do sistema registrário.

Todavia, em tantas outras situações, a identificação do bem não é tão simples, requer que se lance mão de descritivos técnicos, desenhos, ou seja, de uma linguagem específica que permita a determinação do bem.

Em situações de relação contratual que envolve tipos contratuais específicos, a determinação do objeto requer uma harmonia com a tipificação do contrato e a determinação de seu objeto.

Ou ainda, quando uma mesma relação contratual tiver como objeto mais de um tipo contratual, como o licenciamento de um programa de computadores e a manutenção do mesmo, o objeto do contrato abará todas essas obrigações, então todas essas situações deverão estar indicadas. Assim, numa

⁹⁴ Conforme BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile – Il Contratto*. Milano: Giuffré, 1987, p. 325.

mesma relação contratual pode haver tipos contratuais diferentes, e a determinação de todas as prestações contratadas é extremamente importante.

Em determinadas situações contratuais, no caso concreto, percebe-se uma linguagem muito concisa para identificar um objeto, que não reflete a totalidade do consenso das partes, deixando hiatos que terão de ser preenchidos ao longo da relação contratual.

Retomam-se assim alguns conceitos tratados no início desse trabalho, como os conceitos de ambigüidade e vaguidade, que acarretam incertezas à relação contratual estabelecida.

Assim, na determinação do objeto, a linguagem a ser utilizada não deve incorrer em tais imprecisões, pois, se assim for, no decorrer da relação contratual poderá ocorrer uma série de dúvidas acerca do que foi efetivamente o objeto do contrato.

Pode ainda ocorrer uma determinação indireta do objeto, que dependa de fatores externos ao contrato, como a um outro contrato, a um documento, a uma lei, um protótipo. Esse fator externo deve ser conhecido das partes e passa a integrar o conteúdo do contrato.

Também é possível que a determinação fique a critério de um árbitro. Ou seja, o objeto é determinável, e a sua determinação se dará por um terceiro, escolhido em consenso pelas partes. Nesse caso, as partes, já tendo noção que não têm aptidão para indicar o objeto, e que se o fizessem poderiam incorrer em imprecisões, indicam um terceiro. Previnem-se, dessa forma, de incorrer na ambigüidade e/ou na vagueza.

Portanto, se o objeto não estiver plenamente determinado no contrato, terá de ter elementos para que ele seja determinado ao longo da relação

contratual, para que a parte que se obrigou a cumpri-lo possa fazê-lo e desonerar-se de tal obrigação. Todavia, a forma como essa determinação ocorrerá terá de ser prevista também, se por um fator externo, por um árbitro, por escolha entre opções.

Se ocorrer uma determinação do objeto de maneira falha, manca, sem completude, tal circunstância pode vir a macular a relação contratual.

Nos itens seguintes deste trabalho, quando se tratar da diferenciação do objeto do contrato com o objeto da obrigação e com o objeto da prestação, se verificará que se, no contrato houver uma identificação do bem, de forma a se identificar as obrigações decorrentes e as prestações (dar, fazer, não fazer, dar e fazer, fazer e dar, não fazer e dar, dar e não fazer), se vislumbrará quanto que uma falha na identificação do bem pode comprometer o regular desenvolvimento da relação contratual.

3.3.4 Nulidade do negócio jurídico em razão do objeto

O artigo 166 do Código Civil prescreve, no inciso II, que é nulo o negócio jurídico quando seu objeto for ilícito, impossível ou indeterminável.

Segundo Massimo Bianca⁹⁵, a nulidade é a sanção legal para os atos praticados sem os necessários requisitos, do que resulta a inidoneidade do ato para a produção dos efeitos que lhe são próprios. Sendo o negócio jurídico o instrumento legal da criação das relações jurídicas, do processo de circulação de bens e serviços, é função do ordenamento jurídico garantir essas transformações jurídicas produzidas pela vontade particular. A nulidade surge como sanção para o negócio jurídico em que a vontade aparece comprometida ou se realize em contraste com o esquema legal.

⁹⁵ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile: Il contratto*. Milano: Giuffré, 1987, p. 290.

Enzo Roppo⁹⁶, por sua vez, assinala que o contrato é nulo quando a operação jurídico-econômica que deveria corresponder-lhe ou não pode realizar-se, ou, podendo embora realizar-se, é reprovada pelo ordenamento jurídico.

Esta última hipótese ocorre, evidentemente, no caso em que o contrato seja contrário a normas imperativas, à ordem pública ou aos bons costumes.

3.4 Objeto e conteúdo – programa contratual

Conforme advertido alhures, na introdução e nos capítulos e itens antecedentes, o presente trabalho analisa os contratos bilaterais, comutativos e paritários. Dessa forma, não se cuidará de analisar os contratos de adesão, as cláusulas contratuais gerais, a massificação. Quando se trata de conteúdo, tal alerta se faz necessário, pois, se se tratasse também dos outros tipos contratuais, outros muitos itens deveriam ser analisados.

Se objeto e causa não se confundem, objeto e conteúdo fundem-se.

Objeto do contrato é o conjunto de todos os processos que se formam do consenso. É a complexidade da relação como um processo, constituído de obrigações, prestações, deveres e direitos, ônus e sujeições, que as partes se autodeterminam ou aderem (quando se tratar de normas de ordem pública), intercalando-se ora como credoras e ora como devedoras para cumprimento das prestações⁹⁷ devidas.

⁹⁶ *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januario C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 431 et seq.

⁹⁷ Tendo em vista que está se tratando de contratos comutativos, sinalagmáticos e paritários.

Antonio Junqueira de Azevedo⁹⁸ afirma que por objeto do negócio jurídico deve se entender todo seu conteúdo. Continua afirmando que

O objeto do negócio, abrangendo todo seu conteúdo, encerra em si aqueles elementos que, na ordem decrescente da abstração, colocam-se abaixo dos elementos gerais de negócio jurídico, ou seja: a) em primeiro lugar, os elementos categoriais inderrogáveis, desde que da espécie a que poderíamos chamar objetiva ou causal (o acordo sobre o preço e a coisa, numa compra e venda, por exemplo, faz parte do objeto do negócio); b) em segundo lugar, todos os elementos categoriais derogáveis, que, de resto, vão constituir o conteúdo implícito do negócio e que, por isso mesmo, muitas vezes são chamados erroneamente de “cláusulas” implícitas; e c) finalmente, em terceiro lugar, todos os elementos particulares, isto é, as diversas cláusulas (condições, termos) expressamente incluídas no negócio.

O mesmo autor assevera que no conteúdo do objeto do negócio há um conteúdo expresso (o que se tem por referência completa), conteúdo implícito (elementos categoriais derogáveis que o ordenamento jurídico inclui no negócio e dos quais, normalmente, as partes nem sequer tiveram consciência) e conteúdo incompletamente expresso (o que nele se contém por referência incompleta, por exemplo, os direitos e obrigações que são decorrência inexorável do próprio tipo de negócio escolhido, as qualidades essenciais da coisa ainda que não descritas, as qualidades essenciais das partes do negócio *intuitu personae*, etc.).⁹⁹

Também é possível distinguir no objeto o objeto imediato ou jurídico e objeto mediato ou material.

O objeto imediato é o efeito jurídico esperado, que traduz o comportamento esperado pelas partes, o conteúdo. Seu sentido mediato

⁹⁸ *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 134.

⁹⁹ *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 137.

remete à materialidade, ao bem sobre o qual recaem os poderes do agente do negócio jurídico.¹⁰⁰

Nessa mesma linha de pensamento, Silvio de Salvo Venosa¹⁰¹ preleciona que no sentido de objeto imediato ou conteúdo, se está no campo de “constituição, modificação ou extinção” de relações jurídicas e no sentido do objeto mediato o objeto propriamente dito, tem-se a própria coisa ou o próprio interesse sobre os quais recai o negócio. Para o autor, a expressão *objeto do negócio jurídico* deve englobar tanto um sentido como outro, quer se examine sob o prisma da idoneidade, em conteúdo amplo, quer estritamente sob o prisma da licitude.

Entende-se que o objeto do contrato é tanto o mediato (finalidade) como o imediato (conteúdo). Dessa forma, sempre que se tratar de objeto do contrato estará se reportando a essas duas possibilidades (conteúdo e finalidade). Quando se tratar de uma ou de outra apenas, far-se-á tal distinção.

Ao se falar em conteúdo, é importante consignar que não se trata de mera soma de obrigações, mas de um conjunto complexo e dinâmico.

Tal conjunto de obrigações, prestações, deveres e direitos, por ser complexo e dinâmico são idealizados de forma estanque no momento do consenso.

As partes, ao consentirem e formarem a relação contratual, o fazem sobre um determinado programa, que, no momento da formação do contrato, foi idealizado. Em virtude da complexidade e dinamismo a concretização do

¹⁰⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro. Renovar, 2004, p. 216.

¹⁰¹ *Direito civil: teoria geral: introdução ao direito romano*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 273.

pactuado pode gerar vicissitudes no objeto (que serão tratadas em tópico específico).

Em sentido formal, o conteúdo indica o texto do contrato, ou seja, o conjunto de declarações que ingressam no acordo contratual. Do texto contratual fazem parte as declarações dispositivas e declarações de outras naturezas (motivação pessoal, expressões de sentimento, confissões, etc.).¹⁰²

Em particular, fazem parte do conteúdo formal as premissas e a narrativa em fato mediante os quais os contratantes apresentam os antecedentes do contrato. Tais enunciados não possuem natureza dispositiva, mas ajudam a interpretação do conteúdo substancial do contrato. Nesse contexto, o conteúdo formal pode, parcialmente, vir a se confundir com o motivo.

O conteúdo, em sentido substancial, é o conjunto de disposições contratuais, ou seja, conjunto de disposições pelas quais os contratantes determinam a relação contratual, indicando precisamente o que as partes querem e estabelecem. O conteúdo concretiza em definitivo o ato de autonomia privada, estabelecendo o chamado auto-regulamento das partes (*lex contractus*)¹⁰³

O conteúdo pode ser, dentro do âmbito da autonomia privada, livremente estabelecido pelas partes.

O Código Civil italiano estabelece no art. 1322¹⁰⁴ que

as partes podem, livremente, determinar o conteúdo dos contratos nos limites impostos pela lei. Podem também celebrar contratos que não pertencem aos tipos que tenham

¹⁰² BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile: Il contratto*. Milano: Giuffré, 1987, p. 311.

¹⁰³ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile: Il contratto*. Milano: Giuffré, 1987, p. 312.

¹⁰⁴ Tradução livre de Darcy Bessone. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 113.

uma regulamentação particular, desde que visem realizar interesses merecedores de tutela, de acordo com a ordem jurídica.

No sistema pátrio também existe essa ampla liberdade para as partes estabelecerem o programa contratual.

Também faz parte do conteúdo e, portanto, integra o objeto do contrato tudo o que se inclui no negócio, mesmo que por remissão, o que se denomina *negocio per relationem*, que são aqueles nos quais uma parte do seu conteúdo ou já consta de outros atos ou negócio, havendo no *negocio per relationem* somente uma remissão que a integra ao seu conteúdo sem repeti-la, ou que será determinada posteriormente por outros atos ou negócios a serem realizados.¹⁰⁵

Nesse sentido, podem-se perceber dois tipos¹⁰⁶ de negócios *per relationem*: os formais, nos quais o conteúdo se remete a outro texto, e que apenas não se repete por economia, e os substanciais, nos quais o conteúdo é parcialmente deixado em branco, para posterior fixação em razão de outro negócio, e aqui faz-se direta ligação com a determinabilidade do objeto (objeto determinável), devidamente previsto em nosso ordenamento.

O conteúdo do contrato indicará com que tipo contratual está se lidando. Como indicado no item destinado à classificação dos contratos, os contratos podem ser típicos ou atípicos em razão de existir ou não prévia estipulação legal. Mas o princípio da liberdade contratual que permite às partes disporem livremente de suas vontades no âmbito da autonomia privada, permite que o conteúdo do contrato seja livremente pactuado.

¹⁰⁵ JUNQUEIRA, Antonio Azevedo. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 137.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 137.

3.5 Objeto e objetivo (finalidade)

O negócio jurídico requer uma finalidade; isso o distingue dos demais atos jurídicos. A vontade é qualificada para atender um determinado objetivo.

Nesse sentido, o objeto do contrato somente existe porque existe uma finalidade, porque se pretende que o objeto seja cumprido.

No momento em que as partes, pelo consenso, estabelecem um programa contratual, elas projetam o que pretendem, qual efeito querem alcançar com o cumprimento do contrato. O meio para alcançar esse efeito é o cumprimento do plexo de deveres e obrigações contidos no objeto.

Como assinalado, ao se tratar do conteúdo, o objeto do contrato pode se dividir em objeto imediato e objeto mediato. A finalidade é o objeto mediato, é o bem da vida perseguido pelo programa contratual, é o resultado pretendido, a finalidade que se quer atingir por meio do programa contratual.

O cumprimento desse do programa contratual (objeto/conteúdo) é o meio para se alcançar o objetivo final (objeto/finalidade).

No contrato de compra e venda, por exemplo, o que se quer é transmitir a posse e a propriedade de um bem pertencente a um dos contratantes a outro, mediante pagamento, tanto que os elementos específicos do objeto do contrato de compra e venda são a coisa e o preço. A finalidade é a transferência da posse e da propriedade, que ocorre com a venda e compra.

Teresa Negreiros¹⁰⁷ assevera que

É sabido que as relações jurídicas se estabelecem com vista a atingir um fim: satisfazer um interesse juridicamente relevante. É para isso que se entra no comércio jurídico. A satisfação

¹⁰⁷ *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 454.

deste interesse faz-se mediante a atribuição de direitos e deveres (em sentido amplo) aos sujeitos da relação. É este interesse juridicamente protegido que constitui objeto da relação jurídica. Neste sentido genérico, toda relação jurídica tem por objeto um direito. Todavia, e seguindo de novo Cabral de Mocado, é preferível abandonar-se este conceito tão abstrato em troca de outro que seja "... mais modesto, mas materializável e acessível de objeto do direito." Este novo conceito também apresenta duas concepções: a) objeto mediato, que é o fim tido em vista pelo sujeito e pela ordem jurídica, em função do qual é atribuído ao sujeito um direito; e b) objeto imediato, que é tudo aquilo – coisas, prestações, atividades, serviços, massas de bens – sobre que incide o direito ou poder do sujeito.

Portanto, o objetivo, a finalidade é uma das faces do objeto do contrato.

3.6 Objeto e consenso

Com o consenso há a criação de uma norma, que nascendo já não mais pertence às partes que passam a se obrigar sobre o que convergiram. Os criadores se curvam à criatura.

Como bem lembra Renan Lotufo¹⁰⁸ “não basta que haja vontade, é preciso que o sujeito de direito torne sua vontade cognoscível objetivamente, melhor, que seja conhecida pelos destinatários para que possa produzir efeitos”.

Portanto, a externalização da vontade requer o uso de uma linguagem, conforme consignado alhures.

Como negócio jurídico bilateral que importa em duas ou mais partes, é necessário que essas estejam aptas a proferir seu consentimento no intuito de contratar.

¹⁰⁸ *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º ao 232). v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 283.

A formação de todo contrato se baseia no consenso. Conforme mencionado, o consenso é um dos elementos intrínsecos constitutivos do contrato, revelador do acordo de vontades exprimindo a formação do negócio jurídico bilateral.

De acordo com o princípio do consensualismo, basta o simples acordo de vontades – consenso – para formar o contrato. De fato, a convergência volitiva é suficiente para criar um contrato válido, uma vez que, em regra, não se exige forma especial para sua constituição, e, mesmo que exista essa forma especial, não exclui o consenso, antes o prestigia, dando-lhe formatos ou solenidades especiais. Entretanto, como regra geral, o simples consentimento é suficiente para validar e tornar perfeito o vínculo contratual.

Segundo Darcy Bessone¹⁰⁹, “a manifestação da vontade não depende de formalidades extrínsecas, podendo verificar-se por qualquer meio apto a revelá-la”.

Para Massimo Bianca¹¹⁰, o acordo pode ser definido como o recíproco consenso das partes em comando o programa contratual, ou seja, em ordem a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica patrimonial.

Segundo o referido autor, o acordo integra a *fattispecie* contratual, pois é fato no qual se identifica o contrato. Assim, o contrato é concluído quando se aperfeiçoa o acordo entre as partes. O acordo é um fenômeno da vida social disciplinado pelo direito. A constatação da conclusão do contrato ocorre quando há a constatação de um fato e a sua correspondência à regra que se condiciona à relevância jurídica.

¹⁰⁹ *Do contrato*. teoria geral. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 1997, p. 117.

¹¹⁰ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile: Il contratto*. Milano: Giuffré, 1987, p. 159 et seq.

Para Enzo Roppo¹¹¹, o contrato é por regra um negócio bilateral, sendo necessário, em regra, que existam pelo menos duas partes e que cada uma delas exprima sua vontade de sujeitar-se àquele determinado regulamento das recíprocas relações patrimoniais, que resulta do conjunto de cláusulas contratuais. É necessário, em concreto, que uma parte proponha aquele determinado regulamento e a outra parte aceite. O contrato se forma precisamente quando essa proposta e aceitação se encontram, dando lugar àquilo que se conhece por consenso contratual.

Sintetizando o posicionamento até então explanado sobre o consenso na formação dos contratos, não é mister que os contratantes façam uma declaração formal, por meio da palavra escrita ou falada, pois é suficiente, como já argumentado, que se possa traduzir o seu querer por uma atitude inequívoca, evidente e certa, de modo expreso, quando os contraentes se utilizam de qualquer veículo para exteriorizar sua vontade seja verbalmente, usando palavra falada, em qualquer suporte físico, inclusive o eletrônico, seja por mímica.

A declaração de vontade é uma manifestação consciente de vontade, emitida por um sujeito de direito, que a declara perante um destinatário certo, ou perante uma coletividade presente, ou, ainda, perante destinatário certo ou coletividade ausentes, mas alcançáveis por meio desta, com a qual se objetiva atingir determinado efeito jurídico.¹¹²

¹¹¹ *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januario C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 67 et seq.

¹¹² LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º ao 232). v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 289.

Para ser válida, a declaração de vontade do contratante deve ser direcionada ao conteúdo real do contrato, atenta ao fim que o direciona a realizar o negócio. Já que a mera vontade não manifestada é apenas um desejo na mente do homem, sendo, dessa forma, incapaz de gerar efeitos no mundo jurídico.

O direito pátrio previu no art. 107 do Código Civil que a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Importa, ao tratar de declaração, distingui-la do negócio jurídico, na esteira dos ensinamentos de Paulo Mota Pinto¹¹³, que argumenta que

a distinção entre negócio jurídico e a declaração negocial reflete-se praticamente na necessidade, para a formação do negócio jurídico, de outros atos além das declarações de vontade, necessidade essa que é posta em relevo quando se define o primeiro como fato jurídico voluntário “cujo elemento essencial” é integrado por uma ou mais declarações.

Continua o autor sua explanação aduzindo que

A declaração pode ser definida a partir de diversos pontos de vista, nomeadamente tendo em conta o fim prosseguido pelo seu autor, o evento realizado pelo acto, ou o modo de acção.

Ainda nessa discussão, Renan Lotufo articula que

ao analisar a declaração de vontade fá-lo primeiro do ponto de vista da vontade, para depois distinguir a vontade da declaração. A vis cognoscitiva: nihil volitum nisi praecognitum (força do conhecimento: nenhuma vontade sem prévio conhecimento), e a vis appetitiva (força do apetite): desejo¹¹⁴.

¹¹³ Declaração tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 447.

¹¹⁴ LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*: parte geral (arts. 1º ao 232). v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 290.

O autor arremata a discussão, ao afirmar que, “do exame dos confrontos doutrinários e da análise da estrutura do negócio jurídico pode-se chegar a admitir a declaração como preceito.”

Massimo Bianca¹¹⁵ afirma que o contrato é validamente estipulado mediante acordo expresso ou mediante acordo tácito. Nos casos em que a lei exige a forma expressa, é controverso se é possível admitir uma manifestação tácita de vontade. Em geral, a declaração se aperfeiçoa com a emissão e externada por meio objetivamente perceptível. Ressalta ainda que, conforme a indicação da doutrina alemã, a declaração de vontade caracteriza especificamente o elemento da intencionalidade do ato como declaração em confronto com o destinatário

Analisando o meio empregado para emanção das declarações de vontade, a doutrina as distingue em verbais, escritas e simbólicas.

