

18

SABERES DO DIREITO

# *Direito Civil IV*

*Contratos em espécie e atos unilaterais*

MÔNICA QUEIROZ

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI  
LUIZ FLÁVIO GOMES



 **Editora  
Saraiva**

# DADOS DE COPYRIGHT

## Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [X Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

## Sobre nós:

O [X Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: [xlivros.com](http://xlivros.com) ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

***Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.***

18  
SABERES DO DIREITO

*Direito Civil IV*

*Contratos em espécie e atos unilaterais*

MÔNICA QUEIROZ

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI  
LUIZ FLÁVIO GOMES

2012

 **Editora  
Saraiva**



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP  
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª,  
das 8:30 às 19:30

E-mail [saraivajur@editorasaraiva.com.br](mailto:saraivajur@editorasaraiva.com.br)

Acesse [www.saraivajur.com.br](http://www.saraivajur.com.br)

## **FILIAIS**

### **AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE**

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

### **BAHIA/SERGIPE**

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-  
0959 – Salvador

### **BAURU (SÃO PAULO)**

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 –  
Bauru

### **CEARÁ/PIAUI/MARANHÃO**

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85)  
3238-1331 – Fortaleza

### **DISTRITO FEDERAL**

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 /  
3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

### **GOIÁS/TOCANTINS**

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax:  
(62) 3224-3016 – Goiânia

**MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO**

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo  
Grande

**MINAS GERAIS**

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo  
Horizonte

**PARÁ/AMAPÁ**

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91)  
3241-0499 – Belém

**PARANÁ/SANTA CATARINA**

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

**PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS**

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 –  
Recife

**RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)**

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 –  
Ribeirão Preto

**RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO**

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21)  
2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

**RIO GRANDE DO SUL**

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 –  
Porto Alegre

**SÃO PAULO**

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-16980-7

Queiroz, Mônica  
Direito civil IV (contratos em espécie e atos unilaterais). /  
Mônica Queiroz. – São Paulo : Saraiva, 2012. – (Coleção  
saberes do direito ; 18)  
1. Direito civil. – Brasil I. Título. II. Série.

Índice para catálogo sistemático:  
1. Brasil : Direito civil 347

**Diretor editorial** Luiz Roberto Curia  
**Diretor de produção editorial** Lígia Alves  
**Editor** Roberto Navarro  
**Assistente editorial** Thiago Fraga  
**Produtora editorial** Clarissa Boraschi Maria  
**Preparação de originais, arte, diagramação e revisão** Know -how Editorial  
**Serviços editoriais** Kelli Priscila Pinto / Vinicius Asevedo Vieira  
**Capa** Aero Comunicação  
**Produção gráfica** Marli Rampim  
**Produção eletrônica** Ro Comunicação

**Data de fechamento da edição: 17-2-2012**

**Dúvidas?**

Acesse [www.saraivajur.com.br](http://www.saraivajur.com.br)

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

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



## **MÔNICA CRISTINA QUEIROZ REIS**

Mestra em Direito Civil pela PUC/MG. Professora exclusiva do grupo Anhanguera/LFG/ Praetorium. Coordenadora do curso de especialização em Direito Civil do Anhanguera-Uniderp/Praetorium. Autora de diversas obras jurídicas.

Conheça o autor deste livro:  
<http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/?ISBN=16244-0>

### **COORDENADORES**

## **ALICE BIANCHINI**

Doutora em Direito Penal pela PUCSP. Mestre em Direito pela UFSC. Presidente do Instituto Panamericano de Política Criminal – IPAN. Diretora do Instituto LivroeNet.

## **LUIZ FLÁVIO GOMES**

Jurista e cientista criminal. Fundador da Rede de Ensino LFG. Diretor-presidente do Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes. Diretor do Instituto LivroeNet. Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

Conheça a LivroeNet: <http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012>

Ao Ulisses, página por página, dia após dia,  
em qualquer lugar do mundo, companheiro  
inseparável nas minhas alegrias e aflições.

## ◆ Apresentação

O futuro chegou.

A Editora Saraiva e a LivroeNet, em parceria pioneira, somaram forças para lançar um projeto inovador: a **Coleção Saberes do Direito**, uma nova maneira de aprender ou revisar as principais disciplinas do curso. São mais de 60 volumes, elaborados pelos principais especialistas de cada área com base em metodologia diferenciada. Conteúdo consistente, produzido a partir da vivência da sala de aula e baseado na melhor doutrina. Texto 100% em dia com a realidade legislativa e jurisprudencial.

### Diálogo entre o livro e o <sup>1</sup>

A união da tradição Saraiva com o novo conceito de *livro vivo*, traço característico da LivroeNet, representa um marco divisório na história editorial do nosso país.

O conteúdo impresso que está em suas mãos foi muito bem elaborado e é completo em si. Porém, como organismo vivo, o Direito está em constante mudança. Novos julgados, súmulas, leis, tratados internacionais, revogações, interpretações, lacunas modificam seguidamente nossos conceitos e entendimentos (a título de informação, somente entre outubro de 1988 e novembro de 2011 foram editadas 4.353.665 normas jurídicas no Brasil – fonte: IBPT).

Você, leitor, tem à sua disposição duas diferentes plataformas de informação: uma **impressa**, de responsabilidade da Editora Saraiva (livro), e outra disponibilizada na **internet**, que ficará por conta da LivroeNet (o que chamamos de  <sup>1</sup>).

No  <sup>1</sup> você poderá assistir a **vídeos** e participar de **atividades** como simulados e enquetes. **Fóruns de discussão e leituras complementares** sugeridas pelos autores dos livros, bem como comentários às novas leis e à jurisprudência dos tribunais superiores, ajudarão a enriquecer o seu repertório, mantendo-o sintonizado com a dinâmica do nosso meio.

Você poderá ter acesso ao  <sup>1</sup> do seu livro mediante **assinatura**. Todas as informações estão disponíveis em [www.livroenet.com.br](http://www.livroenet.com.br).

Agradecemos à Editora Saraiva, nas pessoas de Luiz Roberto Curia, Roberto Navarro e Lígia Alves, pela confiança depositada em nossa Coleção e pelo apoio decisivo durante as etapas de edição dos livros.

As mudanças mais importantes que atravessam a sociedade são representadas por realizações, não por ideais. O livro que você tem nas mãos retrata uma mudança de paradigma. Você, caro leitor, passa a ser integrante dessa revolução editorial, que constitui verdadeira inovação disruptiva.

**Alice Bianchini | Luiz Flávio Gomes**

Coordenadores da Coleção Saberes do Direito  
Diretores da LivroeNet

*Saiba mais sobre a LivroeNet*

<http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012>

1 O  deve ser adquirido separadamente. Para mais informações, acesse [www.livroenet.com.br](http://www.livroenet.com.br).

## ◆ Sumário

### Capítulo 1 **Generalidades acerca da Teoria Geral dos Contratos**

1. Noções introdutórias
2. Classificação dos contratos
  - 2.1 Quanto ao momento do aperfeiçoamento do contrato
  - 2.2 Quanto às formalidades exigidas
  - 2.3 Quanto às obrigações das partes
  - 2.4 Quanto ao sacrifício patrimonial sofrido
  - 2.5 Quanto à previsão legal
  - 2.6 Quanto ao tempo de execução ou momento do cumprimento
  - 2.7 Quanto à personalidade
  - 2.8 Quanto à independência
  - 2.9 Quanto ao modo de elaboração ou discussão das partes acerca do conteúdo do contrato
  - 2.10 Quanto aos riscos

### Capítulo 2 **Do Contrato de Compra e Venda**

1. Noções introdutórias
2. Elementos do contrato de compra e venda
  - 2.1 As partes
  - 2.2 A coisa
  - 2.3 O preço
3. Natureza jurídica
4. Os riscos da coisa e do preço
5. O lugar em que deverá ocorrer a tradição
6. A venda por amostras, protótipos ou modelos
7. As coisas vendidas conjuntamente
8. Classificação da venda de imóveis: *ad mensuram* e *ad corpus*

## 9. Restrições à compra e venda

9.1 Da venda de ascendentes a descendentes

9.2 Da venda de bens sob administração

9.3 Da venda de bens entre cônjuges

9.4 Da venda de bens em condomínio

## 10. Cláusulas especiais no contrato de compra e venda

10.1 A retrovenda

10.2 Da venda a contento e sujeita a prova

10.3 Preempção ou preferência ou prelação convencional

10.4 Da venda com reserva de domínio

10.5 Da venda sobre documentos

## **Capítulo 3** Do Contrato de Troca ou Permuta

1. Noções introdutórias

2. Natureza jurídica

3. Traços distintivos da permuta em relação à compra e venda

## **Capítulo 4** Do Contrato Estimatório

1. Noções introdutórias

2. As partes no contrato estimatório

3. Natureza jurídica

4. Caracteres jurídicos

5. Distinções necessárias

## **Capítulo 5** Do Contrato de Doação

1. Noções introdutórias

2. Natureza jurídica

3. Da aceitação da doação

4. Classificação da doação quanto aos elementos acidentais

5. Modalidades de doação

5.1 Doação contemplativa

5.2 Doação remuneratória

5.3 Doação conjuntiva

[5.4 Doação realizada a entidade futura](#)

[5.5 Doação sob a forma de subvenção periódica](#)

[5.6 Doação em contemplação de casamento futuro ou doação \*propter nuptias\*](#)

[5.7 Doação com cláusula de reversão](#)

[5.8 Doação manual](#)

## [6. Doações vedadas](#)

[6.1 Doação inoficiosa](#)

[6.2 Doação universal](#)

[6.3 Doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice](#)

[6.4 Doação dissimulada](#)

[6.5 Doação de bens alheios](#)

## [7. Doações com ressalvas](#)

[7.1 Doação ao nascituro](#)

[7.2 Doação de ascendente a descendente](#)

[7.3 Doação entre cônjuges](#)

## [8. Promessa de doação](#)

## [9. Revogação da doação](#)

[9.1 Revogação por ingratidão do donatário](#)

[9.2 Revogação pelo descumprimento de um encargo](#)

## **Capítulo 6** [Do Contrato de Locação](#)

[1. Noções introdutórias](#)

[2. As partes no contrato de locação](#)

[3. Natureza jurídica](#)

[4. Obrigações do locador](#)

[5. Obrigações do locatário](#)

[6. Perda ou deterioração da coisa durante a locação](#)

[7. Alienação da coisa durante a locação](#)

[8. Sobre a extinção do contrato de locação](#)

[9. Benfeitorias realizadas pelo locatário](#)

## **Capítulo 7** [Do Contrato de Empréstimo: mútuo e comodato](#)

- [1. Noções introdutórias](#)
- [2. Espécies de contrato de empréstimo](#)
- [3. Do contrato de comodato](#)
  - [3.1 As partes no contrato de comodato](#)
  - [3.2 Natureza jurídica](#)
  - [3.3 Aspectos subjetivos relevantes no contrato de comodato](#)
  - [3.4 Obrigações do comodatário e efeitos do contrato de comodato](#)
  - [3.5 Comodato com prazo determinado e indeterminado](#)
- [4. Do contrato de mútuo](#)
  - [4.1 As partes no contrato de mútuo](#)
  - [4.2 Natureza jurídica](#)
  - [4.3 Da restituibilidade](#)
  - [4.4 O mútuo feito a menor](#)
  - [4.5 O mútuo feneratício](#)

## **Capítulo 8 Do contrato de Prestação de Serviço**

- [1. Noções introdutórias](#)
- [2. Natureza jurídica](#)
- [3. A retribuição](#)
- [4. A temporariedade](#)
- [5. O aliciamento do prestador de serviço e a tutela externa do crédito](#)
- [6. A extinção do contrato de prestação de serviço](#)

## **Capítulo 9 Do Contrato de Empreitada**

- [1. Noções introdutórias](#)
- [2. As partes no contrato de empreitada](#)
- [3. Distinção necessária: empreitada \*versus\* prestação de serviço](#)
- [4. Natureza jurídica](#)
- [5. Classificação da empreitada](#)
  - [5.1 Quanto à determinação da remuneração a ser paga](#)
  - [5.2 Quanto ao modo de execução do trabalho](#)
- [6. Direitos e obrigações do empreiteiro](#)

7. Direitos e obrigações do dono da obra

**Capítulo 10 Do Contrato de Depósito**

1. Noções introdutórias

2. As partes no contrato de depósito

3. Distinções necessárias

4. Natureza jurídica

5. Modalidades de depósito

5.1 Depósito convencional ou voluntário

5.2 Depósito necessário ou obrigatório

5.3 Depósito legal

5.4 Depósito miserável

5.5 Depósito do hospedeiro

5.6 Depósito regular ou ordinário

5.7 Depósito irregular

5.8 Depósito judicial

6. Das obrigações e direitos do depositário

7. Sobre a extinção do contrato de depósito

8. A problemática da prisão do depositário infiel

**Capítulo 11 Do Contrato de Mandato**

1. Noções introdutórias

2. Partes no contrato de mandato

3. Natureza jurídica

4. Da procuração

5. Do substabelecimento

6. Modalidades do contrato de mandato

6.1 Quanto ao procurador

6.2 Quanto à extensão

6.3 Quanto ao conteúdo

6.4 Quanto à finalidade

7. Direitos e obrigações do mandante

[8. Direitos e obrigações do mandatário](#)