As declarações verbais são aquelas que decorrem da palavra falada e recepcionada pela parte para a qual se destina. Importante ressaltar que a distância entre as partes e o meio utilizado para a transmissão da palavra são completamente irrelevantes, bastando que, pronunciada, a palavra seja ouvida pelo destinatário.

Orlando Gomes¹¹⁶ considera uma declaração como escrita quando a palavra é expressa de

forma manuscrita, datilografada ou impressa, salientando que, para que a vontade declarada por escrito seja tida como autêntica, é necessária a assinatura do declarante, assinatura esta que pode ser autógrafa ou hológrafa, permitindo, em alguns casos, sua substituição pela impressão digital do declarante.

¹¹⁵ *Diritto Civile – Il Contratto*. Milano: Giuffré, 1987, p. 213.

¹¹⁶ *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 50.

Quando a declaração for emanada por gestos ou sinais, como a mímica ou o sinal feito por um licitante em um leilão, ela será tida como simbólica.

Dependendo do momento de manifestação de cada uma dessas declarações, elas receberão uma denominação própria e estarão submetidas a regras específicas direcionadas à formação do vínculo contratual.

Paulo Mota Pinto¹¹⁷, ao discorrer acerca dos elementos para a delimitação da declaração negocial, quando trata do problema jurídico (e não psicológico, sociológico, filosófico ou lingüístico), afirma que

A noção de declaração negocial deve ser determinada a partir da sua relevância prático-normativa. Não parecem juridicamente convincentes, portanto, as tentativas de formular pelo recurso directo aos resultados obtidos por uma ciência auxiliar, isto é, considerando decisivas as conclusões sobre o que, psicologicamente é uma declaração de vontade, relativas ao que, numa perspectiva sociológica, pode ser considerada como uma vinculação declarativa, ou, ainda, por uma análise filosófico-lingüística do acto produtor de efeitos jurídico-negociais. Como já Julius Binder salientou, o problema da declaração de vontade não é filosófico ou psicológico (e também não, diríamos, sociológico ou analítico-lingüístico), mas antes “exclusivamente uma questão da ciência do direito positivo.

[...]

Em face dessa dificuldade de princípio, que assenta na autonomia da declaração jurídico negocial e da sua dogmática (em última análise, na própria autonomia valorativa do Direito), as mais pertinentes considerações sociológicas, filosóficas, semióticas, lingüísticas ou de outro tipo, podem perder parte significativa de seu peso. E, mais precisamente, podem não ser suficientes para fundar uma teoria da declaração negocial (isto, já para não falar do referido desvio psicológico, cuja crítica está feita). O problema da declaração de vontade e do negócio jurídico é, como se disse, jurídico-normativo, e não pura e simplesmente teórico. Não está em causa uma pretensão de conhecimento (de verdade) teórico, mas de validade prática (de justiça, num sentido amplo) da respectiva regulamentação. Não podem assim ser aceites tentativas de resolver as questões jurídicas fundamentais, como a da atendibilidade da vontade ou de elementos objectivos, através do recurso directo a perspectivas de outras ciências. Os dados de disciplinas auxiliares são importantes – eventualmente mesmo

¹¹⁷ *Declaração tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*. Coimbra, Almedina, 1995, p. 162 et seq.

indispensáveis – para aferir a adequação da regulamentação ao seu “domínio normativo”, condicionando esta “lógica das coisas”, em certa medida, o espaço de liberdade do legislador.

[...]

Os contributos que se procurem obter noutras ciências carecem, portanto, de uma tradução ao nível jurídico-normativo e dogmático, através do correspondente trabalho doutrinal (pois que é essa uma das suas tarefas específicas), mostrando como a regulamentação respectiva se pode adequar a esses dados.

Sem dúvida, o autor português coloca a grande questão a ser enfrentada, baseado, sobretudo, no ordenamento jurídico português e em consonância com o objeto central de sua obra, que é a declaração tácita e o comportamento concludente no negócio jurídico.

Entretanto, essa questão extrapola os limites físicos do ordenamento português, pois o comportamento expressivo, concludente, em qualquer situação, sempre importará numa interpretação de atos, sendo ainda necessário transformá-lo ou transportar de uma linguagem simbólica para um linguagem verbalizada, declarativa, apta e hábil para formar o programa contratual.

Conforme exposto, o modo mais comum de manifestação exterior da vontade é a linguagem escrita ou falada. Na maioria dos casos os contratos são concluídos dessa maneira. Entretanto, pode ocorrer que um contrato se conclua onde a vontade se manifeste por sinais diferentes da linguagem escrita ou falada.

Enzo Roppo¹¹⁸ relata que, em algumas regiões camponesas italianas, a venda de gado só se efetiva quando as partes apertam as mãos de uma maneira determinada. Um aceno de cabeça pode significar também um

¹¹⁸ *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januario C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 92-98.

pronunciamento “sim”. Nesses casos, a vontade de contratar é expressa, uma vez que o sinal é intencionalmente utilizado, é imediatamente dirigido a comunicar à outra parte aquele determinado sentido volitivo.

Aduz ainda o mesmo autor que há outros casos em que a vontade de concluir um contrato não é comunicada mediante uma declaração, mas resulta de outros comportamentos do sujeito. Fala-se em manifestação tácita de vontade.

Luiz Edson Fachin, ao escrever o artigo *Aggiornamento do direito civil brasileiro a confiança negocial*¹¹⁹, em item específico a discutir sobre vontade de concludência: valor jurídico do comportamento, assim dispõe:

Assentado que a expressão do consentimento não exige necessariamente, forma, a concludência de um comportamento permite deduzir certo sentido ou conteúdo negocial, sendo legítimo falar-se em negócio jurídico por comportamento concludente. Desse modo, conforme Carlos Alberto da MOTA PINTO, “a inequívocidade dos factos concludentes não exige que a dedução, no sentido do auto-regulamento tacitamente expresso, seja forçosa ou necessária, bastando que, conforme os usos do ambiente social, ela possa ter lugar com toda a probabilidade”.

A regra é essa: na falta de imposição, essa “liberdade de eleição formal” aí se apresenta. [...]. Não é mister que o contraente faça declaração formal, por meio da palavra escrita ou falada, pois será suficiente que se possa traduzir o seu querer por uma atitude inequívoca e indubitosa (RT, 160:140; RF 106:305). [...]

Na presença de negócio jurídico por comportamento concludente trata-se daqueles “casos em que a vontade de concluir um contrato não é comunicada mediante uma declaração de tal gênero, mas resulta de outros comportamentos do sujeito: fala-se, a este propósito, numa manifestação tácita de vontade” (ROPPO, 1998, p.94). É inegável, no entanto, que os fatos concludentes não se confundem com a declaração inferida, como acentua muito bem o professor Paulo da MOTA PINTO, evitando-se aí “uma confusão entre a base para a inferência de um significado e o resultado.

¹¹⁹ Disponível em: <<http://www.uel.br/cesadireito/publicacoes/publicacoes/publuizf.html>>. Acesso em: 11 jul. 2006.

O Código Civil brasileiro¹²⁰, ao imprimir a regra geral da liberdade das formas permitiu também a declaração tácita e o comportamento expressivo ou concludente como formas de exteriorização da vontade que gera o consenso, pois são aptas a alcançarem a esfera do destinatário, apesar de ter suprimido o disposto no art. 1079 do Código Civil de 1916, que pregava a hipótese de aceitação tácita, nos casos em que a lei não exigisse que fosse expressa.

Conclui-se, portanto, com Paulo Mota Pinto¹²¹, que, na realidade, é certo que uma declaração “tácita”, realizada por comportamentos concludentes, pode igualmente chegar à esfera do destinatário, bastando para isso que se tornem conhecidos ou sejam recebidos os fatos concludentes.

Cumprê ressaltar que o silêncio não pode ser confundido com a manifestação tácita ou implícita, ou ainda com o comportamento concludente. Isto porque o silêncio corresponde à abstenção completa, tanto de palavras como de atos ou fatos.

Porém, ao se caracterizar o denominado silêncio circunstanciado ou qualificado, pode ser admitido como manifestação de vontade, devendo o consentimento ser inferido do comportamento omissivo da parte. O que se obtém, assim, é uma presunção de vontade.

¹²⁰ O Código Civil português, no artigo 217º positivou a diferença entre a declaração expressa e a tácita da seguinte forma:

(Declaração expressa e declaração tácita)

1. A declaração comercial pode ser expressa ou tácita: é expressa, quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação da vontade, e tácita, quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam.

2. O carácter formal da declaração não impede que ela seja emitida tacitamente, desde que a forma tenha sido observada quanto aos factos de que a declaração se deduz.

¹²¹ *Declaração tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*. Coimbra, Almedina, 1995, p. 737.

Conforme dispõe o artigo 111 do Código Civil, “o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.”

Conforme Massimo Bianca¹²², o silêncio, por si só, não exprime nenhum consenso e não impõe um ônus ou dever ao sujeito. A intenção negocial só deve ser considerada, como dito, se aliada ao complexo e circunstancial comportamento do sujeito, vinda a exprimir o significado do consenso e decorrente de expressa previsão pela parte ou pela lei, concluindo que o silêncio pode ter relevância por uma expressa previsão das partes ou da lei.

Portanto, seja a vontade manifestada de forma expressa ou tácita, mediante o silêncio qualificado ou ainda mediante o comportamento concludente, ela deve expressar o consenso das partes acerca do objeto do contrato, pois somente dessa forma há a formação do contrato.

Sem consenso não há contrato, portanto não há objeto.

3.7 Objeto e causa

O cotejo entre objeto e causa do objeto do contrato traz à baila toda a discussão acerca da causa no contrato. Dessa forma, a abordagem de tal tema, mesmo que controvertido, expõe ainda mais o tema do objeto do contrato.

Contudo, impõe anotar que o tratamento que se dará à análise da causa do contrato será como mais um argumento para cuidar do objeto do contrato, visto que este é o tema central do presente trabalho.

¹²² BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile: Il Contratto*. Milão: Giuffré, 1987, p. 214.

Darcy Bessone¹²³ ensina que

alguns dos ordenamentos jurídicos, especialmente o francês e o italiano, mencionam a causa como elemento do contrato. Outros, como o alemão, o suíço, o português e o brasileiro a omitem, ou referindo-a não reconhecem o caráter que lhe atribuem os Códigos da França e Itália. A imprecisão do conceito de causa é um problema doutrinário dos mais tormentosos e controvertidos, repercute na questão de saber se, em face da distinção entre pressupostos e os elementos do contrato, se causa é pressuposto ou elemento do contrato ou ainda se deve excluir-se de qualquer das duas categorias.

Anne-Sophie Lucas-Puget¹²⁴, fundamentada no sistema francês, assinala que tanto o objeto como a causa são enunciados que propõem o compromisso que as partes se obrigam.

Importante anotar que em França as condições de validade do contrato, conforme artigo 1804 do Código Civil, são: o consentimento da parte que se obriga, um objeto certo que forma a materialidade da promessa, uma causa lícita da obrigação.

Massimo Bianca¹²⁵, tratando do sistema italiano, assinala que a causa distingue-se do objeto do contrato. O objeto indica o programa, o conteúdo do acordo das partes, enquanto a causa indica o interesse que tal programa procura a satisfazer. O referimento à causa impõe a compreensão do ato de autonomia privada na sua realidade de instrumento de finalidade prática e o valoriza juridicamente em conta de tal realidade.

Para o referido autor, e considerando o sistema jurídico italiano, a causa constitui fundamento de relevância jurídica do contrato. Para que o contrato seja reconhecido ou tenha relevância jurídica, não basta a existência de um

¹²³ *Do Contrato*. Teoria Geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 98.

¹²⁴ *Essai sur la notion d'objet du contrat*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005, p. 3.

¹²⁵ *Diritto Civile: Il contratto*. Milano: Giuffrè, 1987, p. 420.

acordo, deve haver um interesse apreciável. E por isso a causa é um elemento essencial ao contrato. A causa viabiliza a interpretação do contrato (o significado do acordo). A causa assume um critério de qualificação do contrato, pois, com base no interesse concretamente perseguido pelas partes, é possível enquadrar o contrato no âmbito do esquema tipificado em lei. A causa, por fim, assume o critério de adequação do contrato. Trata-se da ocorrência de eventos supervenientes que incidem no desenvolvimento do negócio jurídico contratual (impossibilidade, agravo das prestações, inadimplemento, etc.); a solução apropriada, nesse caso, depende do interesse complexamente perseguido pelas partes, ou seja, da economia do negócio.

É possível identificar, dentro da causa, a causa eficiente como sendo o fato jurídico, tudo aquilo que produz efeito no mundo jurídico; a causa impulsiva, que são os motivos ocasionais e ocultos que levam à prática de um ato e a causa final que é a razão determinante do negócio que não é um fim em si mesmo, mas visa a um fim.

A causa pode ser entendida ainda como uma adequação da expectativa – daquilo que se pretende, como o que efetivamente é possível efetuar por meio do contrato. No nosso sistema jurídico brasileiro, como não há a sua inclusão como requisito de validade do negócio jurídico, ela terá maior relevância quando estiver expressa no contrato, ou quando for razão determinante.

Darcy Bessone¹²⁶ entende também que, no concernente à causa do contrato, o julgador não pode penetrar os motivos ligados à utilidade individual, subjetiva ou intrínseca do ato, matéria confiada apenas à discricção do

¹²⁶ *Do Contrato. Teoria Geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 99.

contratante, mas pode verificar se a finalidade em vista conforma-se com a utilidade social que lhe é extrínseca ou, precisando mais, com a ordem pública e os bons costumes.

Anne-Sophie Lucas Puget¹²⁷, ao cuidar se o objeto está a serviço da causa (dentro do âmbito do sistema francês) e se mantém uma relação de subordinação com a causa, entende que o objeto escolhido, deliberado pelas partes, é a antecipação global e imediata do que se produzirá no contrato. A causa permite ir mais longe e verificar se o resultado está apto a satisfazer as razões que os motivaram.

Silvio de Salvo Venosa¹²⁸, por sua vez, entende que “a causa é aquele motivo que tem relevância jurídica. Confunde-se com o objeto do negócio. Não podemos elevar qualquer motivo como elemento essencial do negócio jurídico, e, conseqüentemente do contrato.”¹²⁹

Ao tratar da causa, importante lembrar que, apesar de ela não estar no rol dos requisitos de validade do negócio jurídico, em nosso ordenamento, existem algumas disposições que tratam do motivo; dentre elas cumpre destacar o artigo 140 do Código Civil, que expressa que “O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante.”

Nesse caso específico elencado no artigo 140, o motivo será efetivamente considerado como relevante. Nessa hipótese, ele perde sua

¹²⁷ *Essai sur la notion d'objet du contrat*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005, p. 181.

¹²⁸ *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 426.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 426.

natureza subjetiva, incorporando-se ao próprio conteúdo do negócio, de tal modo que a sua falsidade contamina o acordo de vontades a ele vinculado.¹³⁰

Renan Lotufo¹³¹ assevera, ao comentar o referido artigo, que o Direito não tem o escopo de investigar o aspecto psicológico das pessoas; tão-somente quando este transparece e passa a fazer parte integrante do negócio é que dever-se-á considerá-lo para dar eficácia ao mesmo.

Antonio Junqueira de Azevedo¹³² dispõe que,

Quando a motivação é obrigatória, sua razão de ser é dupla: obriga o declarante a se conscientizar da adequação de sua declaração às exigências do preceito, legal ou contratual, e facilita para os declaratórios, o controle dessa mesma adequação.

Por outro lado, muitas vezes, as partes, para melhor fixação do sentido das cláusulas contratuais, fazem preceder a parte dispositiva de um histórico. Esta parte do contrato, à semelhança do relatório e dos fundamentos da sentença, não faz coisa julgada; poderá porém ser utilizada amplamente como elemento de interpretação da parte preceptiva. [...] No nosso modo de ver, essas exposições introdutórias não se confundem propriamente com a motivação; com a ressalva de que venham eventualmente com a afirmação de constituírem motivos determinantes, elas são somente a demonstratio. Ora a falsa demonstratio non nocet (Institutas, 2, 20, 30), ao contrário da falsa causa do art. 90 do Código Civil¹³³. A demonstratio, como salienta Deiana, não dá o quia da declaração, mas serve para esclarecer; exemplifica: “Lego cem a Ticio, que salvou meu filho”, é frase diversa de “Lego cem a Ticio, porque salvou meu filho”. No primeiro há demonstratio, ajudando na identificação do legatário; no segundo, motivação.

O mesmo Autor, porém, em outra obra¹³⁴, giza que

não fazem parte do objeto, nem explícita (o que é óbvio), nem implicitamente, os motivos enquanto motivos, visto que esses são do agente e nele estão; para que os motivos façam parte

¹³⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro. Renovar, 2004, p. 274.

¹³¹ *Código Civil Comentado*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 389.

¹³² *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. Instituto Brasileiro de Direito Comercial, 1986, p. 22.

¹³³ Atual art. 140 do Código Civil de 2002, tendo em vista que a obra citada é de 1986.

¹³⁴ *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 137.

do objeto (e, portanto, do negócio) é preciso que sejam referidos no objeto como motivos determinantes (e, então, serão conteúdo expresso), como se percebe claramente no art. 90 do Código Civil (correspondente ao art. 140 do novo Código Civil).

Conclui-se, contudo, que, como regra geral, causa e objeto do contrato não se confundem. Nem poderiam. A causa revela os motivos que levaram às partes à celebração do contrato, mas não integra o conteúdo do contrato¹³⁵.

Todavia, se a causa for motivo determinante para a celebração do contrato, ela passa a integrar o conteúdo do contrato.

3.8 Objeto como critério de classificação dos contratos

3.8.1 Considerações preliminares

A classificação dos contratos, como ensina Venosa¹³⁶, é questão propedêutica e pré-requisito do exame de qualquer contrato. Classificar o contrato é uma premissa inicial para atingir sua natureza jurídica e, conseqüentemente, seus efeitos, assim como a classificação de todo e qualquer negócio jurídico tem essa finalidade.

A classificação dos contratos, conforme anunciado, tem sua utilidade para a operação jurídica. Todavia, não se pode reconhecer a classificação como dogma, ou como algo estanque, que não sofra a influência própria do dinamismo inerente das relações complexas que se formam a partir da auto-regulamentação, permitida pelo sistema jurídico, do uso da autonomia privada.

¹³⁵ A não ser quando é tida como causa determinante.

¹³⁶ *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 35.

A classificação tem, também, como função identificar questões relevantes, relacionar institutos.

Sob tal enfoque, a pretensão desse item é analisar como o objeto influencia na classificação dos contratos e a relevância dessa influência perante a complexidade da relação estabelecida.

Classificar significa categorizar, eleger critério e incluir em cada categoria os tipos que se adequaram em cada critério de seleção.

Assim, o sistema, pela linguagem da doutrina, elegeu critérios da classificação dos contratos, que serão aqui utilizados.

3.8.2 Contratos Bilaterais e Contratos Unilaterais

O primeiro critério é o que classifica os contratos segundo a carga de obrigação das partes. Sob tal critério, os contratos classificam-se em unilaterais e bilaterais¹³⁷.

Os denominados contratos unilaterais, em resumo, são aqueles nos quais as prestações ficam a cargo de uma das partes, como é a doação pura e simples. Os contratos unilaterais, apesar de requererem duas ou mais declarações volitivas, colocam um só dos contratantes na posição de devedor, ficando o outro como credor.

Os bilaterais, por sua vez são contratos com prestações recíprocas, são os contratos que, no momento de sua feitura, atribuem obrigações a ambas as partes ou para todas as partes intervenientes¹³⁸, tal qual a compra e venda.

¹³⁷ Importante salientar que tem também os denominados contratos plurilaterais, que são aqueles nos quais se encontram duas ou mais partes, dois ou mais centros de interesses, reunidos em busca de uma finalidade comum.

¹³⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 380.

Sua característica é o sinalagma que se traduz como a dependência recíproca de obrigações: contratos sinalagmáticos.