[9. Sobre a extinção do contrato de mandato](#)

[9.1 A rescisão unilateral do contrato de mandato: a revogação e a renúncia](#)

[9.2 A morte de uma das partes contratantes](#)

## **Capítulo 12 Do Contrato de Comissão**

[1. Noções introdutórias](#)

[2. As partes no contrato de comissão](#)

[3. Natureza jurídica](#)

[4. A responsabilidade do comissário](#)

[5. Distinção necessária: contrato de comissão \*versus\* contrato de mandato](#)

[6. A cláusula \*del credere\*](#)

[7. Direitos e obrigações do comissário](#)

[8. Direitos e deveres do comitente](#)

## **Capítulo 13 Do Contrato de Agência**

[1. Noções introdutórias](#)

[2. As partes no contrato de agência](#)

[3. Natureza jurídica](#)

[4. Direitos e obrigações do agente](#)

[5. Direitos e obrigações do proponente](#)

## **Capítulo 14 Do Contrato de Distribuição**

[1. Noções introdutórias](#)

[2. As partes no contrato de distribuição](#)

[3. Natureza jurídica](#)

[4. O objeto do contrato de distribuição](#)

## **Capítulo 15 Do Contrato de Corretagem**

[1. Noções introdutórias](#)

[2. As partes no contrato de corretagem](#)

[3. Natureza jurídica](#)

- [4. A corretagem como obrigação de resultado](#)
- [5. A remuneração do corretor](#)
- [6. O negócio celebrado sem a intermediação do corretor](#)
- [7. Aplicação de outras normas de legislação especial](#)

## **Capítulo 16 Do Contrato de Transporte**

- [1. Noções introdutórias](#)
- [2. As partes no contrato de transporte](#)
- [3. Natureza jurídica](#)
- [4. Cláusula de incolumidade: a obrigação de resultado](#)
- [5. Legislação atinente ao contrato de transporte](#)
- [6. Sobre o transporte de pessoas](#)
  - [6.1 As bagagens do passageiro](#)
  - [6.2 Direitos e obrigações do passageiro](#)
  - [6.3 Direitos e obrigações do transportador](#)
  - [6.4 As dimensões da responsabilidade do transportador](#)
  - [6.5 O porquê da responsabilidade objetiva do transportador em relação aos passageiros](#)
  - [6.6 Excludentes de responsabilidade do transportador](#)
  - [6.7 O transporte gratuito: a “carona”](#)
    - [6.7.1 O transporte aparentemente gratuito](#)
    - [6.7.2 O transporte puramente gratuito](#)
  - [6.8 O transporte clandestino](#)
- [7. Sobre o transporte de coisas](#)
  - [7.1 Direitos e obrigações do expedidor](#)
  - [7.2 Direitos e obrigações do transportador](#)
  - [7.3 A interrupção no transporte](#)

## **Capítulo 17 Do Contrato de Seguro**

- [1. Noções introdutórias](#)
- [2. As partes no contrato de seguro](#)
- [3. Natureza jurídica](#)
- [4. Caracteres jurídicos](#)

[4.1 A apólice](#)

[4.2 O cosseguro e o resseguro](#)

[4.3 A boa-fé no contrato de seguro](#)

[4.4 O valor da indenização: a vedação ao sobresseguo](#)

[4.5 A aplicação de legislação especial](#)

[5. Do seguro de dano](#)

[6. Do seguro de pessoa](#)

[6.1 O objeto do seguro de pessoa](#)

[6.2 O capital segurado](#)

[6.3 Seguro de vida: caso de morte ou caso de vida](#)

[6.4 O suicídio do segurado](#)

[6.5 A responsabilidade da seguradora em caso de morte do segurado em atividade Narriscada](#)

[6.6 A impossibilidade de sub-rogação da seguradora](#)

[6.7 O seguro em grupo ou coletivo](#)

[6.8 A irresponsabilidade da seguradora em relação a tratamentos médicos ou gastos hospitalares](#)

[7. Direitos e obrigações do segurador](#)

[8. Direitos e obrigações do segurado](#)

## **Capítulo 18** [Do Contrato de Constituição de Renda](#)

[1. Noções introdutórias](#)

[2. A constituição de renda sob outro prisma](#)

[3. Natureza jurídica](#)

[4. A possibilidade de inserção de cláusulas restritivas de direito](#)

[5. A duração do contrato de constituição de renda](#)

[6. Efeitos jurídicos](#)

## **Capítulo 19** [Do Contrato de Jogo e Aposta](#)

[1. Noções introdutórias](#)

[2. Natureza jurídica](#)

[3. Classificação dos jogos](#)

[3.1 Jogos proibidos](#)

[3.2 Jogos tolerados](#)

[3.3 Jogos permitidos](#)

[4. A inexigibilidade do que foi emprestado para o jogo ou a aposta](#)

[5. Contratos sobre títulos da bolsa, mercadorias e valores](#)

[6. O sorteio para dirimir questões ou para dividir coisas comuns](#)

## **Capítulo 20 Do Contrato de Fiança**

[1. Noções introdutórias](#)

[2. Distinções necessárias](#)

[3. Natureza jurídica](#)

[4. As partes no contrato de fiança](#)

[5. Espécies de fiança](#)

[6. Do objeto da fiança](#)

[7. Dos efeitos da fiança](#)

[7.1 O benefício de ordem](#)

[7.2 O afastamento do benefício de ordem](#)

[7.3 Alguns direitos do fiador](#)

[7.4 A pluralidade de fiadores: a fiança conjunta](#)

[7.5 A relação existente entre o fiador e o devedor](#)

[8. Da extinção da fiança](#)

[9. Da \(im\)penhorabilidade do bem de família do fiador](#)

## **Capítulo 21 Do Contrato de Transação**

[1. Noções introdutórias](#)

[2. Natureza jurídica](#)

[3. Modalidades de transação](#)

[4. Do objeto da transação](#)

[5. Caracteres jurídicos](#)

[6. A anulação da transação](#)

## **Capítulo 22 Do Contrato de Compromisso**

[1. Noções introdutórias](#)

[2. Natureza jurídica](#)

- [3. Classificação do compromisso](#)
- [4. Do objeto do compromisso](#)
- [5. Distinções necessárias](#)
- [6. Da constitucionalidade da arbitragem](#)

## **Capítulo 23** [Dos Atos Unilaterais](#)

- [1. Noções introdutórias](#)
- [2. Da promessa de recompensa](#)
- [3. Da gestão de negócios](#)
- [4. Do pagamento indevido](#)
  - [4.1 Requisitos do pagamento indevido](#)
  - [4.2 Regras do pagamento indevido](#)
  - [4.3 Hipóteses em que não é possível a repetição](#)
  - [4.4 Frutos, acessões, benfeitorias e deteriorações supervenientes ao pagamento indevido](#)
  - [4.5 Alienação de imóvel dado em pagamento indevido](#)
- [5. Do enriquecimento sem causa](#)
  - [5.1 Requisitos do enriquecimento sem causa](#)
  - [5.2 Efeitos do enriquecimento sem causa](#)
  - [5.3 A subsidiariedade do instituto](#)

## [Referências](#)

# Capítulo 1

## ❖ Generalidades acerca da Teoria Geral dos Contratos

### 1. Noções introdutórias

Neste capítulo, ousamos de maneira bastante sintética apresentar os **vetores básicos** ou as **diretrizes mínimas** para que haja a compreensão de cada um dos contratos que será tratado ao longo deste livro.

Inicialmente, urge alcançarmos um **conceito** amplo que satisfaça a compreensão do fenômeno contratual. Contrato é o negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial, em perfeita colaboração recíproca das partes contratantes.

A contratação no Código Civil de 2002 se baseia em uma **nova principiologia** que a todo tempo deve ser aventada no ato da contratação. Os princípios mais festejados com a Codificação de 2002 são a função social dos contratos, a boa-fé objetiva e a justiça contratual.

Com a incorporação desses princípios, o Código Civil de 2002 em muito se aproximou do Código de Defesa do Consumidor, e a tese do afastamento desses dois sistemas já não mais se justifica. Há, portanto, hoje, na pós-modernidade, uma verdadeira cumplicidade entre o CC/2002 e o CDC, daí a proposição de um real “diálogo” entre essas duas fontes, ao que se denomina **diálogo das fontes**. Vale lembrar que quase todos os princípios que inspiram o CDC agora penetram no ânimo do CC/2002. Com isso, o **enunciado 167 do CJK** propugna: “Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos”.

Alcançado o conceito e mencionados os princípios que movimentam a lógica contratual na pós-modernidade, estamos aptos a adentrar à classificação que se mostrará assaz importante no estudo dos contratos em espécie no que tange à **natureza jurídica** de cada um.

## **2. Classificação dos contratos**

### **2.1 Quanto ao momento do aperfeiçoamento do contrato**

*2.1.1 Consensuais:* são aqueles contratos que se perfazem com o simples acordo de vontade das partes. Em regra, os contratos são consensuais. Exs.: a compra e venda, a locação, a doação etc.

*2.1.2 Reais:* são aqueles contratos em que não basta o acordo de vontades para se formarem, exigindo, pois, a entrega da coisa. Exs.: o depósito, o comodato, o mútuo etc.

### **2.2 Quanto às formalidades exigidas**

*2.2.1 Formais:* são aqueles contratos em que não basta a manifestação de vontade das partes; para se formarem exige-se o cumprimento de uma formalidade. Ex.: a compra e venda de bem imóvel de valor superior a 30 vezes o salário mínimo que deverá ser feita por meio de escritura pública (art. 108, CC).

*2.2.2 Informais:* são aqueles contratos em que não há a exigência de formalidades. Ex.: a compra e venda de bem móvel.

Neste ponto, cumpre observar que, embora seja comum apresentar como sinonímia de contrato formal o contrato solene, estamos com os doutrinadores que entendem que não deve haver confusão entre formalidade e solenidade. É que o primeiro seria gênero e o segundo espécie. Assim, como vimos, se contrato formal é aquele que deverá acatar determinada forma prevista em lei, se essa forma for a escritura pública haverá uma solenidade, além da formalidade. Então, podemos dizer que o contrato de compra e venda de imóvel de valor superior a 30 vezes o salário mínimo, porque deve ser feito por instrumento público, é um contrato formal e ao mesmo tempo solene. Mas note-se que nem sempre o contrato formal será

solene, sendo considerado assim somente se a forma exigida for a escritura pública.

## **2.3 Quanto às obrigações das partes**

*2.3.1 Unilaterais:* são aqueles contratos em que apenas uma das partes assume obrigação. Exs.: em regra, a doação, o mandato, o mútuo, o comodato e o depósito.

*2.3.2 Bilaterais ou sinalagmáticos:* são aqueles contratos em que ambas as partes assumem obrigações. Exs.: a compra e venda, a locação, a troca, a prestação de serviços etc.

## **2.4 Quanto ao sacrifício patrimonial sofrido**

*2.4.1 Onerosos:* são os contratos em que ambas as partes sofrem sacrifício patrimonial. Exs: a compra e venda, a locação.

*2.4.2 Gratuitos ou Benéficos:* são aqueles contratos em que apenas uma das partes sofre sacrifício patrimonial. Ex.: contrato de doação.

## **2.5 Quanto à previsão legal**

*2.5.1 Típicos:* são os contratos regulados por lei. Exs.: a compra e venda, a doação, o seguro etc. Neste livro, cuidaremos especificamente dos contratos tipificados no Código Civil de 2002.

*2.5.2 Atípicos:* são os contratos que não foram regulados pela lei. Ex.: o contrato de cessão de clientela. No que respeita aos contratos atípicos, o art. 425 do CC preceitua: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

Estamos com os autores que apontam pela inconveniência de apresentar como sinonímia de típico o termo “nominado”, e de atípico o termo “inominado”. É que o correto é apontar que será o contrato típico quando apresenta a sua estrutura mínima regulada em lei, como, por exemplo, o contrato de doação. Não bastaria, portanto, o legislador mencionar o nome doação sem, contudo, regulá-lo. Se assim o fosse, o contrato de doação seria apenas nominado por apresentar uma designação, porém atípico. Para que fique claro, lembremos de um exemplo crível: o contrato de garagem ou estacionamento é mencionado no art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.245/91, sem haver, todavia, a sua regulamentação. Nesse caso, o contrato

de garagem ou estacionamento é contrato nominado, porém atípico. Portanto, contrato típico é aquele que apresenta uma regulação legal mínima, já contrato nominado é aquele que simplesmente apresenta um *nomen juris*.

## **2.6 Quanto ao tempo de execução ou momento do cumprimento**

*2.6.1 Instantâneo (execução imediata):* trata-se do contrato em que o cumprimento se dá logo em seguida a sua constituição. Ex.: uma compra e venda com pagamento estipulado para que seja à vista.