Antonio Junqueira de Azevedo¹³⁹ ensina que

Antes de mais nada, cumpre dizer que, na linguagem jurídica, as palavras “sinalagma” e “sinalagmático”, embora girando em torno de “troca” e “reciprocidade” oferecem alguma ambigüidade. Há sinalagma à grega, sinalagma à romana e sinalagma indireto. O art. 478 se contenta com o último significado.

“Sinalagma”, em grego, tem o significado de “contrato” e visa especialmente o que se poderia chamar de contrato de troca, mas com a equivalência ou proporcionalidade entre as prestações (v. Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, I, V, n. 5). Já no direito romano, bastava a reciprocidade, ainda que sem equivalência; são sinalagmáticos os contratos do *ut dês*, do *ut facias*, *facio ut des* e *facio ut facias*. No *Digesto* 50, 16, 19, Ulpiano explica o vocábulo latino *contractum*, dizendo que significa *ultra citroque obligationem*, as obrigações recíprocas, “que os gregos chamam de ‘sinalagma’ – usa o grego – *quod Graeci sinalagma vacant*, como a compra e venda, a locação, a sociedade” (V. também D.2, 14, 7,2 – Ulpiano IV ed *edictum* -, D.19.5, 5 e, na doutrina, excelente, Schulz, *Derecho romano clasico*, § 901).

A distinção entre contratos unilaterais e bilaterais acarreta aos bilaterais, que envolvem prestações recíprocas, os efeitos jurídicos da exceção de contrato não cumprido, previsto expressamente em no ordenamento jurídico pátrio no artigo 476: “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.”

A distinção entre contrato unilateral e bilateral há de ser vista pela ótica de seu objeto.

¹³⁹ *Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio*. Classificação dos Atos Jurídicos Quanto ao Número de Partes e Quanto aos Efeitos. Os Contratos Relacionais. Contratos de Duração. Alteração das Circunstâncias e Onerosidade Excessiva. Sinalagma e Resolução Contratual. Resolução Parcial do Contrato. Função Social do Contrato. *Revista dos Tribunais*. n. 832. fev. 2005, 94º Ano, p. 129.

Se o objeto do contrato é o complexo de todos os direitos, deveres, obrigações advindas do programa contratual, o jogo das obrigações recíprocas impõe que o conteúdo implícito e explícito do contrato seja devidamente cumprido.

Todavia, o objeto do contrato, pode acarretar dúvidas no momento de sua execução, como será tratado no item acerca das vicissitudes do objeto. Por ora, basta verificar que o objeto deve ser plenamente cumprido, todas as obrigações com as prestações e contraprestações devidas, sob pena, em ocorrendo descumprimento, da outra parte que adimpliu suspender a execução de sua obrigação até que a outra cumpra. Ou ainda, se uma das partes, segundo os critérios objetivos estabelecidos na lei, entender que a outra não tem mais condições de cumprir o estabelecido, requerer garantias ao seu cumprimento.

3.8.3 Contratos Onerosos e Contratos Gratuitos

Outro critério classificador é o que relaciona o proveito econômico e onerosidade. Sob tal aspecto, os contratos classificam-se em gratuitos, também denominados benéficos, que são aqueles em que apenas uma parte obtém um proveito e a outra só tem carga de deveres e onerosos, no qual as duas partes têm direitos e deveres, vantagens e obrigações. Nesse caso, a carga contratual é repartida.

Sob a referida classificação, a atuação do objeto é extremamente importante. Na primeira seleção, entre contratos onerosos e gratuitos, tem-se que nos gratuitos o objeto da obrigação recai apenas sobre uma das partes, e por isso se diz benéfico para a outra parte, mas isso não implica que o objeto do contrato aplica-se a apenas um dos contratantes. Na doação pura e

simples, que também é exemplo de contrato gratuito, as duas partes concordam com o bem a ser doado, e há uma aceitação do donatário, e também deveres, dentre eles o de não incorrer na ingratidão¹⁴⁰.

O contrato oneroso impõe uma divisão de sacrifícios, que não requer que seja igualitária¹⁴¹, mas requer prestação e contraprestação.

O objeto, no sentido de conteúdo, de programa contratual irá estabelecer o âmbito das prestações e contraprestações. Portanto, o âmago do objeto revelará se o contrato é oneroso ou gratuito. A despeito de se vislumbrar uma classificação prévia de alguns contratos como onerosos ou gratuitos, como é o caso do comodato, mútuo sem encargo de juros, o depósito, importante registrar que somente no caso concreto poderá se verificar se o contrato é oneroso ou gratuito, visto que é uma questão de fato.

3.8.3.1 Contratos Comutativos e Contratos Aleatórios

A onerosidade do contrato impõe uma nova divisão entre comutativos e aleatórios. Nos contratos comutativos a relação entre vantagem e sacrifício é subjetivamente equivalente e existe uma certeza das obrigações. Tais contratos comutativos se contrapõem aos contratos aleatórios, em que ao menos o conteúdo da prestação de uma das partes é desconhecido quando da elaboração da avença¹⁴², a incerteza é elemento estrutural de tal tipo contratual. Os exemplos clássicos são o jogo e aposta e o contrato de seguro.

¹⁴⁰ O artigo 155 do Código Civil estabelece que a doação pode ser revogada por ingratidão do donatário, ou por inexecução do encargo.

¹⁴¹ Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa (*Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 390) escreve que a carga ou responsabilidade contratual está repartida entre eles, embora nem sempre em igual nível.

¹⁴² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 391.

Nesse caso, a álea pode advir da categorização em lei do contrato ou ser fruto da vontade das partes.

Os contratos comutativos, no dizer de Fernando Noronha¹⁴³, ao tratar do princípio da justiça contratual, são os mais importantes dos contratos.

A equivalência entre as prestações e as contraprestações deverá ser estabelecida pelas partes no âmbito da autonomia privada.

Ao falar de equilíbrio das prestações, reportando-se à justiça substancial objetiva e à formal, o mesmo autor assevera que:

Mesmo, porém, naqueles casos em que fosse possível estabelecer a adequada equivalência pressuposta pela justiça objetiva, nem sempre seria socialmente conveniente tê-la em consideração: muitas vezes correr-se-ia o risco de suprimir a liberdade das partes e destruir a autonomia privada, e, por outro lado, também se correria o risco de afetar a segurança das transações, que é pressuposta pela boa-fé. É preciso buscar um difícil ponto de equilíbrio entre a justiça contratual, a boa-fé e a autonomia privada, ou melhor dizendo, um ponto no qual a autonomia privada seja limitada, mas não descaracterizada, nem pela boa-fé, nem pela justiça contratual. [...]

Garantidas as condições para a realização da justiça formal, é de se presumir que o contrato seja justo, já que em geral, são as partes que estão em melhores condições para avaliar se prestação e contraprestação se equilibram e se ônus e riscos estão divididos de forma eqüitativa. Realmente, as partes são os melhores juízes de seus próprios interesses¹⁴⁴.

Nos contratos comutativos, o objeto do contrato, como programa contratual, estabelece o equilíbrio das prestações. A relação entre prestação e contraprestação, a divisão dos riscos, a equivalência deverão estar previstas no programa contratual.

Conforme exposto, o equilíbrio não precisa ser exato, o que importa é que o programa contratual reflita o que as partes convencionaram.

¹⁴³ *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 220.

¹⁴⁴ *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 225-226.

3.8.4 Contratos Típicos e Contratos Atípicos

Tendo em vista que a lei regula alguns tipos contratuais, classificam-se os contratos em típicos e atípicos.

Os típicos, também chamados de contratos nominados, são aqueles esquematizados em lei, com denominação e formas próprias.

Enquanto que os atípicos, chamados ainda de inominados, são aqueles sobre os quais não recai regra específica imposta por lei.

Como bem acentua Caio Mário da Silva Pereira¹⁴⁵, a importância prática da classificação não pode ser negada:

Quando os contratantes realizam um ajuste daqueles que são típicos, adotam implicitamente as normas legais que compõem a sua dogmática. É certo que tais regras são de natureza supletiva, e não imperativa, mas nem por isto de aplicação menos freqüente, já que as partes, por mais casuístas que sejam ao minudenciarem as cláusulas contratuais nunca chegam ao ponto de desprezarem as regras legislativas da figura típica.

Assim, no contrato típico, o conteúdo do contrato já está categorizado na lei e se integra ao contrato automaticamente naquilo que as partes, quando autorizadas pela lei, não tiverem disposto ao contrário ou simplesmente não adotarem.

Ao celebrar um contrato de locação residencial, as partes já partem de um objeto contratual pré-estabelecido em lei, o qual elas podem alterar, no âmbito permitido pela lei, ou complementar, dentro das limitações da autonomia privada.

Paulo Nader¹⁴⁶ aduz que “as normas jurídicas cogentes integram, necessariamente, os contratos típicos. Quanto às lacunas contratuais estas são

¹⁴⁵ *Instituições de direito civil: contratos*. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 34-35.

¹⁴⁶ *Curso de direito civil: contratos*. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 53.

colmatadas pelas normas dispositivas, que nem sempre são suficientes, levando o intérprete a recorrer a subsídios doutrinários e jurisprudenciais.”

No que concerne aos contratos atípicos, Washington de Barros Monteiro¹⁴⁷ ensina que são regidos pelos seguintes princípios: em primeiro lugar, pelas regras gerais, aplicáveis a todos os contratos; em segundo lugar, pela vontade das partes, na medida em que ela se afirmou ou foi declarada; por fim, subsidiariamente, pelas disposições aplicáveis ao contrato nominado com o qual venha a oferecer maior analogia.

Na verdade, o Código Civil de 2002 tratou dos contratos atípicos no artigo 425: “é lícito às partes estipular contratos atípicos observadas as normas fixadas nesse Código.”

Caio Mário da Silva Pereira¹⁴⁸, por sua vez, anota que

A celebração de um contrato atípico exige-lhes o cuidado de descerem a minúcias extremas, porque na sua disciplina legal falta a sua regulamentação específica. Na solução das controvérsias que surgirem, o julgador ou intérprete terá que invocar em suprimento do conteúdo das cláusulas próprias os princípios legais relativos ao contrato típico mais próximo, e isto nem sempre é fácil, porque a ocupação da zona grisea, entre mais de um, sugere às vezes aproximações várias, nenhuma das quais dotada de pura nitidez.

Consoante analisado, a referida classificação entre contratos típicos e atípicos tem como base o objeto do contrato: se o conteúdo for um programa contratual já categorizado em lei, as partes terão que observá-la quanto às normas cogentes aderirem ou não às dispositivas. Quando o programa não envolve uma categoria regulada por lei, o programa há de ser mais elaborado para que o seu cumprimento se dê de forma a não defraudar o pretendido pelas partes.

¹⁴⁷ *Curso de direito civil: direito das obrigações: 2ª Parte. Dos contratos em geral, das várias espécies de contrato, dos atos unilaterais, da responsabilidade civil.* 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 33.

¹⁴⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* v. III. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 35.

Importante ainda assinalar que podem existir contratos mistos, que envolvem, no objeto, a tipicidade e a atipicidade. No que for típico, terá de ser analisado como acima indicado.

3.8.5 Contratos Consensuais, Contratos Formais e Contratos Reais

De acordo com a maneira como os contratos se aperfeiçoam, e numa nomenclatura reminiscente da romana, essa classificação divide os contratos consoantes às exigências legais para tanto.

Primeiramente, é importante anotar que, todo contrato, como acordo de vontades é, necessariamente, consensual¹⁴⁹.

Também é importante anotar que todo negócio jurídico requer forma, pois tem de ser reconhecível perante os outros.

Contudo, como assevera Francesco Messineo¹⁵⁰, a lei requer, às vezes, a observância de uma forma particular, como um ônus: ônus de forma e, nesse caso, subordina aquilo que se pode chamar de validade formal à validade substancial do contrato, exigindo o emprego de uma forma solene, como a escritura e sancionando com a nulidade do contrato os casos de inobservância. Assim, eleva a forma a elemento constitutivo, ou essencial, ou *ad substantiam actus*, em relação às partes e a terceiros. Dizendo-se que a forma é vinculada ou necessária.

Quando que para um contrato se exige a forma escrita, não basta o simples “sim”, respondendo verbalmente à proposta. É necessário que as declarações de vontade se fundam num único contexto documental.

¹⁴⁹ Orlando Gomes utiliza essa expressão. (*Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 80).

¹⁵⁰ *Il Contratto in Genere*. v. XXI, t. 1. Milão: Giuffrè, 1973, p. 142 et seq.

Sendo certo que, em alguns momentos, nem a forma escrita é suficiente, pois a forma prescrita em lei apresenta caracteres com maiores solenidades, quando a lei, por exemplo, exige ato público para alguns contratos, proferindo a vontade perante um oficial público.

Nesses casos – contratos formais e solenes –, o consenso deve ser expresso na forma prevista na lei, ou ainda na avença entre as partes, quando assim o sistema permitir.

Assim, tem-se o contrato consensual, quando se forma exclusivamente pelo acordo de vontades: a lei não exige senão o acordo das partes.

Os formais, quando se requer a formalidade da forma prescrita em lei e solenes, quanto requer intervenção e autoridade pública na celebração do negócio¹⁵¹.

Imperioso perceber que a questão da formalidade é imposta pela lei ou por vontade das partes. Se passar a ser da substância do ato, é de observância obrigatória.

Forma e conteúdo não se confundem, todavia, dependendo da categoria contratual enquadrada a partir do seu objeto, ter-se-á a obrigatoriedade da forma ou não. A compra e venda de imóvel, para que seja transferida a propriedade, requer instrumento público ou equivalente devidamente registrado em no serviço registral competente. A formalidade é requerida em razão do objeto do contrato.

¹⁵¹ Cf LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. v. 1: Comentários. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 292.

Têm-se, ainda, os contratos reais que são aqueles, segundo Carlos Ferreira de Almeida¹⁵², em que a tradição de uma coisa se insere no seu processo de formação.

Para Francesco Messineo¹⁵³, o contrato real além do consenso requer a entrega da coisa. Nestes contratos, a entrega da coisa é pressuposto de eficácia. Assim, é chamado de real o contrato no qual a entrega da coisa assume particular relevo. A entrega da coisa se junta aos outros elementos do contrato. Trata-se de entrega de coisa determinada, ocorrendo a vontade de consentir e a vontade de transferir a coisa.

Conforme Orlando Gomes¹⁵⁴, a classificação tem importância para a verificação do momento da formação do contrato, mas parte da doutrina moderna a rejeita sob o fundamento de que a entrega da coisa é simples pressuposto da exigibilidade da obrigação de restituição.

Vale mais uma vez sublinhar que o contrato real não subtrai o consenso – que deve existir de forma válida –, mas impõe, para que o contrato seja tido como formado, a entrega da coisa. O consenso, o acordo de vontades, também é essencial nesse tipo contratual, o que ocorre é que a própria entrega da coisa pode se configurar como comportamento expressivo do consenso.¹⁵⁵

O que ocorre com o contrato real é que a obrigação da entrega da coisa, que é uma das obrigações que formam o objeto do contrato, cumpre-se com a formação do contrato, para que ele possa ingressar no mundo jurídico. Assim,

¹⁵² *Contrato I: conceito, fontes, formatação*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 119.

¹⁵³ *Il Contratto in Genere*. v. XXI, t. 1. Milão: Giuffrè, 1973, p. 392 et seq.

¹⁵⁴ *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 76.

¹⁵⁵ Importante ainda anotar que, no sistema pátrio, a transferência de propriedade sempre importa em tradição para bens móveis e registro imobiliário nos bens imóveis, diferente do sistema francês, por exemplo, em que o contrato em si já transfere a propriedade.

ao analisar a classificação em contrato real pela ótica de seu objeto, tem-se que, por exemplo, se o objeto do contrato é o empréstimo de coisa não fungível, a entrega da coisa se dá no momento de sua formação, mas o programa contratual do comodato também implica que a coisa emprestada deve ser devolvida, depois de utilizada.

Portanto, o objeto do contrato, ao ditar o bem da vida tutelado, no caso do comodato, empréstimo de coisa não fungível, determinará que a tradição da coisa deve ocorrer no momento da formação do contrato. Pois, é da natureza e da tipicidade do referido contrato que isso ocorra. Mas, também, irá carregar outras regras que formarão o programa contratual.

3.8.6 Contratos Principais e Contratos Acessórios

Os contratos, quando considerados uns em relação aos outros, classificam-se em principais e acessórios.

De logo cabe a advertência de Paulo Nader¹⁵⁶ que “a presente classificação não se aplica aos contratos que, celebrados, são cumpridos sem qualquer outro consentimento complementar.” Portanto, sempre devem ser considerados quando ambos existirem, visto que na grande maioria, os contratos são independentes.

Os ditos principais são aqueles que, em referência a um acessório, carregam a prestação principal, têm vida independente e autônoma. Ou seja, não sofrem qualquer contaminação de seu acessório.

Os acessórios, por sua vez, dependem de principal e figuram auxiliando o cumprimento do principal. Podem ser preparatórios, integrativos ou

¹⁵⁶ *Curso de direito civil: contratos*. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 51.

complementares. Geralmente são os conhecidos contratos de garantia como o penhor, a hipoteca e a fiança.

Sob o prisma do objeto do contrato, tem-se que consignar que cada um tem um objeto específico, no principal, tem-se a obrigação principal a ser perseguida, mas o acessório tem seu objeto distinto que é garantir que a obrigação do contrato principal seja cumprida. A nulidade do contrato acessório não fere de morte o contrato principal. Supondo que, num contrato principal de empréstimo de dinheiro, o acessório foi uma fiança, na qual o cônjuge casado sob o regime da comunhão universal de bens não tem a vênia (que nesse caso é obrigatória). O financiamento (contrato principal) pode continuar existindo, de acordo com seu programa contratual, que pode inclusive prever o vencimento antecipado da dívida em caso de anormalidade na fiança (contrato acessório).

Todavia, se existir uma nulidade no contrato de empréstimo, a fiança, por ser acessória, segue o principal e será nula também.

É a regra da parte final do artigo 184 do Código Civil que prescreve que “a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.”

Cumprido assinalar, entretanto, que é válida a convenção de que a extinção da obrigação acessória implique a da principal, uma vez que a segunda parte do citado artigo é de natureza dispositiva.¹⁵⁷

¹⁵⁷ *Curso de direito civil: contratos*. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 52.

3.8.7 Contratos Instantâneos (de execução imediata), de Execução diferida e Contratos de Duração

Tal classificação leva em conta o tempo em que os contratos devem ser executados.

É considerado contrato instantâneo (de execução imediata) aquele em que a solução se efetua de uma só vez e por prestação única, tendo por efeito a extinção cabal da obrigação¹⁵⁸. O exemplo mais comum é a venda à vista, em que o comprador efetua o pagamento e recebe a coisa adquirida.

O contrato de execução diferida é aquele em que as partes adiam o cumprimento de suas obrigações para um momento posterior ao contrato¹⁵⁹. Nesse caso, não ocorre a extinção da obrigação enquanto não se completar a *solutio*¹⁶⁰.

Os contratos de duração, também denominados de trato sucessivo, são aqueles que sobrevivem com a persistência da obrigação, muito embora ocorram soluções periódicas, até que, pelo implemento de uma condição ou decurso de um prazo, cessa o próprio contrato. Os pagamentos não geram a extinção da obrigação que renasce.¹⁶¹ O contrato de locação de coisas é um exemplo de contrato de trato sucessivo.

Tal classificação, em cotejo com a análise do objeto do contrato, importa anotar que a forma da execução está incluída no objeto, no programa contratual.

¹⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. III. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999 p. 41.

¹⁵⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 404.

¹⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. III. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 41.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 41.

3.8.8 Contratos por Prazo Determinado e Contratos por Prazo Indeterminado

Quanto à determinação do prazo, os contratos podem ser classificados como contratos por prazo determinado, aqueles em que as partes estipulam, no programa contratual, um prazo certo para terminar, aos quais se contrapõem os contratos por prazo indeterminado, aqueles nos quais não se fixa um prazo para seu término.

Os contratantes podem estipular ainda que, findo o prazo contratual, o contrato se renova automaticamente, por igual período. Se não o fizerem e mantiverem a relação contratual, o prazo será tido como indeterminado.

Quando o contrato se renova, todo o programa contratual se restabelece novamente.

3.8.9 Contratos Pessoais e Contratos Impessoais

Quanto à pessoa do contratante, os contratos podem ser classificados em pessoais ou impessoais.