*2.6.2 Execução continuada:* trata-se do contrato em que o seu cumprimento se dá paulatinamente por meio de subvenções periódicas, isto é, ocorre o pagamento de parcelas. Ex.: a compra e venda com pagamento estipulado por meio de parcelas quinzenais, mensais, trimestrais etc.

*2.6.3 Execução diferida:* trata-se do contrato em que o cumprimento também ocorrerá no futuro, porém de uma só vez. Ex.: a compra e venda com pagamento efetuado por meio de um cheque pós-datado.

## **2.7 Quanto à personalidade**

*2.7.1 Impessoais:* são os contratos em que se desconsideram as características pessoais do contratante, podendo ser cumprido por qualquer um. Ex.: o contrato de compra e venda.

*2.7.2 Pessoais ou Personalíssimos ou “intuitu personae”:* são os contratos em que se levam em consideração as características pessoais de um dos contratantes. Ex.: o contrato de fiança.

## **2.8 Quanto à independência**

*2.8.1 Principal:* são aqueles contratos que subsistem por si próprios, independentemente de qualquer outro contrato. Ex.: o contrato de locação.

*2.8.2 Acessório:* são aqueles que dependem de outro para existir. Ex.: o contrato de fiança.

A importância desta classificação reside em exatamente atentar para a relação entre o acessório e o principal. Já sabemos muito bem que tudo o que acontece ao principal repercute em relação ao acessório. Desse modo,

se, por exemplo, for detectada alguma nulidade no contrato principal, o contrato acessório também será fulminado por ela. Que fique claro que o contrário não é verdadeiro. Assim, se o contrato acessório for atingido por algum vício, não haverá repercussão no principal.

## **2.9 Quanto ao modo de elaboração ou discussão das partes acerca do conteúdo do contrato**

*2.9.1 Paritário:* aquele em que as cláusulas são fixadas livremente pelas partes, após amplo debate entre elas.

*2.9.2 De adesão:* é a figura negocial pela qual o conteúdo é imposto unilateralmente por uma das partes ou até mesmo por um terceiro, sem haver manifestação de debate ou transigência entre as partes acerca do conteúdo contratual, restando à outra parte apenas a possibilidade de anuir a ele ou rechaçá-lo.

## **2.10 Quanto aos riscos**

*2.10.1 Comutativos:* as prestações de ambas as partes já são pré-estimadas, isto é, as prestações são certas e determinadas. Exs.: o contrato de compra e venda (em regra), o contrato de locação etc.

*2.10.2 Aleatórios:* a prestação de uma das partes poderá ser devida ou não, ou devida em quantidade variável a depender do fator sorte (álea). O Código Civil prevê duas formas de contratos aleatórios:

a) *Contrato aleatório “emptio spei”:* um dos contratantes assume o risco relativo à própria *existência* da coisa ou fato, não obstante um preço que será pago integralmente, mesmo que a coisa não venha a existir no futuro, desde que não haja dolo ou culpa da outra parte. Essa espécie de contrato aleatório está prevista no art. 458 do CC com a seguinte redação: “Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assumo, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir”. O exemplo comumente lembrado aqui é o seguro de acidente de veículo automotor. Em se tratando de contrato de compra e venda, que, excepcionalmente, poderá ser aleatório, utilizaremos a designação de “venda da esperança”.

b) *Contrato aleatório “emptio rei speratae”*: o risco se reduz à *quantidade* da coisa comprada, uma vez que um mínimo deverá ser apresentado. Essa previsão está no art. 459 do CC com a seguinte previsão: “Se for aleatório, por serem objeto dele coisas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade, terá também direito o alienante a todo o preço, desde que de sua parte não tiver concorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior à esperada”. Ex.: a compra da safra de café de 2013. Nesse caso, podemos designá-lo de “venda da coisa esperada”. Releva notar que, nessa hipótese, se nada vier a existir, não haverá alienação (art. 459, parágrafo único, CC).

Ultrapassada e feita breve revisão acerca da teoria geral dos contratos, já estamos habilitados ao estudo de cada um dos contratos em espécie. Lembramos que o mais acerca das regras gerais dos contratos deve ser buscado em obra própria afeta ao tema. Sigamos em frente.

## Capítulo 2

### ❖ Do Contrato de Compra e Venda

#### 1. Noções introdutórias

A **conceituação** do contrato de compra e venda está expressa no art. 481 do CC, quando este nos informa que o referido contrato ocorre quando “um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”.

É comum dizer que a compra e venda se trata de **contrato translativo**, no sentido de gerar para o vendedor a obrigação de transmitir a propriedade. Mas, de início, é importante frisar que, conforme as diretrizes gerais do Direito Civil, a coisa móvel se transfere com a tradição, enquanto a coisa imóvel, com o registro do ato translativo no Cartório de Registro de Imóveis. Assim, repetimos que o que o contrato de compra e venda faz é gerar no vendedor a obrigação de transferir a propriedade seja com a tradição ou com o registro, a depender do caso.

#### 2. Elementos do contrato de compra e venda

Os elementos que compõem a compra e venda são as **partes**, a **coisa** (*res*) e o **preço** (*pretium*), a seguir analisados.

##### 2.1 As partes

As partes envolvidas na compra e venda são o **comprador** e o **vendedor**. As partes deverão ser capazes sob pena de invalidade contratual, por nulidade ou anulabilidade.

Ademais, por vezes, pode ser que a capacidade de fato não seja suficiente. É o caso da compra e venda de bem imóvel que, de acordo com o art. 1.647, I, do CC, exige-se legitimação por meio da vênua conjugal, isto é, a autorização do cônjuge. Em não obtida a vênua conjugal, poderá haver a invalidação do contrato se o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois

anos depois de terminada a sociedade conjugal (art. 1.649, CC). Devemos lembrar também que a vontade manifestada pelas partes deverá ser de todo livre, sem qualquer vício.

## **2.2 A coisa**

A coisa é o objeto do contrato de compra e venda e esse deverá ser, evidentemente, lícito, possível, determinado ou, pelo menos, passível de determinação.

Decerto que a coisa, ademais, deverá ser alienável. Assim, a venda de coisa inalienável, por exemplo, um bem gravado com cláusula de inalienabilidade, conduzirá à nulidade do contrato por ilicitude do seu objeto (art. 166, II, CC).

A coisa poderá ser atual ou futura. A possibilidade de coisa futura nos remete às chamadas vendas sob encomenda. De acordo com o art. 183 do CC: “A compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório”.

## **2.3 O preço**

O preço se traduz na remuneração paga pelo comprador ao vendedor. Essa remuneração deverá se orientar pelas diretrizes do art. 315 do CC que disciplina as obrigações cujo pagamento consista em dinheiro. O referido artigo estabelece que as dívidas em dinheiro deverão ser pagas quando do vencimento, eis o **princípio da pontualidade**; que deverão ser pagas em moeda corrente, o real; e pelo seu valor nominal, **princípio do nominalismo**. Ademais o preço não pode ser fixado em moeda estrangeira ou em ouro, o que faz vedar, em regra, a cláusula moeda estrangeira e ouro, de acordo com o art. 318 do CC.

Porém, vale lembrar que é admitida pelo Código Civil a fixação do preço em função de índices ou parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação. Assim, poderá haver a cotação do preço, por exemplo, em dólar, desde que haja o valor correspondente em real, que é nossa moeda corrente conforme a Lei n. 9.069/95. Ademais, poder-se-á deixar a fixação do preço à taxa de mercado ou de bolsa, em certo e determinado dia e lugar.

Quem arbitrará o preço poderão ser as partes ou até mesmo um terceiro designado por elas. Caso o terceiro não aceite a incumbência, ficará sem efeito o contrato, salvo quando acordarem os contratantes designar outra pessoa.

Acerca da venda sem fixação de preço ou de critérios para a sua determinação, o Código Civil no seu art. 488 estabelece que deve ser observado o tabelamento oficial e, caso esse inexista, a conclusão é a de que as partes se sujeitaram ao preço fixado pelo vendedor como de costume. E, ainda, o parágrafo único do art. 488 do CC estabelece que, em não havendo acordo, deverá prevalecer o termo médio. Ocorre que, para se evitarem abusividades, o **enunciado 440 do CJK** complementa: “Na falta de acordo sobre o preço, não se presume concluída a compra e venda. O parágrafo único do art. 488 somente se aplica se houverem diversos preços habitualmente praticados pelo vendedor, caso em que prevalecerá o termo médio”.

Por fim, acerca do preço, o Código Civil em seu art. 489 atenta para o fato de ser nula a compra e venda quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço. Não podemos confundir a disposição mencionada com o preço porventura aventado em um contrato de adesão por uma das partes. Decerto que não foi o escopo da lei alcançar o contrato de adesão. A interpretação que deve ser aplicada ao artigo é no sentido de se repudiar a cartelização dos preços, prática que caracteriza nítido abuso do poder econômico.

Em resumo, o preço deverá ser pago pelo comprador ao vendedor, sendo fixado por eles ou por um terceiro, de modo que, não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço, eis a disposição contida no art. 491 do CC que, a todas as luzes, segue a esteira da previsão do art. 476 do CC, que retrata a exceção do contrato não cumprido.

Ainda sobre o preço, não podemos confundi-lo com eventuais despesas decorrentes da contratação. Nesse mote, ficarão as despesas de escritura e registro a cargo do comprador, enquanto que a cargo do vendedor, as despesas decorrentes da tradição. Essa é a regra do art. 490 do CC. Porém, tal regra, evidentemente, poderá ser afastada por disposição em sentido contrário das partes.

### 3. Natureza jurídica

Delimitam as feições da compra e venda os seguintes caracteres: bilateralidade, onerosidade e comutatividade (em regra). Desse modo, o contrato de compra e venda será: **bilateral ou sinalagmático**: por gerar obrigações para ambas as partes; **oneroso**: por ambas as partes se sujeitarem a sacrifícios patrimoniais; **comutativo**: porque as prestações das partes já são pré-estimadas. Excepcionalmente, o contrato de compra e venda poderá se enquadrar na categoria de aleatório na modalidade *emptio spei* (quando o risco se limita à própria existência de coisa ou fato futuro) ou *emptio rei speratae* (quando o risco se limitar à quantidade da coisa comprada); **formal ou informal**, a depender do objeto. Em se tratando de venda de coisa móvel, o contrato será informal. Se o objeto for coisa imóvel de valor igual ou superior a 30 vezes o salário mínimo, o contrato será considerado formal, diante da exigência do art. 108 do CC da escritura pública, sendo considerado, além de formal, **solene**; **consensual**, uma vez que basta o consenso das partes para o aperfeiçoamento do contrato. Tanto é que o art. 482 do CC estipula que “A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço”. Assim, a entrega da coisa ou o registro dizem respeito apenas ao cumprimento do contrato, que já teve o seu aperfeiçoamento com o consenso entre as partes; **típico**: já que apresenta disciplina em lei.

### 4. Os riscos da coisa e do preço

Seguindo a vetusta premissa do direito obrigacional de que a coisa se perde para o seu dono, é evidente que os riscos da coisa até a tradição serão do vendedor. Vale lembrar, todavia, duas exceções em que os riscos da coisa passarão ao comprador:

- 1) Em se tratando de casos fortuitos, ocorrentes no ato de contar, marcar ou assinalar coisas, que comumente se recebem, contando, pesando, medindo ou assinalando, e que já tiverem sido postas à disposição do comprador (§ 1º, art. 492, CC).
- 2) Em havendo a mora do comprador para receber a coisa posta à sua disposição (§ 2º, art. 492, CC). Em perfeita sintonia está a previsão com o já estipulado no art. 400 do CC que traz os efeitos da mora do credor.

Vale resumir que, pela regra geral, os riscos da coisa até a tradição serão do vendedor e, de igual modo, os riscos do preço serão do comprador.

Ademais, apesar de haver um termo já definido para o pagamento, se antes da tradição o comprador cair em insolvência, o vendedor poderá sobrestar na entrega da coisa, até que o comprador lhe dê caução de pagar no tempo ajustado. Tal previsão se encontra no art. 495 do CC. Devemos depreender que o contrário, isto é, se foi o vendedor que caiu em insolvência, de igual modo, resguardado está o comprador de reter o pagamento até que lhe seja dada a coisa ou caução seja prestada. Com tal conclusão, de nada fugimos da *exceptio non rite adimpleti contractus* prevista no art. 477 do CC.

## 5. O lugar em que deverá ocorrer a tradição

O lugar para o qual a coisa, objeto do contrato de compra e venda, deverá ser expedida deverá ser estipulado expressamente. Caso não haja essa estipulação, a tradição da coisa deverá ocorrer no lugar onde ela se encontrava, ao tempo da venda.