Em caráter geral, os contratantes não indicam quem irá cumprir o contrato, pois o que importa é o adimplemento. Nesse caso, diz-se que são contratos impessoais.

No entanto, em alguns contratos, para que se cumpra o objeto do contrato, requer-se que uma ou várias das obrigações estabelecidas sejam cumpridas por uma determinada pessoa. São os contratos pessoais.

Nos contratos pessoais, a pessoa que presta obrigação é essencial para o negócio *intuitu personae*. Geralmente, nesse caso, o objeto do contrato tem como obrigação principal uma obrigação de fazer. Nesse caso, a personalidade, o caráter personalismo de quem irá efetuar a prestação devida integra o objeto

do contrato, tanto que a impossibilidade ou negativa do cumprimento de sua parte extingue a obrigação, bem como o erro *in personae* gera anulabilidade do contrato.

3.8.10 Contratos Paritários e Contratos de Adesão

Quanto à maneira como são formados, os contratos podem ser classificados em paritários ou de adesão.

Nos contratos paritários, as partes estão em pé de igualdade e discutem os termos do negócio.

Por outro lado, nos contratos de adesão, a fase inicial de debates fica eliminada, pois uma das partes impõe à outra, como um todo, o instrumento inteiro do negócio, que esta, em geral, não pode recusar. Não resultam do livre debate entre as partes, mas provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra.¹⁶²

Conforme assinalado por diversas oportunidades, o presente trabalho somente irá tratar do objeto dos contratos paritários.

3.8.11 Contratos Preliminares e Contratos Definitivos

O contrato definitivo tem por objeto criar vários tipos de obrigações para os contraentes.¹⁶³

O contrato preliminar tem por objetivo criar, entre as partes, um vínculo instrumental e provisório que visa à estipulação de um contrato definitivo. O contrato definitivo não é uma repetição do contrato preliminar, mas um novo acordo que as partes estipulam em conformidade com o que foi empenhado. O

¹⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. III. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 43.

¹⁶³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 39.

contrato definitivo é destinado a substituir o título provisório do contrato preliminar.¹⁶⁴

O contrato preliminar é uma espécie de convenção cujo objeto é sempre o mesmo: a realização de um contrato definitivo.¹⁶⁵

3.8.12 Contratos Causais e Contratos Abstratos

O ordenamento jurídico pátrio não incluiu a causa como requisito de validade do contrato. Em sistemas como o francês e o italiano que a incluem, a classificação entre contratos causais e abstratos ganha maior relevância.

Darcy Bessone¹⁶⁶, citando Merkel, aduz que os causais são aqueles cuja eficácia depende da consecução de um fim juridicamente válido, que constitui para o devedor o fundamento da obrigação, e abstratos aqueles que são eficazes independentemente, em certo modo, do fundamento da obrigação e da consecução do fim.

Enneccerus¹⁶⁷ assim diferencia os dois tipos contratuais:

- a) quem alega um contrato abstrato tem de provar somente seu conteúdo, mas não o seu fim;
- b) a validade da promessa de prestação independe da causa, pouco importando, portanto, que esta seja imoral, proibida ou impossível.
- c) nos raros casos em que os vícios da causa, conduzindo ao enriquecimento ilícito poderiam ser invocados, a prova incumbirá ao devedor e só poderá ser oposta ao credor originário, jamais a terceiro.

Em relação ao objeto, a importância dessa classificação é que, tratando-se do ordenamento jurídico brasileiro, a causa não é requisito de validade do

¹⁶⁴ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile: Il Contratto*. Milão: Giuffré, 1987, p. 159-278.

¹⁶⁵ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 39.

¹⁶⁶ *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. Op. cit., p. 86.

¹⁶⁷ *Derecho de obligaciones*, v. 2, § 197, apud BESSONE, Darcy. Op. cit., p. 87.

negócio jurídico, quando se tratar de um contrato causal e a causa for determinante para o negócio, ela passa a integrar o programa contratual.

3.8.13 Contratos Simples e Contratos Complexos

Os contratos podem ser classificados também como simples ou complexos:

Os simples representam um tipo de contrato determinado. Os complexos ou mistos resultam de combinações de dois ou mais tipos de contratos, ou de inserções de cláusulas que desfigurem um dos tipos simples.

Darcy Bessone¹⁶⁸ acentua que

o interesse da distinção está na escolha das normas aplicáveis. Quando não seja possível harmonizar as regras reguladoras dos tipos combinados, deve-se atender à finalidade essencial da operação, ou, quando a infração for de determinada cláusula que se possa isolar das demais, merecerá observância a disposição disciplinadora do contrato simples de que tenha sido extraída.

Cumprido asseverar que será pela análise do programa contratual que poderá se verificar se se trata de um contrato simples ou de um contrato complexo, mas desde já com a ressalva que cada vez mais, no mundo atual, se faz necessário lançar mão de contratos complexos, que mesclam diversos tipos contratuais.

Assim, uma questão importante a ser suscitada e analisada é a do objeto nos contratos conexos e na rede de contratos. Trata-se de um único objeto de contrato ou de diversos objetos que se vinculam?

Como bem ensina Carlos Nelson Konder¹⁶⁹,

A conexão contratual é normalmente explicada pela singela e demasiada genérica idéia de utilização de vários contratos para

¹⁶⁸ *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 86.

¹⁶⁹ *Contratos conexos: Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 95.

a realização de uma mesma operação econômica. O mesmo autor reflete de que maneira o enquadramento em um único negócio ou em vários conexos importará diferenças no seu tratamento jurídico. Para tanto, observa que é considerado misto um contrato que reúne elementos de distintos tipos contratuais. Nesse sentido, a partir da dicotomia clássica entre contratos típicos e atípicos, os contratos mistos enquadrar-se-iam no segundo gênero, que reuniria não apenas contratos puramente atípicos (sem nenhum elemento típico), como também aqueles que abarcam vários elementos típicos diversos, e, portanto não se enquadram exclusivamente em um tipo específico.¹⁷⁰

Pietro Perlingieri ¹⁷¹assevera que

O procedimento de qualificação que tem por objeto o esquema típico peca de uma certa dose de ingenuidade, não levando em conta alguns fenômenos que na prática são extremamente freqüentes. A coligação entre atos, isoladamente qualificáveis de uma certa maneira, atribui a eles, sob uma visão procedimental, uma função sócio-jurídica totalmente diversa. A qualificação de tais atos deve ocorrer no contexto desse procedimento, sejam os atos coligados institucionalmente ou por vontade negocial, sejam eles possuidores de uma configuração estruturalmente diversa. Refere-se ao ato único e à pluralidade de atos.

Na complexidade atual da sociedade, na vida moderna, nos negócios, percebe-se cada vez mais a utilização de contratos conexos. São contratos, encadeados, em seqüência, que demonstram uma unidade.

A relação jurídica terá de ser analisada no caso concreto para se verificar quais os tipos contratuais envolvidos, mas é possível entender que

¹⁷⁰ O autor, conclui, em p. 157, que a distinção entre alguns contratos conexos e um contrato misto deixa de ser tão determinante porque, assim como a interpretação e a qualificação do misto vão exigir a consideração de seus vários elementos típicos, a interpretação de cada contrato conexo vai exigir a consideração dos demais que se ligam a ele. Da mesma maneira, outros efeitos jurídicos como o regime de nulidade total ou parcial e o caráter contratual da responsabilidade pelo inadimplemento, típicos do negócio unitário, poderão ser aplicados também aos contratos conexos.

¹⁷¹ (Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa. Il diritto dei contratti fra persona e mercato: problemi del diritto civile. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2003, p. 9 (em tradução livre de Carlos Nelson Konder (Contratos conexos: Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 199).

diversos contratos, sob diversos objetos, podem formar uma relação jurídica de vários tentáculos, mas com um objetivo (objeto mediato) comum.

3.8.14 Paradigma da essencialidade

Tendo o princípio da dignidade da pessoa humana no ápice da hierarquia axiológica do sistema, parece importante analisar se a essencialidade do bem que se tem como finalidade do contrato, pode ser considerada como critério de distinção.

O critério seria a utilidade do bem contratado. Vale dizer, uma classificação a partir do objeto, que pode ser considerado um bem essencial, útil ou supérfluo.

Teresa Negreiros¹⁷², ao tratar do paradigma da essencialidade, aduz que

O paradigma da essencialidade constitui-se em um “método de compreensão do mundo” contratual sob a luz de um novo critério de classificação, de acordo com o qual os contratos finalizados à satisfação de necessidades existenciais devem ser diferenciados daqueles outros contratos cujo objeto seja a utilização ou a aquisição de bens essenciais à pessoa humana enquanto tal. O paradigma da essencialidade significa que o direito contratual considera os bens em vista de sua utilidade existencial para o efeito de classificação dos contratos e, conseqüentemente, para, a respeito das classes assim diferenciadas, prescrever um certo regime jurídico. Os bens são tomados não só nas suas qualidades intrínsecas, mas no modo como satisfazem as necessidades existenciais. Uma vez posta a dignidade da pessoa humana como valor supremo da ordem constitucional, o direito dos contratos a ela necessariamente se curva: as necessidades humanas fundamentais, a pessoa e a sua dignidade passam a ser o critério e a medida dos contornos jurídicos dos bens e dos respectivos contratos.

Para a referida autora, a utilização do paradigma da essencialidade também seria uma forma de tutela da dignidade da pessoa humana.

O paradigma da essencialidade – a servir para distinguir os contratos em razão do grau de imprescindibilidade do bem

¹⁷² *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 487.

contratado – traduz adequadamente a metodologia civil-constitucional, na medida em que é deduzido de uma releitura, à luz da Constituição, de categorias dogmáticas consagradas (como é o caso da classificação dos bens, que passa a levar em conta o critério da utilidade existencial, em lugar da utilidade exclusivamente patrimonial). Ademais, a inovação no sistema de diferenciação dos contratos, por meio da classificação dos bens contratados em essenciais, úteis e supérfluos, traduz ainda a metodologia especificamente contratual, que, atualmente, se caracteriza por uma crescente fragmentação. Com efeito, a unidade e o formalismo do direito contratual clássico são incompatíveis com a concepção social do contrato, em que certas características das partes contratantes, antes inteiramente desconsideradas, ganham relevância jurídica¹⁷³.

Assim, em consonância com os princípios constitucionais, também esse critério de classificação deve ser utilizado, especialmente para proteger a pessoa humana.

Mesmo nos contratos paritários, a utilização de tal critério é importante. Não se pode perder de vista que a proteção à dignidade da pessoa humana não está adstrita aos hipossuficientes.

O desafio carreado pelo referido princípio é, numa economia de mercado, ainda assim fazer prevalecer os valores existenciais sobre os patrimoniais.¹⁷⁴

3.8.15 Conclusão

A análise da classificação dos contratos, sob a ótica de seu objeto, demonstra que o objeto com seu amplo repertório é, na maioria das vezes, o critério diferenciador entre uma e outra categoria.

O objeto que irá demonstrar se o contrato atribuirá prestações para ambas as partes, e, portanto, se será bilateral. Sendo bilateral, se as

¹⁷³ *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 29.

¹⁷⁴ *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 502.

prestações são contrapostas, para ser classificado como comutativo. Se a obrigação deve ser cumprida por determinada pessoa, para ser personalíssimo. Se o conteúdo é previsto em lei, para ser classificado como típico ou atípico, e assim por diante.

Dessa forma, o objeto contém muitos dos elementos caracterizadores do contrato, pois nele se inserem as obrigações, as prestações, os direitos e deveres.

3.9 Unidade da relação contratual e estratificação do objeto

Mario Julio de Almeida Costa assevera que

a perspectiva da obrigação que se esgota no dever de prestar e no correlato direito de exigir ou pretender a prestação corresponde à orientação clássica, de fundo atomístico. Todavia, a doutrina moderna, sobretudo por mérito dos autores alemães, evidenciou a estreiteza de tal ponto de vista e a necessidade de superá-lo.

Continua o mestre português:

Deste modo, numa compreensão globalizante da situação jurídica creditícia, apontam-se, ao lado dos deveres de prestação – tanto deveres principais de prestação como deveres secundários –, os deveres laterais ('nebenpflichten'), além de direitos potestativos, sujeições, ônus jurídicos, expectativas jurídicas, etc. Todos os referidos elementos se coligam em atenção a uma identidade de fim e constituem o conteúdo de uma relação de carácter unitário e funcional: a relação obrigacional complexa, ainda designada relação obrigacional em sentido amplo ou, nos contratos, relação contratual¹⁷⁵.

Consoante já registrado, o objeto do contrato reflete a complexidade de toda a relação estabelecida pelas partes, todo o conteúdo do programa

¹⁷⁵ COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 58.

contratual. Nele inserem-se deveres, ônus, sujeições, direitos e obrigações, e dentro das obrigações, as prestações.

Portanto, como na teoria dos conjuntos da matemática, temos aqui o objeto do contrato que contém “subconjuntos” formados, respectivamente, por deveres, ônus, sujeições, direitos e obrigações, e essas que também contêm prestações.

Saber distinguir tais subconjuntos faz-se importante.

3.9.1 Deveres jurídicos

O objeto do contrato como programa contratual não é composto apenas de obrigações, mas também de deveres jurídicos.

Dever jurídico tem um sentido mais amplo que o de obrigações e sua diferenciação se faz importante.

San Tiago Dantas¹⁷⁶ ensina que “a noção de dever jurídico é a mais geral de que se dispõe nossa ciência. O dever jurídico pode consistir em fazer alguma coisa, em deixar de fazer ou em sofrer que outros façam algo dentro da esfera de disposição a que parece pertencer”.

Não é fácil distinguir, com um critério sistemático constante, a obrigação dos deveres jurídicos em geral, conforme preceitua o mesmo autor¹⁷⁷:

Quem já tem o olho habituado ao exame das espécies jurídicas, nem sequer sente o problema, porque diante de um dever que se lhe apresenta, logo reconhece se é simples dever jurídico se é obrigação, mas a pesquisa do quid diferencial daquilo que supõe estas espécies de noções, constitui um problema para o dogmatista, e um problema que se repete no direito moderno e já existia no direito romano.

João de Matos Antunes Varela, assim dispõe:

¹⁷⁶ *Programa de direito civil II*: aulas proferidas na faculdade nacional de direito fim de 1943 – 1945. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, p. 15.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 16.

Ora, o dever jurídico, corresponde aos direitos subjetivos, não se confunde com o lado passivo das obrigações que é sempre um dever de prestar. Ao dever jurídico podem contrapor-se, do lado activo da relação, não só os direitos públicos (haja vista os antigos deveres militares, os deveres sancionados pelo direito penal, os encargos fiscais, as prestações aduaneiras, os deveres de ordem constitucional e administrativa, etc.), mas ainda, no âmbito restrito do direito privado, tanto os direitos de crédito como os direitos reais, os direitos de personalidade, os direitos conjugais e os direitos de pais e filhos. [...]

O dever jurídico é assim uma categoria bastante mais ampla do que os deveres de prestação correspondentes às obrigações. O dever jurídico abrange não só as situações de vinculação de uma pessoa a uma conduta específica (como sucede nas obrigações), mas também as situações de vinculação de uma pessoa a um comportamento genérico.

Vale dizer, contudo, que dever jurídico e obrigação podem ser considerados sinónimos. Isso ocorre quando se atribui uma acepção mais ampla à obrigação, isto é, uma imposição cuja violação implica sanções organizadas pelo poder estatal¹⁷⁸.

No presente trabalho, ao se reportar à obrigação, sempre estará se referindo à acepção técnica de obrigação, conforme descrita nos itens posteriores. Ao se reportar ao dever jurídico, está se tratando também da vinculação de uma pessoa a um comportamento genérico, nas acepções acima elucidadas por San Tiago Dantas e Antunes Varela.

3.9.2 Estado de sujeição

O estado de sujeição é o contrapolo do direito potestativo; neste um sujeito é titular de um poder ou direito que, exercido, produz efeitos não somente na esfera de quem o exerce, mas também naquela de outros que nada podem fazer para neutralizá-los.¹⁷⁹

¹⁷⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8.

¹⁷⁹ PERLINGIERI, Pietro Perlingieri. *Perfil do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 125.

Antunes Varela, assim explica e exemplifica:

Ao poder que tem o mandante de revogar livremente o mandato ou ao poder que tem o inquilino de denunciar livremente o arrendamento no termo do prazo contratual não corresponde nenhum dever especial por parte do mandatário ou do senhorio. Não há necessidade do seu consentimento ou da sua amortização, para que na sua esfera jurídica se produza o efeito pretendido (a revogação ou a denúncia do contrato) e, por isso mesmo, não há qualquer comando dirigido a tal fim.¹⁸⁰

O objeto do contrato pode contemplar situações que caracterizam de um lado, o direito potestativo, e do outro, o estado de sujeição.

3.9.3 Ônus jurídico

Antunes Varela ensina que “o ônus consiste, assim, na necessidade de observância de certo comportamento, não por imposição da lei, mas como meio de abstenção ou de manutenção de uma vantagem para o próprio onerado.”¹⁸¹

O ônus é um dever livre, pois a sua inobservância não corresponde a uma sanção. O ônus visa alcançar uma vantagem ou evitar uma desvantagem, e é estabelecido no interesse exclusivo ou também no interesse do próprio onerado.

Pietro Perlingieri¹⁸² ensina que o

ônus pode ser definido – como expressão de conveniência – como uma obrigação potestativa, no sentido de que o seu titular pode realizá-lo ou não. [...] O ônus não é somente uma “obrigação potestativa” deixada ao arbítrio do obrigado, antes, representa uma situação instrumental para alcançar um resultado útil (interesse) do titular.

¹⁸⁰ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em Geral*: 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 50.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 58.

¹⁸² *Perfis do Direito Civil*: Introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 128.

Aduz ainda, o referido autor, que o mesmo comportamento pode ser configurado para um sujeito como ônus e para um outro como obrigação.

No programa contratual, as partes podem estabelecer ônus para as partes, ou ainda o ônus pode decorrer do conteúdo contratual típico que se adere ao programa entabulado pelas partes pelo consenso, que se difere do dever jurídico e da obrigação.

3.9.4 Objeto da obrigação

O objeto do contrato, como negócio jurídico, cria, modifica ou extingue obrigações. O objeto do contrato gera a obrigação.

Entretanto, como o contrato é fonte das obrigações, há sempre o risco de se confundir criador e criatura. Tal distinção requer sutileza.

Assim, há que se verificar a definição e estrutura da obrigação.

As obrigações têm um ciclo vital, nascem da lei, do contrato, do negócio jurídico unilateral (declarações unilaterais) e dos atos ilícitos, vivem e se desenvolvem por meio de suas várias modalidades (dar, fazer, não fazer); e finalmente, extinguem-se, conforme as palavras de Carlos Roberto Gonçalves¹⁸³.

Fernando Noronha¹⁸⁴ aduz que

o direito das obrigações disciplina essencialmente três coisas: as relações de intercâmbio de bens entre as pessoas e de prestação de serviços (obrigações negociais), a reparação de danos que umas pessoas causem a outras (responsabilidade civil geral, ou sem sentido estrito) e, no caso de benefícios indevidamente auferidos com o aproveitamento de bens ou direitos de outras pessoas, a sua devolução ao respectivo titular (enriquecimento sem causa).

¹⁸³ *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 235.

¹⁸⁴ *Direito das Obrigações: fundamentos dos direitos das obrigações e introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2007, p. 8.

A obrigação deve ser vista como uma relação jurídica, deixando de ser um mero liame entre credor e devedor, para buscar uma síntese, uma harmonização entre centro de interesses contrapostos que devem convergir para a satisfação do credor e liberação do devedor.

Esse entendimento enriquece a teoria das obrigações, como bem diz Antunes Varela¹⁸⁵:

A riqueza da teoria geral das obrigações provém, por seu turno, da extrema variedade dos deveres de prestação, da complexidade dos deveres secundários que guarnecem os diversos deveres de prestar e da multiplicidade dos fenómenos (modificação, transmissão, garantia, extinção, etc.) que pode inserir-se no processo de formação e desenvolvimento da relação obrigacional.