Caso haja estipulação de outro lugar a ser entregue a coisa mediante especificações do comprador, esse restará responsável pelos riscos de eventual entrega equivocada em virtude de informações distorcidas prestadas pelo comprador, salvo, evidentemente, se as orientações dadas estiverem corretas e tiver sido o vendedor que as inobservou (art. 494, CC).

## 6. A venda por amostras, protótipos ou modelos

Caso a venda tenha sido realizada com base em amostras, protótipos ou modelos, em respeito à orientação imposta pela **boa-fé objetiva** o vendedor deverá assegurar que a coisa conterá as qualidades apresentadas na amostra, protótipo ou modelo. Se a coisa descrita no contrato destoar do apresentado na amostra, protótipo ou no modelo, deverá prevalecer a descrição desses últimos (art. 484, CC). Nota-se claramente que a boa-fé objetiva, mais uma vez, ameniza a dureza do *pacta sunt servanda*, princípio clássico que impunha a obrigatoriedade contratual.

## 7. As coisas vendidas conjuntamente

É possível que a venda se refira a um conjunto de coisas. Nesse caso, constatado o **defeito oculto** em uma delas, tal fato não terá o condão de fulminar a contratação por completo. Nesse mote, não diferente poderia ser a redação do art. 503 do CC: “Nas coisas vendidas conjuntamente, o defeito oculto de uma não autoriza a rejeição de todas”.

Vale o exemplo de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “Assim, se alguém, compra trinta garrafas de um vinho de safra rara e uma delas é visivelmente imprestável para o consumo, somente aquela será rejeitada e não as demais. Seguramente, esta interpretação não se mostra equivocada, até mesmo porque o vício não desvaloriza ou inutiliza os demais objetos adquiridos” (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

## 8. Classificação da venda de imóveis: *ad mensuram* e *ad corpus*

É possível que a venda de um imóvel seja *ad mensuram* ou *ad corpus*.

Na **venda *ad mensuram***, também denominada venda por medida ou extensão, as partes celebram o negócio atentas ao tamanho da área mencionada. É a venda, por exemplo, de um terreno levando em consideração os seus exatos 800m<sup>2</sup>.

Já na **venda *ad corpus***, as medidas são meramente enunciativas, uma vez que a coisa foi negociada como um corpo certo e determinado.

As disposições respeitantes às duas modalidades de compra e venda de imóveis estão nos arts. 500 e 501 do CC. A seguir passamos à explicação.

Em se tratando da venda *ad mensuram*, se a área apresentada não corresponder às dimensões dadas, o comprador poderá exigir o **complemento da área** e, caso isso não seja possível, poderá exigir o **abatimento proporcional no preço** ou a **resolução do contrato**. Embora muitos doutrinadores se refiram às consequências como opções deferidas ao comprador, em observância ao princípio da conservação ou preservação do contrato, a possibilidade de resolução do contrato deve ser encarada como a *ultima ratio*.

Vale lembrar que, mesmo em se tratando de venda *ad mensuram*, devemos considerar que, se a variação não superar a 1/20 (5%) da área vendida, opera-se a **presunção de tolerância** do comprador em relação a tal

variação, não cabendo qualquer das três opções antes aventadas. Porém, tal presunção se apresenta de forma relativa, admitindo prova em contrário. Assim, o comprador poderá lançar mão das opções se conseguir provar que, mediante a variação do tamanho do terreno, o negócio não se teria realizado.

No que respeita à venda *ad corpus*, como o imóvel foi vendido como corpo certo e determinado, ainda que tal referência de tamanho conste expressamente do contrato, não caberá qualquer reclamação afeta à complementação de área, abatimento no preço ou resolução do contrato.

Em breve síntese, podemos atentar para o seguinte quadro comparativo:

<b>VENDA AD MENSURAM</b>	<b>VENDA AD CORPUS</b>
<p>Interessa o exato tamanho mencionado da área quando da realização do negócio. O preço corresponde à exata medida de extensão apresentada do imóvel.</p>	<p>As medidas são meramente enunciativas, uma vez que a coisa foi negociada como um corpo certo e determinado.</p>
<p>Havendo variação na área, o comprador poderá exigir:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– complementação da área (ação <i>ex empto</i>);</li> <li>– abatimento no preço (ação <i>quanti minoris</i>);</li> <li>– resolução do contrato (ação redibitória).</li> </ul> <p>Poderá haver pleito de indenização por perdas e danos se comprovada a má-fé do vendedor, em razão de manifestação de sua culpa.</p> <p>Obs.: Se a variação não for superior a 1/20 da área, ou seja, 5% de seu tamanho, presume-se a tolerância do comprador, salvo prova em contrário.</p>	<p>Havendo variação na área, o comprador nada poderá exigir.</p>

Se ao invés de falta houver **excesso de tamanho** na área apresentada, quem restará prejudicado no contexto será o vendedor. Desse modo, este poderá exigir: a **complementação do valor correspondente ao preço** ou a **devolução da área excedente**. Caberá ao comprador a escolha dentre as

opções apresentadas. É claro que esta situação se configura nos moldes da venda *ad mensuram*, porque se a venda tiver sido *ad corpus* o vendedor nada poderá pleitear.

O **prazo decadencial** que o comprador ou o vendedor tem para reclamar os seus direitos é de **um ano** e será contado a partir do registro do título.

Todavia, se a imissão na posse não se der concomitantemente ao registro do título, em virtude de atraso atribuível ao alienante, o prazo contar-se-á da imissão na posse por parte do comprador. Vislumbramos aqui hipótese excepcional de impedimento do curso de prazo decadencial em correspondência ao previsto no art. 207 do CC.

## 9. Restrições à compra e venda

O Código Civil apresenta as seguintes restrições ao contrato de compra e venda: de bens entre ascendentes a descendentes; de bens sob administração; de bens entre os cônjuges; e de bens em condomínio. Essas restrições, a seguir estudadas, corroboram a ideia de que a **autonomia privada** conforma-se dentro de **limitações** impostas por outros princípios relevantes.

### 9.1 Da venda de ascendentes a descendentes

A regra é a de que o ascendente não poderá vender bens aos seus descendentes. Tal fato justifica-se no receio de fraude em relação aos demais descendentes e cônjuge não envolvidos no contrato. Se assim o é, tornar-se-á perfeitamente possível a venda de ascendente a descendente desde que os demais descendentes e o cônjuge, a depender do regime de bens, consintam em sua celebração. É que a obtenção da autorização outorga **legitimação** para que o ascendente proceda à venda a qualquer descendente sem receio de embaraços no futuro.