Para Larenz¹⁸⁶, o que distingue a relação de obrigação das outras relações jurídicas é o significado primário do dever da prestação. O que não significa que a obrigação se esgote com esse dever, visto o princípio pelo qual se exige que a prestação seja cumprida de forma fiel à palavra empenhada, de forma a não defraudar a confiança da outra parte, devendo para tanto ser empregada toda diligência no cumprimento da obrigação.

Sob esse prisma há de se privilegiar o entendimento de Clóvis do Couto e Silva¹⁸⁷, fundamentado em Larenz, da obrigação como um processo, que deve ser vista em sua totalidade orgânica que não se esgota na soma dos elementos que a compõem.

O referido autor enfatiza que obrigação como um processo visa denotar o aspecto dinâmico da obrigação, com suas diversas fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional, que entre si se ligam com

¹⁸⁵ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em Geral*: 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 28.

¹⁸⁶ *Derecho de obligaciones*. v. 1. Madrid: Revista Derecho Privado, 1958,

¹⁸⁷ *A obrigação como um processo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

interdependência e compõe-se, em sentido amplo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor, sendo que os atos praticados pelo devedor e também os praticados pelo credor, repercutem no mundo jurídico, nele ingressam e são dispostos e classificados segundo uma ordem, atendendo-se aos conceitos elaborados pela teoria do direito. Tais atos tendem a uma finalidade, sendo essa que determina a concepção da obrigação como processo.

Assim, dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas.

Como já dizia Clóvis Bevilacqua, baseado em Stuart Mill, o principal fundamento da obrigação é a boa-fé e a confiança, e, assim sendo, esses valores circulam tantas vezes quanto necessárias à elipse formada em torno da relação cooperacional firmada entre credor e devedor para que relação, como um todo, seja satisfeita.

O foco principal é que deve existir toda uma cooperação para que o devedor cumpra a obrigação, satisfaça o credor e recomponha sua liberdade.

Para Larenz¹⁸⁸, pelo fato que toda relação de obrigação tem por fim a satisfação dos interesses e a prestação do credor, ela pode e deve ser considerada como um processo e está, desde o princípio, encaminhada para alcançar um fim determinado e a se extinguir com a obtenção desse fim e essa pode exigir alguma modificação, por exemplo, no caso de impossibilidade da prestação, compensação.

¹⁸⁸ *Derecho de obligaciones*. v. 1. Madrid: Revista Derecho Privado, 1958, p. 1-45.

A relação de obrigação como um todo se extingue quando seu fim foi alcançado totalmente, ou seja, quando o credor tenha sido totalmente satisfeito em seu interesse na prestação.

Agostinho Alvim¹⁸⁹ sintetiza numa única frase – as obrigações assumidas devem ser fielmente cumpridas – a finalidade precípua que tem a obrigação: o seu cumprimento, que irá gerar a sua extinção.

O centro ou conteúdo da relação jurídica obrigacional, como asserva Fernando Noronha¹⁹⁰,

é constituído pelos laços existentes entre credor e devedor, que compõem o que se costuma designar por vínculo jurídico. Este, portanto, é o conjunto de direitos subjetivos e direitos jurídicos, ou melhor, de direitos subjetivos e potestativos, deveres, ônus e sujeições que integram a obrigação.

Quando se distingue o objeto do contrato e o objeto da obrigação, entendendo que em cada um deles existe um mecanismo interno dinâmico, uma relação elíptica que percorre a figura dos contratantes e que envolve a relação do credor e devedor, passa a se perceber que o objeto da obrigação é um dos motores do objeto do contrato, uma relação jurídica complexa envolvida por uma relação jurídica também complexa.

As partes, ao convergirem sobre um determinado objeto, estabelecem um programa contratual, que tem um repertório composto de diversos itens, cada um com sua função. A obrigação destaca-se por identificar o credor e o devedor. Num contrato de prestação de serviços, como exemplo, o prestador se obriga ao cumprimento de determinado serviço, e nessa obrigação ele é devedor; quando ele cumpre, ele passa a ser o credor do pagamento. Se

¹⁸⁹ *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 5.

¹⁹⁰ *Direito das Obrigações: fundamentos dos direitos das obrigações e introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2007, p. 15.

constar do programa contratual outras obrigações, há que se identificar credor e devedor e a relação entre eles.

Uma questão relevante consiste em hierarquizar as obrigações, identificar quais são essenciais, quais são secundárias (ou acessórias), quais, se violadas, rompem em definitivo o contrato.

Todavia, na esfera contratual, há que se separar e categorizar as diferentes classes de obrigações, deveres, prestações.

A confidencialidade, por exemplo, é um dever jurídico em diversos contratos: o médico, ao prestar serviço a um paciente, tem com este o dever de guardar sigilo das informações que lhe são fornecidas. Não é uma obrigação, é um dever.

Essa percepção já denota de forma clara que o objeto do contrato é diverso, maior, mais amplo, que o objeto da obrigação.

Na estrutura obrigacional, nascida de um contrato bilateral, comutativo e paritário, cada parte contratante tem ônus e bônus, direitos e deveres, num pretense equilíbrio. O cumprimento de uma obrigação estabelecida no contrato libera, para aquela obrigação, o contratante que se obrigou, e pode ser o fato gerador da obrigação do outro contratante. E várias obrigações recíprocas com essa estrutura podem ocorrer simultaneamente, ou de forma contínua, dificultando, muitas vezes, identificar qual obrigação deve ser cumprida primeiramente, ou ainda, quais são as obrigações principais.

Pode ainda ocorrer de o objeto do contrato, mesmo que bilateral, fazer nascer obrigações que não são contrapostas.

Novamente no exemplo do sigilo, quando imposto como uma obrigação (e não como um dever jurídico) atribuída a uma ou a ambas as partes, o fato de

uma parte revelar o conteúdo sigiloso não permite à outra fazer o mesmo. A parte prejudicada poderá buscar o ressarcimento dos danos que eventualmente tenha sofrido.

Nas obrigações contrapostas, em razão da exceção do contrato não cumprido, é possível suspender o cumprimento de uma obrigação enquanto o outro não cumpriu a sua, mas, naquelas que não são, não existe tal possibilidade.

A questão é identificar se a obrigação é ou não contraposta. E aí, se faz necessário remeter ao objeto do contrato, porque nele está o programa contratual. A obrigação por si só não revela o conteúdo maior que está inserido no objeto.

Num contrato de venda e compra de um bem, o comprador tem que pagar para que o vendedor entregue o bem, essa é uma obrigação contraposta: entrega mediante pagamento. Supondo que a entrega do bem se dará, por conta do vendedor, no domicílio do comprador. O vendedor tem a obrigação de transportar o bem de forma a mantê-lo íntegro, e o comprador de recebê-lo. Mas o vendedor não tem que entregar porque o comprador deve receber, mas tem que entregar porque recebeu o preço e a entrega estava no cômputo do preço. Se, por hipótese, fica ainda a cargo do vendedor a instalação do bem, se está na mesma situação, isso estava no preço pago também. Nesse mesmo exemplo, supondo, por hipótese, que o vendedor tivesse que guardar sigilo sobre o local da instalação, essa seria uma

obrigação atribuída apenas uma das partes¹⁹¹. Veja-se ainda que, nesse caso, o sigilo é obrigação instituída pelas partes e não dever de conduta, pois não está na linha da habitualidade que um vendedor guarde sigilo do local da instalação de um bem.

Assim, o objeto do contrato faz nascer diversas relações obrigacionais. A uma das partes pode ser atribuída uma única obrigação principal – o pagamento e à outra – diversas obrigações, todas elas contrapostas ao pagamento.

Ao dizer que o contrato faz nascer relações obrigacionais, importante sublinhar que algumas dessas obrigações também advém da lei. Num contrato de empreitada, por exemplo, a construção de uma casa deverá ser efetuada de acordo com as regras urbanísticas, não violando o direito de vizinhança. Ou seja, são obrigações que decorrem da lei, mas que ganham vida no momento que passam, mesmo que de forma implícita, o conteúdo do contrato.

Portanto, o objeto da obrigação não se confunde com o objeto do contrato. A obrigação integra o objeto do contrato, é sua criatura e um mecanismo eficiente do programa contratual, mas não se confundem.

Assim, ao se deparar com uma obrigação específica originada numa relação contratual (ou decorrente dela, no caso de uma obrigação já estatuída por lei) sempre terá de entendê-la dentro do contexto contratual no qual ela está inserida.

¹⁹¹ Veja-se ainda que, nesse caso, o sigilo é obrigação instituída pelas partes e não dever de conduta, pois não está na linha da habitualidade que um vendedor guarde sigilo do local da instalação de um bem.

3.9.5 Objeto da prestação

O objeto do contrato, como relação complexa, abarca, como visto, as obrigações, deveres, direitos, todos instituídos no programa contratual.

Existe uma relação obrigatória sempre que existe uma obrigação frente a determinadas pessoas para fazer uma determinada prestação, qualquer que seja o acontecimento vital que se fundamente.¹⁹²

A obrigação, a seu turno, carrega a prestação devida; a prestação é o elemento material, objetivo da obrigação.

Objeto da obrigação, conforme Carlos Roberto Gonçalves¹⁹³ é sempre uma conduta ou ato humano: dar, fazer ou não fazer. E se chama prestação, que pode ser positiva (dar e fazer) ou negativa (não fazer). Objeto da relação obrigacional é, pois, a prestação debitória. É a ação ou omissão a que o devedor fica adstrito e que o credor tem o direito de exigir.

Segundo Fernando Noronha¹⁹⁴,

toda obrigação tem por finalidade a satisfação de um interesse do credor, e é através da prestação debitória que tal interesse é satisfeito. A prestação debitória é a conduta ou comportamento do devedor, a atividade ou abstenção de atividade que é essencial para a realização do interesse do credor.

Prestação, conforme Antunes Varela¹⁹⁵, que constitui objeto da obrigação consiste as mais das vezes numa ação, numa atividade, numa conduta de sinal positivo, mas pode também se traduzir numa abstenção,

¹⁹² LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. v.1. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 21.

¹⁹³ *Direito civil brasileiro II: teoria geral das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 25.

¹⁹⁴ *Direito das Obrigações: fundamentos dos direitos das obrigações e introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2007, p. 35.

¹⁹⁵ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 64.

numa omissão ou, como diziam os romanos, num *non facere*. Por isso, continua o autor, em lugar de se dizer que a prestação consiste numa ação ou em uma certa atividade do devedor, é mais correto afirmar que a prestação se traduz em certo comportamento ou conduta do obrigado.

A prestação (dar, fazer e não fazer) é o objeto imediato (próximo, direito) da obrigação. Objeto mediato ou objeto da prestação é, pois, na obrigação de dar, a própria coisa. Não se confunde o ato da prestação, a que o obrigado se encontra vinculado, com a coisa material, sobre o qual aquele ato incide.¹⁹⁶

Fernando Noronha¹⁹⁷ assinala que:

o verdadeiro objeto da obrigação é a prestação devedora, mas esta é apenas a conduta do devedor. A coisa ou fato (ação ou omissão) a que a conduta diz respeito são o objeto da prestação devedora.

Como se vê, é preciso distinguir a conduta exigível do devedor da coisa ou do fato em que o credor está verdadeiramente interessado; todavia, se a coisa a ser entregue ou o fato a ser realizado são objeto da prestação devedora, eles também serão objeto da própria obrigação. Daí que se pode dizer que são dois os objetos da obrigação: a prestação devedora será o seu objeto direto, ou imediato; a coisa ou fato a serem prestados (objeto da prestação) serão o seu objeto simplesmente indireto, ou mediato.

Os requisitos da prestação são os mesmos do objeto material sobre o qual ela incide¹⁹⁸ e também deve ter conteúdo econômico ou conversível economicamente¹⁹⁹. Nesse sentido, Venosa²⁰⁰ ensina que

No sentido técnico, temos de admitir sempre, como faz a doutrina tradicional, que a obrigação deve conter uma

¹⁹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 25.

¹⁹⁷ *Direito das Obrigações: fundamentos dos direitos das obrigações e introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 36.

¹⁹⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008., p. 16.

¹⁹⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: teoria geral das obrigações*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 35.

²⁰⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 17.

prestação de conteúdo direta ou indiretamente patrimonial. O Direito não pode agir sobre realidades puramente abstratas. Uma obrigação que não possa resumir-se, em síntese, a apreciação pecuniária, ainda que sob o prisma da execução forçada, ficará no campo da Moral, não será jurídica.

No mesmo sentido, Sílvio Rodrigues²⁰¹ afirma que a maioria dos juristas entende que a prestação tem sempre um conteúdo patrimonial, porque, caso contrário, seria impossível reparar perdas e danos, no caso de descumprimento.

Ainda, sobre o mesmo tema, Carlos Roberto Gonçalves²⁰² assinala que a patrimonialidade tem sido considerada da essência da prestação, mesmo quando corresponda a interesse moral.

Fernando Noronha, por sua vez, assevera, com o que desde já se concorda, que

não nos parece exato afirmar a necessidade de a prestação debitória ter valor econômico, para que possamos falar de uma obrigação jurídica; é certo que normalmente ela tê-lo-á, mas sem que isso aconteça sempre. O que é indispensável é que o interesse do credor seja digno de tutela.

Em síntese, cumpre assinalar que o objeto imediato da prestação é o objeto mediato da obrigação.

A prestação dar-se-á como cumprida, quando o devedor cumprir a prestação conforme empenhada.

O dispositivo legal que dá guarida tal afirmação é o 313 do novo Diploma Civil: o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa.

²⁰¹ *Direito Civil*: parte geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 1985-1986, p. 7.

²⁰² *Direito civil brasileiro I*: teoria geral das obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 28.

A regra está em consonância com os princípios da pontualidade, exatidão e integralidade no cumprimento da prestação.

Caio Mário da Silva Pereira assinala que²⁰³,

Num resumo preciso das qualidades e dos requisitos do objeto do pagamento, deve ele reunir a identidade, a integridade e a indivisibilidade, isto é, o solvens tem de prestar o devido, todo o devido e por inteiro.

O devedor só tem cumprida a obrigação com o efeito liberatório se entregar ao credor exatamente o objeto que prometeu dar, nos casos das obrigações de dar; realizando o ato a que se obrigou nas obrigações de fazer; ou abstendo-se do fato nas obrigações negativas²⁰⁴.

Como o próprio regramento legal prevê, o credor não é obrigado a receber coisa diversa da pactuada, mas poderá consentir em tal operação²⁰⁵, como expressão da autonomia privada.

Em razão do requisito da integralidade, mister anotar que todas as prestações constantes do programa contratual deverão ser cumpridas, sob pena de configurar o inadimplemento, com as conseqüências que dele advêm.

3.9.6 Obrigações Secundárias – Deveres secundários de prestação

Efetuados os contornos do objeto do contrato, da obrigação e da prestação, importante se faz hierarquizar as obrigações dentro do programa contratual.

²⁰³ *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 183 .

²⁰⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria das obrigações*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 254.

²⁰⁵ Cf. art. 356 do Código Civil.

Ao lado das obrigações que se revelam, no conteúdo contratual como principais, primárias ou típicas, podem surgir, na vida da relação obrigacional, outras que se denominam deveres secundários de prestação. Nesta categoria, incluem-se os deveres acessórios da prestação, assim denominados os destinados a preparar o cumprimento ou assegurar a perfeita execução da prestação, mas principalmente os deveres relativos a prestações substitutivas ou complementares da prestação principal, que se apresentam como sucedâneo da obrigação principal e ainda os deveres compreendidos nas operações de liquidação das relações obrigacionais duradouras.²⁰⁶

Fernando Noronha²⁰⁷ assinala que

já se tornou corrente classificar a generalidade de deveres que podem estar presentes na relação obrigacional em deveres principais (ou primários), deveres secundários (ou acessórios) e deveres fiduciários (ou anexos, laterais e mero deveres de conduta). Tanto os deveres principais como os secundários são dirigidos à realização de prestações específicas predetermináveis, sendo os primeiros aqueles que caracterizam a obrigação e sendo os segundos aqueles respeitantes a prestações outras, mas ainda diretamente ligados à realização das primeiras.

No dizer de Judith Martins Costa²⁰⁸, são os deveres de prestação secundários, que juntamente com os principais, visam conferir ao credor determinado benefício por meio de um direito à prestação, ao qual corresponde o dever de prestar.

Dependendo do tipo contratual, bem como se se trata de um contrato simples, misto, uma rede de contratos, a identificação de obrigação, ou melhor,

²⁰⁶ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 122.

²⁰⁷ *Direito das obrigações: fundamentos dos direitos das obrigações e introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 78.

²⁰⁸ *Comentários ao Novo Código Civil: do direito das obrigações. Do inadimplemento e da extinção das obrigações* (arts. 304 a 388). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 47.

obrigações principais e obrigações secundárias, será uma tarefa amena ou árdua.

As partes, dentro da liberdade contratual que lhes é conferida pela autonomia privada, podem eleger quais serão as obrigações principais e quais serão as secundárias ou acessórias.

Entretanto e especialmente nos contratos típicos, a identificação se dará pela lei, pois a obrigação principal definirá o tipo contratual.

Nada impede que uma obrigação que tenha a vocação de ser secundária ou até mesmo dever de conduta, como é o caso do já citado exemplo do sigilo, seja eleita como principal por vontade das partes.

As obrigações secundárias têm, portanto, esse caráter de permitir que o objeto do contrato seja cumprido de maneira a satisfazer os interesses das partes. Assim, na venda de um automóvel, além da entrega do veículo (obrigação principal) com a devida transferência documental, os documentos e tributos anteriores devem estar em ordem. Em um contrato de transporte de coisa, o objeto do contrato não se resume ao transporte de um bem determinado em troca de determinada remuneração (dever principal). Cabe ao contratante, em caso de exigência, fornecer também a descrição detalhada sobre os bens a serem transportados.

E assim, muitos exemplos podem ser fornecidos tanto nos contratos típicos como nos atípicos.

O que importa esclarecer também é que os deveres secundários também integram o objeto do contrato. Todavia, nessa condição de secundários, se violados, não geram, necessariamente, a resolução do contrato, no sentido de impedir de forma efetiva que se atinja a finalidade

pretendida. Geralmente, sua violação pode vir a ser regularizada *a posteriori*, pelo cumprimento tardio que não inviabiliza o negócio ou ser resolvido em apuração de perdas e danos, sem, contudo, resolver o contrato.

3.9.7 Deveres laterais

Tendo a boa-fé objetiva como um dos princípios basilares do contrato, bem como *status* de requisito do negócio jurídico, dela decorre um sem número de deveres que percorrem a vida (e a morte) da relação contratual. Assim, pode-se dizer que o alicerce de tais deveres, especialmente nas relações negociais, é a boa-fé objetiva.

Nesse sentido, a exigência de as partes agirem de boa-fé na formação e execução da relação contratual, como ensina Regis Fichtner Pereira²⁰⁹, “importa necessariamente no reconhecimento da existência de deveres não expressamente referidos no contrato, que podem ser qualificados como deveres instrumentais ou secundários.”

Nelson Rosenvald²¹⁰, ao tratar do tema, ressalta que

Ao reconhecemos a autonomia dos deveres de conduta em relação à prestação primária, no âmbito de uma relação obrigacional complexa e dinâmica, vislumbramos que não há necessária coincidência temporal entre o nascimento e o recesso da obrigação principal e dos deveres laterais, já que estes afloram mesmo para antes da contratação como para depois do cumprimento do dever de prestar. A efetividade da boa-fé é flagrante.

Importante esclarecer que são várias as nomenclaturas oferecidas pela doutrina: deveres anexos, instrumentais, laterais, deveres de conduta, deveres fiduciários.

Sobre a diversidade de nomenclatura, Fernando Noronha anota que

²⁰⁹ *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 81.

²¹⁰ *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 110.

a nomenclatura destes deveres está muito longe de ser objeto de consenso; a primeira designação que lhes foi dada foi a de “deveres laterais”, mas a que ganhou a preferência da doutrina e da jurisprudência foi a de “deveres anexos”; todavia nós temos como mais adequada a de “deveres fiduciários”, porque é denominação que aponta diretamente para o fato de eles serem exigidos pelo dever de agir de acordo com a boa-fé, tendo como fundamento a confiança gerada na outra parte.²¹¹

Antunes Varela revela que

diferentes dos deveres primários ou secundários de prestação são os deveres de conduta que, não interessando directamente à prestação principal, nem dando origem a qualquer acção autónoma de cumprimento, são todavia essenciais ao correcto processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra.²¹²

Tais deveres têm como particularidade o seu escopo, que diz com o exato processamento da relação obrigacional, considerada como uma totalidade unificada finalisticamente e considerados os legítimos interesses de ambos. São marcados pela instrumentalidade e não decorrem necessariamente do exercício da autonomia privada nem da explicitação legislativa.²¹³

Assim, são os deveres que excedem o próprio e estrito dever de prestação e que resultam para ambas as partes cumprir o que foi expressamente pactuado, com base na boa-fé, também denominados “deveres de conduta”.

São todos aqueles decorrentes do fato jurígeno obrigacional cujo escopo não seja, directamente, a realização ou substituição da prestação, sendo

²¹¹ *Direito das obrigações: fundamentos dos direitos das obrigações e introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 81.

²¹² *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 123.

²¹³ *Comentários ao Novo Código Civil: do direito das obrigações. Do inadimplemento e da extinção das obrigações (arts. 304 a 388)*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 47.

possível concluir, assim, que esses deveres estão presentes, em maior ou menor grau, no conteúdo normativo das relações obrigacionais.²¹⁴

Os deveres laterais de conduta são numerosos especialmente nas relações obrigacionais que se estendem no tempo, como os contratos de prestação continuada.²¹⁵

Não é possível enumerar de forma taxativa quais são os deveres laterais, mas como forma de exemplificação, Judith Martins-Costa²¹⁶ colaciona os deveres

de lealdade, de cuidado, previdência e segurança; aviso e esclarecimento; de informação, de consideração com os legítimos interesses do parceiro contratual; de proteção ou tutela com a pessoa e o patrimônio da contraparte de não aguardar a situação do parceiro contratual; de evitar ou diminuir os riscos; de abstenção de condutas que possam pôr em risco o programa contratual; de omissão e de segredo, em certas hipóteses, deveres que podem anteceder o contrato, na chamada fase pré-contratual, ou mesmo prolongar-se findo o negócio, hipótese de responsabilidade pós-contratual.

3.10 Conclusão

Foi colocado, de forma incisiva e insistente ao longo do presente trabalho que o objeto do contrato, visto como objeto imediato, é o programa contratual resultante do consenso.

O programa contratual abarca todo o complexo relacional que se estabelece com a criação de obrigações primárias, secundárias, com o

²¹⁴ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 75.

²¹⁵ NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 163.

²¹⁶ *Comentários ao Novo Código Civil: do direito das obrigações. Do inadimplemento e da extinção das obrigações (arts. 304 a 388)*. Rio de Janeiro. Forense, 2005, p. 50.

conteúdo que se adere no caso dos contratos típicos, com eventuais ônus, sujeições, direitos potestativos, bem como com deveres jurídicos, inclusive deveres laterais. Portanto, não se pode entender o objeto do contrato como sinônimo da obrigação principal.

Assim, a visão do objeto do contrato como tal complexo, requer, necessariamente, a inclusão das obrigações secundárias, dos deveres laterais, como integrantes do objeto do contrato.

Não se trata de alargar o objeto. Mas de compreender a amplitude de seu âmbito.

O cumprimento da obrigação principal, num contrato, poderá ou não extinguir toda a relação estabelecida. A resposta dependerá da análise do caso concreto.

Em termos gerais, importante anotar que os deveres secundários de prestação, como anexos ou acessórios ao dever principal, tendem a serem satisfeitos com o cumprimento da obrigação principal, pois, se serviam como um benefício ao credor, como forma de garantia ou indenização pela impossibilidade de cumprir o prometido, uma vez que a prestação devida foi integralmente cumprida, eles também terão por satisfeitos e extintos.

Quanto aos deveres laterais, ou denominados deveres de conduta, estes podem se manter, apesar de o objeto principal (juntamente com os deveres secundários, quando existentes) ter sido cumprido. Tal circunstância decorre do dever de conduta ser um dever pautado na boa-fé, na confiança, na lealdade.

Supondo uma prestação de serviços que envolva o acesso a dados sigilosos, a prestação pode ser cumprida em sua integralidade, mas o dever de sigilo permanece, pois é um dever de conduta.

Portanto, o objeto do contrato, como objetivo, se realiza de forma gradativa, ao serem cumpridos todas as obrigações, prestações e deveres instituídos no programa contratual (objeto imediato do contrato).

4 VICISSITUDES NO OBJETO NO DECORRER DO CONTRATO

4.1 Considerações preliminares

No primeiro capítulo, cuidou-se da linguagem, da comunicação, do direito como fenômeno comunicativo, do direito como função de garantir expectativas normativas. Falou-se ainda da linguagem contratual, das formas de manifestação de vontade e da importância da pessoa humana se autoderminar, dentro dos limites do ordenamento jurídico, e poder estabelecer negócios, dispor de sua vontade de maneira livre.

O homem sempre foi e sempre será o mediador entre a língua e a realidade, ele é o modo de intercalar entre o mundo e a linguagem.

A realidade sempre será muito mais rica e complexa que a linguagem.

Importante ressaltar, no dizer de Susy Gomes Hoffmann²¹⁷,

que há fatos e sentimentos que nunca serão descritos em linguagem e, por conseqüência, jamais haverá a comunicação entre os seres sobre esses fatos e esses sentimentos. A comunicação ocorre pela linguagem e, assim, a linguagem é uma abertura de relacionamento de um ser para o outro ser, mas também é uma redução do mundo, porque, como veremos, a linguagem, por mais perfeita que seja, jamais chegará ao fato ou ao sentimento em sua essência, por isso que sempre os reduzirá.

Não se nega, com isso, a vital importância da linguagem nos contratos. A linguagem adequada sobre o objeto do contrato, do programa contratual e da finalidade do contrato, fará com que a complexidade da realidade traga menos infortúnios à relação contratual.

²¹⁷ *Teoria da prova no direito tributário*. Campinas: Copola Livros, 1999, p. 31.

Sem qualquer dúvida, a linguagem quando manifesta a vontade das partes, quando bem articulada, quando utilizada das melhores técnicas e, especialmente, quando fruto da boa-fé, revela o objeto/objetivo do contrato da forma como querido pelas partes e estabelece o objeto/conteúdo de forma a permitir que a finalidade seja atingida sem maiores sobressaltos.

Todavia, a linguagem reflete o momento do consenso. É certo que a linguagem utilizada na norma privada que cria uma nova relação jurídica pode ser de tal forma que percorra, em hipótese, as possíveis situações futuras e as previna; daí se dizer, na esteira de Luhmann, que terá a função de garantir as expectativas normativas. Terá a função contrafática de garantir as desilusões.

Entretanto, a relação contratual, como o todo complexo, exige atitude, atividade dos contratantes. A atividade envolve comportamento.

Por óbvio não se adentrará em questões psicológicas, ou subjetivas, visto que estão fora do âmbito jurídico. Mas, o comportamento das partes pode se alterar ao longo da relação contratual.

Daí a necessidade de os princípios contratuais atuarem de forma efetiva, especialmente o da boa-fé objetiva, de forma a não permitir que a mudança de comportamento, de expectativas, faça por defraudar a relação estabelecida.

Essa situação ocorre porque, à medida que a relação contratual se desenvolve, surgem novas obrigações, que podem ter vida completamente diferente e autônoma da relação obrigacional complexa que a gerou.

Antunes Varela²¹⁸ assevera que às obrigações que se criam entre as partes no momento da conclusão do contrato se acrescentam as que se vão

²¹⁸ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Livraria Almedina, v. 1, p. 47.

constituindo entre elas, na medida em que a relação obrigacional se desenvolve no tempo. Têm ou podem ter uma vida completamente distinta e autônoma da relação obrigacional complexa que a gerou.

Mas para Luhmann, o direito é uma generalização congruente e dinâmica entre normas, instituições, núcleos significativos, possibilitando socialmente, uma imunização simbólica de certas expectativas contra os fatos, em termos de se poder atuar de modo indiferente ao que realmente acontece ou venha a acontecer.

Massimo Bianca²¹⁹, por sua vez, entende que o conteúdo do contrato compreende aquilo que as partes estabeleceram, seja em ordem aos resultados materiais, seja em ordem dos efeitos jurídicos. O conteúdo representa e exprime a decisão das partes, enquanto os efeitos jurídicos representam tão somente a modificação da situação de direito. Pode ocorrer que tanto os efeitos jurídicos como os resultados materiais almejados não coincidirem com o programa das partes.

Em geral, a obtenção do resultado, jurídico ou material, surge na fase de atuação do contrato, e a atuação pode divergir, em medida mais ou menos ampla do que foi estabelecido.

A alteração da realidade no decorrer da relação estabelecida e a manutenção da finalidade do contrato é ponto que requer atenção. Judith Martins-Costa²²⁰, nesse sentido, preleciona:

Daí a importância da análise interna da relação obrigacional, pois, como já observamos, a análise meramente externa não se ocupa em visualizar como os direitos e deveres se estruturam, em cada caso muitas vezes em diferentes graus de

²¹⁹ *Diritto Civile: Il contratto*. Milano: Giuffré. 1987, p. 311-373.

²²⁰ *Comentários ao novo Código civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 13.

intensidade; nem como podem, alguns deles, nascer depois de criada a relação, ou como se desenvolvem no tempo; ou como podem parcialmente cessar, ou subsistir, ou modificar-se, consoante as vicissitudes da realidade, sem que se perca, por isso a unidade finalista da relação. Em breves palavras: a análise externa prende-se, exclusivamente ao ato criador da relação obrigacional bipartindo-o entre a vontade (contrato) e o delito, e tem subjacente a imagem de uma relação estática entre duas partes: um devedor frente a um credor. Porém, a imagem de uma pessoa a quem incumbem os direitos e outra obrigada ao dever de cumprimento é, na verdade, uma concepção demasiadamente simplista para ser real. Em torno de cada um dos intervenientes da relação se compõe um feixe de direitos, obrigações, deveres secundários, anexos, poderes formativos, ônus, etc., articulados dinamicamente. Ora, a análise interna – diferentemente do que objetiva a análise externa – tem em mira justamente a dinâmica atividade pela qual os sujeitos se relacionam e se estruturam, no tempo e no espaço, os seus interesses. Por isso pode contribuir com uma concepção mais realista da relação obrigacional, compatibilizando a noção teórica com o que ocorre na vida cotidiana das pessoas.

Assim, a vida cotidiana das pessoas imprime um ritmo dinâmico às relações. Tal circunstância refletida no contrato demonstra que o objeto do contrato pode sofrer vicissitudes.

As alterações que se sucedem à conclusão do negócio são diversas e podem ocorrer por múltiplas razões. Podem ser ocasionadas pela deficiência da linguagem contratual que não refletiu a real expectativa das partes e pela norma privada que nasceu diferente da idealizada, ou pela alteração do comportamento das partes, ou ainda podem ocorrer situações que interferem diretamente no contrato, como a evicção, vícios redibitórios, onerosidade excessiva, ou pode ocorrer de uma das partes escolher não cumprir com uma obrigação principal, acessória, um dever de conduta estatuído pelo contrato.

A contingência da relação normativa é sempre essa: tudo pode ser diferente do que é, porque, a partir de uma complexidade (inúmeras possibilidades), ocorre uma seleção (escolha). Há que se lembrar que sempre

é possível não cumprir uma obrigação, daí decorre a prescrição de uma sanção.

A pretensão em se tratar das vicissitudes no objeto é a de apresentar, de forma concisa, algumas situações que decorrem de eventuais alterações que afetam o objeto do contrato, para se verificar que a dinamicidade da relação contratual impõe a análise do caso concreto.

4.2 A manutenção da equivalência das prestações.

O principal ponto que se apresenta para os contratos bilaterais, sinalagmáticos, comutativos e paritários, para a análise das vicissitudes do objeto, é a tormentosa questão da manutenção da equivalência das prestações. Deve-se ter em vista que as relações jurídicas são entabuladas tendo em vista o conteúdo econômico da contraprestação que será auferida no negócio.²²¹

Quando as partes dispõem sobre o objeto contratual, e quando se trata de contrato sinalagmático e comutativo, a reciprocidade e possível equilíbrio das prestações, na forma como previsto pelas partes, nem sempre se mantêm no curso do contrato. Ressalte-se, contudo, que as partes devem envidar seus melhores esforços para preservarem as bases do contrato.

Para a análise dessa questão, necessário se faz retomar o princípio da justiça contratual.

²²¹ Cf. Giovanni Ettore Nanni. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 367.

Assim, consoante disposto quando se tratou dos princípios contratuais, o equilíbrio contratual, ou a denominada justiça contratual, remete à justiça substancial objetiva, que pode ser encarada sob dois prismas: o da equivalência entre prestação e contraprestação e o da distribuição eqüitativa (ou justa) de ônus e riscos.

Fernando Noronha²²² relata, fundamentado em Larenz, que o princípio objetivo da equivalência permaneceu subjacente a diversos preceitos legais, como aqueles do Código Civil em que se permite reclamar abatimento de preço por deterioração da coisa adquirida, por vício redibitório, por evicção parcial, etc., ou aqueles que limitam o valor da cláusula penal, ou dão ao juiz o poder de reduzi-la, que dão suporte à obrigação de indenizar que recai sobre o contratante inadimplente e os referentes à exceção do contrato não cumprido, cita leis esparsas, dentre outros exemplos, para arrematar ao final que o princípio da equivalência permanece atuante no ordenamento jurídico, sendo até, no nosso tempo, o fundamento de algumas muito importantes construções doutrinário-jurisprudenciais, como a teoria da imprevisão e a correção monetária.

Quanto ao princípio da distribuição eqüitativa (ou justa) de ônus e riscos, Fernando Noronha²²³ sustenta que esse princípio exerce, como lembra Larenz,

²²² *O Direito dos contratos e seus princípios fundamentais*: São Paulo: Saraiva, 1994, p. 223.

²²³ *Ibidem*, p. 221. O autor cita o exemplo, como o próprio Larenz faz notar, se o comprador solicitar ao vendedor que lhe remeta a coisa adquirida, e se esta durante o transporte sofrer danos, o art. 1128 (que corresponde ao artigo 494 do Código civil vigente) determina, para a hipótese de nada haver ficado estabelecido a este respeito, que os riscos correrão por conta do comprador – o que significa que este vai arcar com o prejuízo resultante da danificação da coisa, apesar de não ter havido ainda transferência da propriedade, a qual se opera apenas no momento da tradição.

“um domínio de grande alcance no direito legal dispositivo”, isto é, nas normas supletivas:

Em rigor, é ainda a preocupação com uma eqüitativa distribuição de riscos que está subjacente a preceitos como o do art. 865²²⁴ e todos os demais que permitem a resolução do contrato, fundada na impossibilidade da realização da prestação de uma das partes: quem já tiver dado alguma coisa e agora não puder receber a contraprestação, como seria exigido pelo princípio objetivo da equivalência, terá pelo menos o direito de pedir de volta o que houver dado; é sobre a outra parte, que não realizou a prestação a que se obrigara, que deve recair o risco, o prejuízo resultante da impossibilidade desta.

Fernando Noronha²²⁵ enfatiza que

A presunção de realização da justiça substancial objetiva através do mero acordo das partes, consubstanciado no contrato, só não valerá em casos especiais, em que as razões em que se baseia não se verifiquem – como quando não se realizam as condições de justiça formal (seja devido à presença de vícios do consentimento ou à existência de incapacidades, seja por não ser possível qualquer discussão sobre o teor do contrato, como acontece nos contratos padronizados e de adesão), ou quando, ainda, em tais condições estejam presentes, outros fatores que efetivamente gerem gritante desproporção entre prestação e contraprestação (como acontece quando vem a ser destruída a relação de equivalência em que as partes haviam fundado o seu negócio).

Dessa forma, tem-se que a concretização da justiça contratual, na forma concebida como substancial objetiva, se faz de tal forma que deve se manter a equivalência entre as prestações bem como a distribuição eqüitativa de ônus e riscos.

Giovani Ettore Nanni²²⁶ assevera que

se a contraprestação decorrente do contrato não mais equivale economicamente àquela do momento que o negócio jurídico foi firmado, verifica-se que a outra parte usufrui de um proveito em

²²⁴ Que corresponde ao artigo 234 do Código civil vigente.

²²⁵ *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 226.

²²⁶ *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 367.

relação à outra, visto que, em regra, continua recebendo a mesma prestação, mas em contrapartida, paga menos do que fora ajustado. É nítida a caracterização do locupletamento injusto.²²⁷

Nesse sentido, e de forma exemplificativa, sem se adentrar na complexidade que todos os conceitos e institutos requerem, importa visitar alguns dos institutos que demonstram como o sistema jurídico tem mecanismos de ajustes que tentam re-equilibrar eventuais desequilíbrios ocasionados pelas vicissitudes. Ou, ainda, verificar que, não sendo possível o re-equilíbrio, o sistema prevê a resolução do contrato, pois não seria admissível, não sendo mais possível o cumprimento da obrigação, manter o vínculo, aprisionando o devedor.

Ressalte-se, todavia, que sempre será lícito, às partes, em contratos paritários, mediante o uso da autonomia privada, resolverem, de forma consensual, eventuais desequilíbrios nas prestações, o que, inclusive, pode (e deveria) estar previsto no programa contratual, integrando, de forma explícita, o objeto/conteúdo do contrato.

4.2.1 Tutela do Sinalagma

O estudo acerca do objeto do contrato teve como limitação, no presente trabalho, os contratos bilaterais, sinalagmáticos, comutativos e paritários.

Portanto, o objeto/conteúdo do contrato requer sempre a reciprocidade de prestações, a formação do sinalagma que forma o jogo complexo de prestações e contraprestações, de direitos e deveres, ônus e bônus.

²²⁷ Ibidem, p. 368: completa ainda o autor: “na maioria das vezes, esse fenômeno não ocorre por vontade das partes, não sendo lícito, todavia, ignorar que tal situação é nociva para o direito, violando as bases elementares do direito obrigacional, especialmente o princípio da função social e o que veda o enriquecimento sem causa.”

Nesse sentido, a manutenção do equilíbrio contratual, requer que o pêndulo da balança de prestações e contraprestações não caia para um lado ou para outro, mas que sempre se alterne entre os dois.

Assim, tendo em vista que o contrato é um todo dinâmico, é sabido que no curso da relação contratual as alterações podem ocorrer. Daí o sistema jurídico, ter mecanismos que permitam o restabelecimento do sinalagma, ou para que se mantenha o contrato, ou para que ele seja resolvido colocando um fim na relação contratual (sem o total cumprimento das obrigações), podendo, ainda, a parte lesada ser ressarcida em perdas e danos.

Tal sistema, que tutela a reciprocidade, é a forma que o ordenamento jurídico encontra para garantir as expectativas normativas nos contratos bilaterais. Como forma de exemplificar, trata-se, a seguir, de algumas formas de concretização da referida tutela.

4.2.1.1 Teoria da Imprevisão

O Código Civil de 2002, segundo Laura Coradini Frantz²²⁸, tutela a manutenção do sinalagma funcional dos contratos em dois momentos distintos, no artigo 317 e nos artigos 478 a 480. Entende, a referida autora, que tais artigos são manifestações das diretrizes de eticidade e socialidade.

Cumprindo ainda anotar as palavras de Otavio Luiz Rodrigues Junior²²⁹:

Eliminem-se a negligência, a imprudência, a imperícia. Observem-se as cautelas, o cálculo, a exação de um bom pai de família. Afastem-se os acontecimentos inevitáveis, quase sempre associados a eventos naturais. Após todas essas exclusões, será possível investigar os acontecimentos supervenientes e interpretá-los no âmbito da execução do contrato, à luz dos modernos princípios contratuais, e concluir

²²⁸ *Revisão dos contratos*: elementos para sua construção dogmática. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 95.

²²⁹ *Revisão judicial dos contratos*: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 143.

sobre a possibilidade de ser aplicada a teoria da imprevisão, cujo nome já apresenta sinais evidentes de esgotamento histórico.

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

Conforme Laura C. Frantz, tal previsão foi cunhada, inicialmente, para atender as hipóteses de desvalorização da moeda, e apesar de a expressão “desvalorização monetária” ter sido retirada do texto, tem-se por certo, que essa é uma importante causa de utilização do disposto no referido artigo.

Giovanni Ettore Nanni ressalta que um dos aspectos que causam maior complexidade e geram desequilíbrio nas prestações é a inflação, que, dentre seus efeitos, gera a corrosão da moeda e um deletério comprometimento das bases estruturais do negócio.²³⁰

A equivalência das prestações traz segurança e estabilidade ao negócio. Daí a necessidade de se analisar o princípio do nominalismo e a aceitação da correção monetária, como forma encontrada pelo ordenamento para estancar a alavancagem de inúmeros desequilíbrios contratuais ocorridos em razão da inflação.

Pelo princípio do nominalismo, conforme Sílvio Rodrigues²³¹, o devedor de uma importância em dinheiro se libera oferecendo a quantidade de moeda inscrita em seu título de dívida e em curso no lugar do pagamento, seja qual for a alteração no valor intrínseco da moeda.

²³⁰ *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 368.

²³¹ *Direito civil: parte geral das obrigações*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 143.

Explica ainda o referido autor que o princípio do nominalismo foi proclamado a propósito do mútuo pelo artigo 1895 do Código Civil francês e adotado pelos demais códigos modernos, ao ver generalizado da doutrina francesa, a todas as dívidas em dinheiro.

Tendo em vista que em 1916, à época da promulgação do Código anterior, a realidade econômica era diferenciada, os valores eram diversos, a visão era essencialmente individualista e patrimonialista, as questões monetárias sofreram inúmeras alterações, assim destacadas por Renan Lotufo²³²:

Nosso legislador alterou bastante a legislação sobre a moeda corrente, tanto que, depois do texto inicial do art. 947 do Código de 1916, tivemos o Decreto n. 21.316, de 25-4-1932, que proibiu o curso das moedas estrangeiras, o Decreto n. 23.501, de 27-11-1933, que vedou a estipulação da cláusula ouro, seguindo-se inúmeras leis, que começaram por instituir o cruzeiro, em substituição ao mil-réis, até chegar ao atual real, pela Lei n. 9069, de 29-6-1995, que o instituiu como moeda corrente.

Importante anotar que, no Brasil, a moeda corrente – Real – tem curso legal e forçado, bem como efeito liberatório²³³.

A cláusula de escala móvel, que permite a variação da prestação do devedor segundo os índices do custo de vida ou segundo os preços de determinadas mercadorias relativiza o princípio do nominalismo e permite um

²³² *Código civil comentado: obrigações: parte geral* (arts. 233 a 420). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 219.

²³³ Explicitando tais conceitos, pode-se dizer que moeda corrente designa a moeda que tem curso legal em determinado território, o Real, no caso do Brasil. A moeda dotada de curso legal pode ou não ter curso forçado. Curso legal é o efeito liberatório nos pagamentos que a lei atribui a uma ou mais moedas num determinado país. Já o curso forçado é o que tem a moeda quando a lei determina que um certo padrão monetário dotado de curso legal tem de ser obrigatoriamente aceito pelo credor, não podendo ser recusado o seu valor liberatório pela convenção das partes. Assim sendo, para estabelecer a força liberatória dos meios de pagamento, o Estado estabelece uma relação entre os meios e a unidade monetária.

sistema de equilíbrio financeiro das prestações, fazendo concretizar o princípio do equilíbrio contratual.

Contudo, o artigo 317 não trata só das obrigações em dinheiro ainda que sejam as mais numerosas, pois que a interpretação integradora enseja aplicação mais genérica ao dispositivo.²³⁴

Por sua vez, o artigo 478 do Código Civil autoriza a resolução do contrato em razão da onerosidade excessiva.

Os contratantes, ao celebrarem o contrato, levam em consideração um ambiente econômico contemporâneo e fazem, por meio do programa contratual, uma previsão para o futuro, e, assim sendo, o contrato tem de ser cumprido, ainda que não proporcione às partes o benefício esperado. Mas, se ocorrer modificação profunda nas condições objetivas na época da execução do contrato, em relação às condições da época da celebração, imprevistas e imprevisíveis naquele momento e geradoras de onerosidade excessiva para um dos contratantes e vantagem para o outro, cabe ao prejudicado recusar a prestação, por meio de tutela jurisdicional.

Não se justifica por tal teoria uma apreciação subjetiva do desequilíbrio das prestações, mas sim a ocorrência de um acontecimento extraordinário que tenha gerado a mutação do ambiente objetivo, de tal monta que o cumprimento do contrato implique em si mesmo e por si só, no enriquecimento de um e empobrecimento do outro.

Assim, a lei confere à parte o poder de rescindir como remédio por onerosidade ou intolerabilidade do prosseguimento da relação, e, nesse caso,

²³⁴ LOTUFO, Renan. *Código civil comentado: obrigações: parte geral* (arts. 233 a 420). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 228.

a rescisão constitui um poder de auto-tutela e o seu exercício está sujeito ao controle de adequação do mesmo à sua função²³⁵.

Portanto, no dizer de Mônica Yoshizato Bierwagen²³⁶,

a teoria da imprevisão, também chamada de revisão contratual, consiste na possibilidade de desfazimento ou revisão forçada do contrato quando, por eventos imprevisíveis e extraordinários, a prestação de uma das partes tornar-se exageradamente onerosa.

A possibilidade de revisão do contrato, com base na onerosidade excessiva foi omitida no Código Civil de 1916, mas, admitida pela doutrina e jurisprudência, foi positivada no Código Civil de 2002, nos artigos 478 a 480.

Pelo disposto em lei, aplica-se a resolução por onerosidade excessiva em contratos de execução continuada ou diferida, em que em razão de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis torne a prestação onerosa para uma das partes e vantajosa para a outra,

Renan Lotufo²³⁷, ao comentar o artigo 156 do Código Civil, que trata da obrigação onerosa, a diferencia da onerosidade excessiva, da seguinte forma:

Cumprir destacar que nesse caso estamos falando de obrigação onerosa (imediate, única, visível de pronto, que imediatamente destrói a relação de equivalência entre a prestação e a contraprestação), e não de onerosidade excessiva (que destrói o sinalagma em consequência de alteração de circunstâncias no curso da existência de negócios de prestação continuada). Esta última reclama a aplicação da intervenção para o reequilíbrio das prestações, sob pena de rescisão do negócio, o que fez com que muitos se referissem à cláusula rebus sic stantibus (ou, "como deveria ser antes"), reclamando a volta a um status quo ante em que havia certa equivalência. A divergência doutrinária será oportunamente vista. Na obrigação onerosa, desde o nascimento do negócio não existe reequilíbrio algum, pois a obrigação nasce extremamente excessiva, sendo esta concomitante à declaração.

²³⁵ BIANCA, MASSIMO C., *Diritto Civile: Il contratto*. Milano: Giuffrè, 1987, p. 701.

²³⁶ *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 98.

²³⁷ *Código Civil Comentado*: VI. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 433.

Em síntese, Laura Coradini Frantz expõe que

O equilíbrio contratual, cujo meio de preservação no Código Civil é a revisão do contrato, caracteriza-se pela composição harmoniosa de seu conteúdo. O equilíbrio contratual é uma noção de múltiplas facetas, que abrange as diferentes etapas da vida do contrato. Ele poderá ser mais ou menos fácil de ser apreciado, dependendo da complexidade do contrato em questão²³⁸.

Assim, há que se perceber que a evolução legislativa culminada com o novo Código, denota uma alteração com relação à postura antes adotada, pois a possibilidade de correção monetária (com os limitadores do sistema), a teoria da imprevisão, a possibilidade de revisão judicial da prestação devida importam num sistema com novos princípios e valores, pautados na boa-fé, na justiça social e no solidarismo, o que faz lembrar que Giorgi Giorgi faz uma anotação importante ao tratar do elemento moral do direito das obrigações, pois entende ser esse elemento uma condição necessária e derivada da própria natureza das obrigações, pois uma teoria das obrigações que não se ajuste à consciência do povo seria a ruína dessa parte do direito, e, assim sendo, parece que a atual teoria está muito mais harmonizada com a sociedade.

4.2.1.2 Garantia do objeto em face dos vícios redibitórios e da evicção

Aquele que adquire a coisa em razão de contrato oneroso ou comutativo deve estar garante que a mesma não tem defeitos que a tornem impróprios à finalidade que se destina, ou que lhe prejudique o valor.

Vícios redibitórios são falhas ou defeitos ocultos existentes na coisa alienada, objeto do contrato comutativo ou doação onerosa, não comum às

²³⁸ *Revisão dos contratos*: elementos para sua construção dogmática. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 110.

congêneres, que a tornam imprópria ao uso a que se destina ou lhe diminuem sensivelmente o valor, de tal modo que o ato negocial não se realizaria se esses defeitos fossem conhecidos.”²³⁹.

Assim, pelo princípio da proteção (garantia), quem pratica ato de alienação assume a obrigação de garantir a coisa ao adquirente, sem qualquer defeito que a torne imprópria ao uso ou a eu desvalorize.²⁴⁰

Como defeito oculto, nenhuma das partes tinham conhecimento do defeito quando celebraram o negócio. É uma consequência do princípio da boa-fé objetiva, que as partes devem diligenciar nos seus interesses. Portanto, quando se tratar de defeito visível ou de fácil percepção não há que se invocar a proteção decorrente da garantia ao vício redibitório.

Não se deve confundir o vício redibitório com as figuras do inadimplemento e do erro essencial, como adverte Sílvio Rodrigues. No vício redibitório, o alienante cumpre a obrigação, embora de forma imperfeita em razão do defeito, portanto não há inadimplemento.

No vício redibitório, a coisa entregue é objeto do contrato, mas com defeito oculto; no erro essencial, o objeto não apresenta vício ou defeito, mas, para o declarante, carece de qualidade considerada existente ou a sua identidade não é a que foi suposta no momento da prática negocial.²⁴¹

Cumprido anotar que no exercício da autonomia privada, as partes podem ampliar, diminuir ou renunciar a garantia ao vício redibitório.

Ainda sob o princípio da garantia, há que se falar da evicção.

²³⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 126.

²⁴⁰ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 115.

²⁴¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 120.

Dá-se a evicção quando o adquirente de coisa móvel ou imóvel, em contrato oneroso, perde o direito de propriedade, posse ou uso, total ou parcialmente, geralmente por sentença judicial ou ato de desapropriação, devido a fato anterior ou contemporâneo à aquisição.²⁴²

José Eduardo da Costa²⁴³ aduz que

no direito civil a função da garantia da evicção, nos contratos onerosos, é recompor o equilíbrio contratual, abalado pelo rompimento da correspectividade das prestações. [...] a garantia da evicção consiste numa regulamentação dos direitos, deveres, ônus e obrigações decorrentes do rompimento da sinalagmaticidade das prestações. A garantia da evicção nos contratos onerosos é fenômeno pertinente à distribuição dos riscos inerentes às transações jurídicas contratuais em que existe a transmissão de um direito ou faculdade.

Conclui, também, o autor que a garantia da evicção não é inadimplemento contratual, pois a privação pressupõe coisa ou direito que já foi transferido para o adquirente. É princípio lógico que ninguém pode ser privado daquilo que não tem.²⁴⁴

Portanto, tanto a garantia do vício redibitório quanto da evicção são mecanismos que o sistema oferece para que o objeto do contrato possa ser respeitado.

4.2.1.3 *Inadimplemento e a manutenção ou resolução do contrato*

Consoante o exposto nas considerações preliminares deste capítulo, o contratante pode deixar de cumprir com uma, várias ou todas as obrigações primárias, secundárias, deveres (inclusive os de conduta), que foram estabelecidas pelo consenso e que formam o complexo do objeto do contrato.

²⁴² Ibidem, p. 129.

²⁴³ *Evicção nos contratos onerosos: fundamento, natureza e estrutura*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 104

²⁴⁴ *Evicção nos contratos onerosos: fundamento, natureza e estrutura*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 105.

Vale dizer, o contrato nasce válido, as partes se obrigam reciprocamente, visto que se trata de contrato bilateral, comutativo e paritário, mas, mesmo assim, podem deixar (voluntária ou involuntariamente) de cumprir com o avençado.

O descumprimento involuntário, especialmente em razão das hipóteses de caso fortuito ou força maior, não serão tratadas aqui, tendo em vista que são fatos que o devedor não pode evitar.²⁴⁵

A alteração no programa contratual, no caso do inadimplemento voluntário, ocorre em função de uma das partes (ou de ambas) não cumprir o estabelecido. Essa é sempre uma possibilidade a ser considerada.

Com o não cumprimento do programa contratual na extensão com o que foi estabelecido, há que se verificar qual a consequência advirá.

É do que se trata a seguir, também de maneira sucinta, com o objetivo de ampliar a discussão acerca do objeto do contrato.

4.2.1.3.1 *Inadimplemento absoluto e mora*

Pode-se entender o adimplemento como a

realização, pelas partes e conforme seus deveres específicos, de todos os interesses envolvidos na relação obrigacional e emanadas do vínculo, sejam eles do credor, sejam do devedor, possuindo este conjunto de interesses como norte básico, porém os interesses daquele.²⁴⁶

Assim, numa relação contratual, na qual se institui uma série de deveres e obrigações, há que se verificar como se dará o adimplemento e, na via inversa, quais as consequências e extensões do inadimplemento.

²⁴⁵ Conforme Alves Moreira, apud Agostinho Alvim, *Da Inexecução das Obrigações e Suas Consequências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 325.

²⁴⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 122.

O adimplemento das obrigações deverá ocorrer em consonância com o estabelecido no programa contratual, pois, do contrário, se estará perante o inadimplemento.

Como refere Agostinho Alvim²⁴⁷, inadimplemento é gênero, compreensivo de duas espécies: inadimplemento absoluto e mora. Em princípio, a distinção entre inadimplemento absoluto e mora (que são, ambos, espécies de inadimplemento) está na possibilidade ou impossibilidade do cumprimento da obrigação. Sendo possível, ainda, o cumprimento da obrigação, tratar-se-á de mora, e não mais persistindo a possibilidade, de inadimplemento absoluto.

Ocorre inadimplemento toda vez que não seja mais possível²⁴⁸ o cumprimento da obrigação em momento posterior, e a mora quando ainda exista tal possibilidade de execução, o que é pacífico na doutrina.

Todavia, há que se verificar que o critério para a distinção reside, efetivamente, na possibilidade ou impossibilidade, sendo que essa (possibilidade ou impossibilidade) não há que se referir ao devedor e sim ao credor: possibilidade ou não de receber a prestação, o que é diferente.

O inadimplemento absoluto é precisamente a impossibilidade de receber (e não a impossibilidade de ser cumprida a obrigação pelo devedor) e a mora a persistência dessa possibilidade.

Para Agostinho Alvim, o elemento volicional, traduzido pela relutância consciente em não cumprir o avençado, nada disso deve servir para a distinção entre mora e inadimplemento.

²⁴⁷ *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 50.

²⁴⁸ Cuida-se aqui de impossibilidade *superveniente*, dado que a originária é causa de nulidade da obrigação.

Mario Julio de Almeida Costa²⁴⁹ assim disserta sobre o tema:

A primeira hipótese [inadimplemento absoluto] ocorre, 'maxime', quando a prestação, que ficou por efectuar na altura exacta, não mais poderá sê-lo, pois tornou-se para sempre irrealizável, mercê da sua impossibilidade material ou da perda do interesse do credor. [...] Do não cumprimento definitivo autonomiza o simples retardamento na prestação – a que se dá o nome de mora. Neste caso, a prestação ainda poderá ser cumprida, embora não tempestivamente.

Agostinho Alvim assevera ainda que a mora converte-se em inadimplemento absoluto, quando a prestação, por causa dela, tenha se tornado inútil ao credor. A transformação de mora em inadimplemento absoluto não dependerá exclusivamente do arbítrio do credor, porque o devedor pode insurgir-se contra a opção do credor, prontificando-se a purgar a mora quando seja o caso, isto é, desde que a prestação não tenha se tornado inútil ao credor. Assinala-se aí um movimento de vaivém: era mora, o credor quis transformá-la em inadimplemento definitivo (era direito seu), mas o devedor, usando também seu direito, colocou o caso no terreno da mora²⁵⁰.

Dessa forma, ocorrendo o inadimplemento da obrigação contratual, terá de se verificar se ocorreu inadimplemento absoluto ou mora e se atingiu toda a relação contratual ou a atingiu parcialmente.

Ocorrendo o inadimplemento absoluto ou a mora da obrigação principal poderá ocorrer a resolução total do contrato, ou se for possível manter a relação contratual, poderá ocorrer a resolução parcial do contrato.

4.2.1.3.2 Resolução do contrato

Denomina-se resolução a extinção do contrato por causa da inexecução, que se classifica em falta de cumprimento ou inadimplemento *stricto sensu*,

²⁴⁹ *Direito das Obrigações*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 956.

²⁵⁰ *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 1955, p. 52.

mora e cumprimento defeituoso. É o modo de extinção do contrato em decorrência de um fato posterior à celebração do contrato e que foi previsto pela lei ou pelos contratantes, em forma expressa ou tácita e com efeito retroativo²⁵¹.

É o meio posto à disposição da parte para romper o vínculo contratual mediante ação judicial. É própria dos contratos sinalagmáticos, quando o não descumprimento tem importância considerável, não se justificando nos contratos aleatórios.

Nos contratos bilaterais, a interdependência das obrigações justifica a resolução do contrato quando uma das partes torna-se inadimplente, conforme dispõe o artigo 475 do Código Civil:

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

Todavia, há sempre que se invocar que, em razão dos princípios contratuais, especialmente o da função social, os contratos nascem para ser cumpridos, e a preservação dos contratos é de extrema importância para que haja a segurança jurídica.

No mesmo sentido, os ensinamentos de Silvio de Salvo Venosa: “não se esqueça que, em qualquer caso, o contrato deve ser examinado à luz de sua função social (art. 421) e sob o prisma dos princípios de probidade e boa-fé (art. 422)”

²⁵¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januario C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 371 et seq.

Dessa forma, a resolução do contrato deve ocorrer em situações de inadimplemento absoluto, em afronta ao programa contratual de tal forma que seja impossível restabelecê-lo.

Ao se tratar de vicissitudes do objeto, o que se pretende é demonstrar que eventuais variações no programa contratual não deveriam ser causa de extinção da relação contratual por resolução, mas, principalmente, de se tentar manter a relação contratual e resolver eventuais descumprimentos por perdas e danos, conforme prevê o sistema.

4.2.1.3.3 Exceção do Contrato Não Cumprido

Quanto aos contratos sinalagmáticos, o sistema ainda prevê, além da resolução, a possibilidade de suspensão temporária do contrato.

Darcy Bessone ensina que

nos contratos bilaterais, as prestações são recíprocas e interdependentes (donnant, donnant, como dizem os franceses ou Zug um Zug como se exprimem os alemães). Obedecem, pois, a regra dos correlativos. Então, se um dos contratantes não cumpre a obrigação assumida, rompe-se a equivalência calculada ao celebrar-se a convenção, com repercussões fatais no jogo normal do contrato e nos próprios pressupostos do consentimento.²⁵²

O contratante prejudicado pode optar entre a dissolução do contrato e a suspensão temporária da execução do contrato até que a inadimplência seja sanada. Trata-se da exceção de contrato não cumprido, previsto expressamente no ordenamento jurídico pátrio no artigo 476: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.”

²⁵² *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 200.

A referida exceção estará legitimada quando se tratar de contrato bilateral ou sinalagmático, quando houver simultaneidade das prestações, bem como a boa-fé.

Silvio de Salvo Venosa²⁵³ ressalta que

o fundamento desse princípio repousa no justo equilíbrio das partes no cumprimento do contrato, fundamentalmente em razão da equidade, portanto. Trata-se de aplicação do princípio da boa-fé que deve reger os contratos, por nós já referido.

Ainda, sob tal exceção, prescreve o artigo 477 do Código Civil, que, se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

Nesse caso, não se trata de prestações simultâneas, mas sucessivas. Verifica-se, como aduz Darcy Bessone²⁵⁴, uma abstenção preventiva, inspirada ainda no princípio e na reciprocidade das prestações.

Portanto, verifica-se que o sistema oferece mecanismos de manutenção do equilíbrio das prestações, do sinalagma, sempre com fundamento na justiça contratual e na boa-fé.

4.2.1.3.4 Adimplemento Substancial²⁵⁵

Trata-se de execução do contrato que não se operou conforme os estritos termos de suas cláusulas, desviando-se de forma insignificante do programa contratual. Se esse desempenho anômalo representar algo de

²⁵³ *Direito Civil*. teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 382.

²⁵⁴ *Do contrato*: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 202.

²⁵⁵ No direito inglês, denominado de *substantial performance*.

somenos importância, a outra parte não poderá resolver a avença e será compelida a cumprir sua correspectiva prestação. Reserva-se, contudo, a esse contraente o direito à parcela faltante ou a perdas e danos exclusivamente em face da performance menos que perfeita do contrato.²⁵⁶

Tendo em vista que o objeto do contrato é um complexo de deveres, obrigações, prestações, não faria sentido entender que o não atendimento integral ao programa, em razão de um pequeno desvio no curso processual, pudesse ensejar a resolução do contrato. Seria fazer cair por terra o entendimento que o contrato é um sistema complexo. O entendimento ora expressado é que, sendo possível cumprir o programa contratual (objeto/conteúdo) de forma que a finalidade possa ser alcançada de forma satisfatória, eventuais desvios podem ser corrigidos por perdas e danos e, ainda, podem ter prévia e expressa estipulação no contrato, com a previsão de multa contratual.

Antonio Junqueira Azevedo²⁵⁷ observa que,

Na chamada “resolução parcial” também não é uma parte do contrato que é resolvida, e sim, alguma obrigação que dela surge, diversa da principal. Essa obrigação eliminada pode ser relativa a uma pessoa, ou a uma parte, desde que, no contrato, a ausência dessa pessoa, ou da parte, em nada altere, para os demais, o fim visado (resolução parcial subjetiva). Pode também a obrigação extinta ter integrado o conteúdo do contrato, sem que seja a principal, e, aqui, poderemos também ter resolução (resolução parcial objetiva), sempre desde que seja possível manter o contrato. No fundo, é ainda aplicação do princípio da conservação dos negócios jurídicos, que inspira figuras como a nulidade parcial (art. 14 do CC/2002), - mas, cumprindo lembrar que as nulidades em geral são examinadas

²⁵⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 72.

²⁵⁷ *Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio*. Classificação dos Atos Jurídicos Quanto ao Número de Partes e Quanto aos Efeitos. Os Contratos Relacionais. Contratos de Duração. Alteração das Circunstâncias e Onerosidade Excessiva. Sinalagma e Resolução Contratual. Resolução Parcial do Contrato. Função Social do Contrato in RT-832 – Fevereiro de 2005, 94º Ano, p. 132.

no momento da conclusão do contrato e, aqui, estamos tratando de sua execução.

Portanto, nesse caso de adimplemento substancial, estar-se-á, na grande maioria dos casos, perante uma possibilidade de manutenção do contrato, resolvendo-o apenas parcialmente, para que a parte lesada seja ressarcida dos danos sofridos, subsistindo, todavia, a relação contratual.

4.2.1.3.5 *Violação positiva do contrato*

Como já analisado, o sistema pátrio prescreve que os contratantes devem se pautar pela boa-fé objetiva em todas as fases da relação contratual.

Decorre do princípio da boa-fé objetiva um sem-número de deveres de conduta, também denominados anexos, fiduciários, laterais, sendo que eles também integram o objeto do contrato, e, em se tratando das vicissitudes do objeto, cumpre indagar qual a conseqüência do não cumprimento de tais deveres, principalmente se eles atingiriam de morte a relação contratual.

Mais uma vez, retoma-se o tema da linguagem contratual e da realidade.

Refletindo que a conduta pautada na boa-fé é um requisito para que o contrato possa adentrar no sistema jurídico como válido, a sua manutenção, pela conduta durante e pós-contratual, tem de ser observada.

Pode não constar de qualquer cláusula contratual o padrão de conduta que as partes terão de seguir, até porque a grande maioria dos contratos não exige a forma escrita.

Daí, sempre haverá a necessidade de se verificar qual o adequado padrão de conduta para cada tipo contratual. Utilizando-se, para tanto, das regras de interpretação dos usos e costumes.²⁵⁸

Todavia, sempre há que se verificar, se as partes elegeram que determinado dever de conduta passa-se a figurar como obrigação principal ou até como condição essencial num determinado negócio.

Supondo que essa hipótese não ocorreu, e que os deveres de conduta são os implícitos e decorrentes da boa-fé objetiva, a sua violação acarretará conseqüências na relação contratual, mas, como regra, não resolverá o contrato.

Ainda, importante observar que a aplicação e a medida da aplicação dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva somente podem ser definidas, no caso concreto, de acordo com as circunstâncias e a natureza da relação jurídica contratual instaurada pelas partes. Esses deveres, como subprodutos da cláusula geral de boa-fé, necessitam ser concretizados, segundo as necessidades, as exigências e as particularidades de cada caso.²⁵⁹

Para Fernando Noronha²⁶⁰,

a violação dos deveres fiduciários implica sempre a obrigação de reparar os danos que tenham sido causados. Estes normalmente enquadrar-se-ão dentro do chamado adimplemento defeituoso de obrigações [...], mas poderão

²⁵⁸ Nesse sentido, o art. 131, do revogado Código Comercial, assim estabelecia: Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.

²⁵⁹ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 82.

²⁶⁰ *Direito das Obrigações: fundamentos dos direitos das obrigações e introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 83.

integrar situações de inadimplemento a, se a violação chegar a frustrar o próprio adimplemento.²⁶¹

Portanto, como regra geral, a violação dos deveres laterais do contrato causam o dever de reparar os danos causados, e, como exceção, podem ser causa de resolução do contrato por inadimplemento.

²⁶¹ *Direito das Obrigações*: fundamentos dos direitos das obrigações e introdução à responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Continua o autor: “Além disso, a violação dos deveres fiduciários pode ainda constituir fundamento para a invalidação do negócio celebrado, ou para sua resolução. Como se sabe da teoria geral do negócio jurídico, quando um vício é originário, a consequência é a invalidade do negócio; a resolução baseia-se em causa superveniente.”

CONCLUSÃO

O direito é fenômeno comunicativo, e, como tal, requer uma linguagem como forma de expressão.

A complexidade da relação contratual, o sistema de deveres, direitos, obrigações, prestações que decorre do contrato sinalagmático e comutativo importa num empenho das partes para expressarem numa linguagem adequada ao negócio que se propõem de forma que se estabeleça um programa contratual e se alcance a finalidade pretendida.

A Teoria dos Sistemas preconizada por Niklas Luhmann vê a função do direito como a generalização congruente de expectativas normativas, estabelece ainda que, aliado a tal função, o código lícito e ilícito faz o fechamento operativo do sistema, determinando a autopoiese (retroalimentação) que permite que normas jurídicas sejam criadas a partir de normas jurídicas.

O negócio jurídico, como expressão da autonomia privada, cria, extingue ou modifica direitos.

O negócio jurídico pode ser visto num plano tripartido entre existência, validade e eficácia. O Código Civil de 2002 optou por uma visão bipartida entre validade e eficácia.

No campo da existência, têm-se os elementos do negócio; no da validade, os requisitos; e, no da eficácia, os efeitos produzidos.

A boa-fé objetiva atinge *status* de requisito de validade do negócio jurídico.

O negócio jurídico é gênero do qual o contrato é espécie.

O contrato deve ser visto no cenário atual não como expressão máxima do individualismo de outrora, mas como expressão dos cânones constitucionais. O contrato é expressão da autonomia privada, que concede aos particulares a liberdade de se autodeterminarem.

Os contratos são regidos pelos princípios da autonomia privada, função social, boa-fé objetiva e equilíbrio contratual de forma a contribuir para a eficácia de valores fundamentais pertencentes a toda a sociedade.

O princípio da justiça contratual estabelece que deve haver uma relação de equilíbrio entre prestação e contraprestação. Desdobra-se em justiça contratual formal e substancial.

O objeto do contrato é um complexo orgânico, é um conjunto de obrigações, deveres, ônus, direitos, que se articulam numa relação dinâmica e complexa.

O objeto do contrato pode ser entendido como conteúdo e finalidade. Como conteúdo, é o programa contratual que as partes estabelecem e se obrigam, e, como finalidade, é o objetivo perseguido e que se pretende alcançar por meio do programa.

O objeto deve ser lícito, pois o ordenamento não pode admitir que nasça um negócio jurídico com um objeto que afronte norma de ordem pública.

O objeto deve ser possível no sentido físico e jurídico, deve ser suscetível de apreciação econômica, deve estar no comércio. Pode ser um bem futuro.

O objeto deve ser determinado ou determinável. A determinabilidade permite que o objeto do contrato seja cumprido, pois o identifica e permite que aquele que se obrigou a cumpri-lo se liberte de tal obrigação. A determinação

pode se dar por um fator externo, por um árbitro, por documentos técnicos, mas não pode ficar ao arbítrio de uma das partes.

A ilicitude, impossibilidade ou indeterminabilidade do objeto importam na nulidade do contrato.

O objeto pode ser entendido como o programa contratual, como o conteúdo do contrato: o objeto do contrato é o conjunto de todos os processos que se formam do consenso. É a complexidade da relação como um processo, constituído de obrigações, prestações, deveres e direitos, ônus e sujeições, que as partes se autodeterminam ou aderem, intercalando-se ora como credoras ora como devedoras para cumprimento das prestações devidas.

No conteúdo do objeto do contrato, há um conteúdo expresso, um conteúdo implícito e um conteúdo incompletamente expresso.

É possível distinguir no objeto do contrato o objeto imediato como sendo o conteúdo, o programa contratual e o mediato que é a finalidade, o objetivo do contrato, a materialização do bem da vida perseguido pelo contrato.

O conteúdo formal do contrato é o texto do contrato e o substancial é o conjunto de disposições contratuais.

O consenso estabelece o nascimento da relação contratual, do programa contratual e pode se dar de diversas formas, quando a lei não exigir forma específica.

Objeto e causa não se confundem. No direito brasileiro, a causa não foi catalogada como requisito de validade do negócio jurídico, como ocorre no sistema francês e no italiano. Aqui, a causa tem relevância quando motivo determinante do ato.

Tendo o objeto como critério de classificação dos contratos, tem-se que esse objeto, com seu amplo repertório, é, na maioria das vezes, o critério diferenciador entre uma e outra categoria.

O objeto do contrato representa uma unidade, que tem ser vista como um todo complexo. Todavia, ao identificar os elementos que o compõem, é possível identificar a obrigação, que tem como objeto a prestação, que, por sua vez, tem como objeto a coisa (nas obrigações de dar), o fazer ou o não fazer (nas obrigações de fazer ou não fazer), ou o fazer e dar (nas obrigações de fazer e dar).

Também compõem o objeto do contrato os deveres jurídicos, os ônus e as sujeições.

Ainda quanto às obrigações, no objeto do contrato, encontrar-se-ão as obrigações principais e as secundárias, essas são dirigidas à realização da obrigação principal.

Os deveres de conduta, também denominados laterais, fiduciários, anexos, são, em sua grande maioria, resultado do princípio da boa-fé objetiva que deve pautar todos os momentos da relação contratual e também integram o conteúdo do contrato.

A violação da obrigação principal pode gerar a resolução do contrato. A violação das obrigações secundárias ou dos deveres de conduta deverá ser apreciada no caso concreto, mas, como regra e em observância ao princípio da preservação dos contratos, eles deverão ser resolvidos em perdas e danos e o contrato ser efetivamente cumprido.

O objeto do contrato pode sofrer vicissitudes, alterar-se no decorrer do contrato, mas o sistema lógico dos princípios contratuais, especialmente no

que toca os contratos sinalagmáticos e comutativos, tende a preservar o equilíbrio das prestações, e, sempre quando possível, manter a relação contratual.

A complexidade da relação contratual requer que, no curso do contrato, o objeto/conteúdo se mantenha para que o objeto/finalidade seja alcançado. Se alterações ocorrem é porque a realidade é muito mais diversa do que se idealiza.

Todavia, se as partes, ao idealizarem o contrato, ao criarem no exercício da autonomia privada o programa contratual, utilizarem uma linguagem adequada, da qual não se tenha dúvidas sobre os signos e os significados e, mais, que utilizem dela (linguagem) para prevenir as desilusões, para garantir as expectativas, sempre pautados na boa-fé objetiva, a relação contratual tende a ser mais estável.

A complexidade das relações do mundo atual exige a melhor utilização da comunicação. O objeto do contrato, seja como programa contratual, seja como objetivo perseguido pelas partes, deve ser bem compreendido pelos contratantes, e a comunicação pode exercer essa função.

Com toda a evolução da sociedade e do direito, tendo a dignidade da pessoa humana como valor que ocupa lugar máximo na pirâmide axiológica do sistema jurídico, as pessoas podem determinar a sua vontade.

Não se está mais diante de códigos calcados na violência, mas na liberdade. O contrato é expressão da liberdade (limitada pela autonomia privada) e da comunicação do direito com a economia.

Os contratos sinalagmáticos, comutativos, paritários revelam a face do homem de se relacionar, de celebrar negócios. E, para tanto, atribuem-se

obrigações, direitos, estabelecem um programa contratual que contém o que querem e o que fazer para alcançá-lo.

O objeto do contrato é o conteúdo articulado pelas partes para alcançarem a finalidade pretendida. É programa e objetivo. É comunicação jurídica estabelecida, que permite circular riqueza, bens, serviços.

A norma contratual estabelecida no objeto contratual deve garantir as expectativas normativas, deve garantir que o sinalagma seja mantido, ou re-equilibrado.

Vicissitudes ocorrem, cabe ao sistema e às partes restabelecerem a ordem.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contrato I: conceito. fontes. formação*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

ALPA, Guido; ANDENAS, Mads. *Fondamenti del diritto privato europeo*. Milão: Giuffrè, 2005.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

ANDRADE JUNIOR, Attila de Souza Leão. *Comentários ao novo Código Civil: direito das obrigações (art. 233 a 420)*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas abusivas e boa-fé. *Revista Forense*. v. 352. Rio de Janeiro, separata, out.-dez. 2000.

ASSIS, Araken de. *Contratos nominados: mandato, comissão, agência e distribuição, corretagem, transporte*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de Direito Civil: teoria geral das obrigações*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. (Coord.). *Código Civil Comentado: negócio jurídico, atos jurídicos lícitos, atos ilícitos*. arts. 104 a 188. São Paulo: Atlas, 2003.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado: caracterização jurídica da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio. Classificação dos Atos Jurídicos Quanto ao Número de Partes e Quanto aos Efeitos. Os Contratos Relacionais. Contratos de Duração. Alteração das Circunstâncias e Onerosidade Excessiva. Sinalágma e Resolução Contratual. Resolução Parcial do Contrato. Função Social do Contrato in RT-832 – Fevereiro de 2005, 94º. Ano, p. 132

BALDASSARE, Antonio. *Diritti della persona e valori costituzionali*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995.

BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade de São Paulo. Disponível em: <www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivophp?codArquivo=4402>. Acesso em: 12 jan. 2008. São Paulo: PUC-SP, 2007.

BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade civil de terceiro por lesão à situação jurídica contratual*. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC-SP, 2005. inédito

BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1969.

BEVILACQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. São Paulo: Officina Dois Mundos, 1896.

_____. *Comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1958.

BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: Il Contratto*. Milão: Giuffré, 1987.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 1992.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

CARRESI, Franco. *Il contratto*. v. XXI. Milão: Giuffrè, 1987.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos: fundamento, natureza e estrutura*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil III*. Direito das coisas. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979.

_____. *Programa de Direito Civil*: aulas proferidas na faculdade nacional de direito fim de 1942 – 1945. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

_____. *Programa de Direito Civil II*: aulas proferidas na faculdade nacional de direito fim de 1943 – 1945. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Atualização do direito civil brasileiro a confiança comercial*. Disponível em: <<http://www.uel.br/cesa/dir/pos/publicacoes/publuizf.html>>. Acesso em: 11 jul. 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do direito nas relações obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Souza. *Revisão do contrato*. Curitiba: Juruá, 2006.

FLOREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *Los Principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.

FLUSSER, Vilém. *Língua e realidade*. São Paulo: Annablume, 2004.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A Função social do contrato e o alcance do artigo 421 do código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FRANTZ, Laura Coradini. *Revisão dos contratos: elementos para sua construção dogmática*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GARCIA, Izner Hanna. *Revisão de contratos no novo código civil*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2003.

GILMORE, Grant. *La morte del contratto*. Milano: Giuffrè, 1988.

GIORGI, Giorgi. *Teoría de las obligaciones*. Madrid: Ed. Reus S.A.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato com pessoa a declarar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rev., atual. e aum., de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Novas questões de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 2006.

_____. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 2. ed. São Paulo. Saraiva: 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUIBOURG, Ricardo. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOFFMANN, Susy Gomes. Prova no direito tributário. Campinas: Copola, 1999.

KAYSER, Pierre. *La Protection de la vie privée par le droit*. 3. ed. Paris: Economica, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei nº 8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo: Atlas, 2006.

LARENZ, Karl. *Derecho civil: Parte General*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

_____. *Derecho de obligaciones*. v. 1 Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil: parte especial das várias espécies de contratos, da compra e venda, da troca ou permuta, do contrato estimatório, da doação (arts. 481 a 564)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações. responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

_____. *Curso de direito civil: fontes das obrigações. contratos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

_____. *Curso de direito civil: obrigações em geral*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

_____. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º ao 232)*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Código Civil comentado: parte geral (arts. 233 ao 420)*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso avançado de direito civil: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____ (Coord.). *Direito civil constitucional*. Caderno 1. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____ (Coord.). *Direito civil constitucional*. Caderno 2. Curitiba: Juruá, 2003.

_____ (Coord.). *Direito civil constitucional*. Caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002.

LUCAS-PUGET, Anne-Sophie. *Essai sur la notion d'objet du contrat*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

_____. *El Derecho de La Sociedad*. México: Universidade Iberoamericana, Instituto Tecnológico Y de Estudios Superiores de Occidente, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

MARTINS, Fernando R. *Estado de perigo no Código Civil: uma perspectiva civil constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações. do inadimplemento e da extinção das obrigações (arts. 304 a 388)*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações. do inadimplemento e da extinção das obrigações (arts. 389 a 420)*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAZEAUD, Denis. Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?. In: *L'avenir du droit: mélanges en hommage à François Terré*. Paris: PUF, 1999.

MELLO, Diogo Leonardo Machado. *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o Código Civil de 2002*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC-SP, 2006. Inédito.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. v. 1. Coimbra: Almedina, 1984.

MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*. v. XXI, t. 1. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1973.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 2ª parte: dos contratos em geral, das várias espécies de contrato, dos atos unilaterais, da responsabilidade civil. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato. novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JR., Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. comentado pelos autores do anteprojeto. Da proteção contratual. 6. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999.

NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*: fundamentos dos direitos das obrigações e introdução à responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1, 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Instituições de direito civil*. v. 2: Teoria geral das obrigações. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Instituições de direito civil*. v.3: Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Paulo Mota. Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial*: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2003.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1976.

_____. *Ato Jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. *Visão geral do novo Código Civil*. In: TAPA, Giselle de Melo Braga (Coord.). *Novo Código Civil brasileiro*. Estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Filosofia do Direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Barueri: Manole, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Direito civil*. v. 2: Parte Geral das Obrigações. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985-1986.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januario C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos nominados II: contrato estimatório, doação, locação de coisas, empréstimo (comodato – mútuo)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulo Jurídico: v. I-IV*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas do direito civil: constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Cecília Bondin de. *Código Civil Interpretado: conforme a Constituição da República. parte geral e obrigações (arts. 1º ao 420)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Responsabilidade civil: aquiliana, contratual e do Estado*. São Paulo: Ed. Universitária de Direito, 1986.

TÔRRES, Heleno. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 13. ed. Milano: Giuffrè, 2000.

VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa julgada em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Direito civil: teoria geral: introdução ao direito romano*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito de direito. In: *Escritos Jurídicos e filosóficos*. v. 1. São Paulo: IBET, 2003.

WALD, Arnold. *Curso de direito civil brasileiro*. v. II. obrigações e contratos. 14. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com as modificações do CPC, a jurisprudência do STJ e o Código do Consumidor e com a colaboração do Prof. Semy Glanz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Estudos e pareceres de direito comercial: problemas comerciais e fiscais da empresa contemporânea*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.