A professora Maria Helena Diniz salienta que: “se entre os descendentes houver menor de idade, será preciso a intervenção do curador especial.” E em outro trecho: “Os descendentes, cuja anuência se exige, são os herdeiros necessários do alienante ao tempo da celebração do contrato; logo, se a venda se deu antes do reconhecimento da filiação, o reconhecido não poderá invalidá-la (RT 606:231), por não ter consentido naquele negócio” (DINIZ, 2009).

De acordo com o art. 220 do CC, “a anuência ou a autorização de outrem, necessária à validade de um ato, provar-se-á do mesmo modo que este, e constará, sempre que se possa, do próprio instrumento”. Desse modo, caso a venda seja de um bem imóvel de valor superior a 30 vezes o salário mínimo, a autorização deverá ser feita por meio de escritura pública, conforme art. 108 do CC.

O art. 496 do CC preceitua que: “É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido”. O seu parágrafo único acrescenta que: “Em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória”.

O referido parágrafo aponta a desnecessidade de obtenção de autorização do cônjuge caso o regime de bens seja a separação obrigatória. A separação obrigatória enquadra-se nas situações em que a lei impõe tal regime. As situações estão descritas no art. 1.641 do CC. Vale lembrar ainda que a interpretação dada ao art. 496 do CC é restritiva, não sendo necessária, portanto, a **outorga convivencial** em caso de união estável.

Releva notar a imprecisão técnica que consta do parágrafo único do art. 496 do CC quando menciona: “Em ambos os casos (...)”. Resta saber: quais seriam esses casos? Na verdade, o caso é apenas um: a venda de ascendente a descendente. Então, por que a expressão “em ambos os casos”? Trata-se tão somente de um erro material da lei.

É que, quando da redação original do projeto do Código Civil, havia a restrição não apenas para a venda de ascendente a descendente, mas também o contrário, de descendente a ascendente. Porém, com o desenvolvimento do projeto restou excluída a segunda restrição (de descendente a ascendente), não sendo, contudo, alterado o seu parágrafo único. Daí o desencontro entre o *caput* do artigo e o seu parágrafo único. Para resolver o problema, a saída é apenas uma: a desconsideração da expressão “em ambos os casos”, inserta no parágrafo único. Note que a solução mais adequada se distancia da premissa de que a lei não apresenta expressões inúteis.

Há inclusive o **enunciado 177 do CJF**, aprovado na III Jornada de Direito Civil, nesse sentido: “Por erro de tramitação, que retirou a segunda hipótese de anulação de venda entre parentes (venda de descendente para

ascendente), deve ser desconsiderada a expressão ‘em ambos os casos’, no parágrafo único do art. 496”.

Caso ocorra a venda sem a obtenção da autorização imposta no referido artigo, a consequência será a **anulabilidade** do contrato. O prazo a ser considerado para tanto será de **dois anos** conforme aplicação do art. 179 do CC. Devemos concluir, portanto, depois da entrada em vigor do Código Civil de 2002, pelo desuso da Súmula 494 do STF, que apresentava a seguinte redação: “A ação para anular venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais, prescreve em vinte anos, contados da data do ato, revogada a Súmula 152”. Essa Súmula já pecava por imprecisão quando mencionava que se tratava de prazo prescricional para a anulação, quando, na realidade, o prazo é de natureza decadencial. Aliás, com esse mesmo propósito foi aprovado o **enunciado 368 do CJF** com o seguinte teor: “O prazo para anular venda de ascendente para descendente é decadencial de dois anos (art. 179 do Código Civil)”.

Encerramos este item lembrando que a doação de bens de ascendente a descendente não exige a mencionada autorização do art. 496 do CC. Isso porque quando há a doação de ascendente a descendente, posteriormente, quando do falecimento do doador, o donatário deverá levar o bem à colação para que se igualem as legítimas. Em caso de compra e venda, não existe tal colação, daí a exigência da obtenção de autorização dos demais descendentes e do cônjuge, exceto no regime de separação obrigatória.

## ***9.2 Da venda de bens sob administração***

O Código Civil também apresenta restrições incidentes sobre os bens que se encontram sob a administração alheia. Tal fato decorre da imposição de preceitos éticos em tais situações, além da devida satisfação ao princípio da moralidade na Administração Pública. Desse modo, o art. 497 do CC estabelece:

Sob pena de nulidade, não podem ser comprados, ainda que em hasta pública:

I – pelos tutores, curadores, testamentários e administradores, os bens confiados à sua guarda ou administração;

II – pelos servidores públicos, em geral, os bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou

indireta;

III – pelos juízes, secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários ou auxiliares da justiça, os bens ou direitos sobre que se litigar em tribunal, juízo ou conselho, no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade;

IV – pelos leiloeiros e seus prepostos, os bens de cuja venda estejam encarregados.

Parágrafo único. As proibições deste artigo estendem-se à cessão de crédito.

Assim, havendo a compra e venda ou a cessão de crédito em tais hipóteses, a consequência será a **nulidade absoluta** do negócio jurídico.

### ***9.3 Da venda de bens entre cônjuges***

É perfeitamente admitida a compra e venda entre os cônjuges dos bens excluídos da comunhão (art. 499, CC). Assim, se percorrermos os diversos regimes de bens alcançaremos as seguintes conclusões:

- ◆ No regime da separação de bens, a possibilidade de compra e venda entre os cônjuges será ampla, já que nesse regime são todos os bens excluídos da comunhão.
- ◆ No regime da comunhão parcial de bens, poderão ser vendidos os bens adquiridos antes do casamento ou aqueles que são excluídos da comunhão e os demais bens conforme o art. 1.559, além do art. 1.661, ambos do Código Civil.
- ◆ No regime da comunhão universal de bens, como a comunicabilidade dos bens é amplíssima, a venda será restrita aos poucos bens que não participam da comunhão, conforme art. 1.668 do CC. A dúvida que surge aqui é quanto ao inciso I deste artigo, que dispõe que são excluídos da comunhão os bens gravados com cláusula de incomunicabilidade. A questão é: será que esses bens – os gravados com cláusula de incomunicabilidade – podem ser vendidos ao outro cônjuge? Para responder a tal indagação surgem dois posicionamentos:
  - 1) não poderá haver a venda por representar burla à própria incomunicabilidade apresentada pela cláusula (art. 1.848, CC);

2) poderá haver a venda já que a incomunicabilidade não implica inalienabilidade do bem. Na realidade, a inalienabilidade do bem é que geraria a sua incomunicabilidade (art. 1.911, CC). Em ocorrendo a venda, evidentemente, cessariam os efeitos da cláusula de incomunicabilidade.

Vale lembrar ainda que, em se tratando de venda entre cônjuges casados sob o regime de comunhão parcial ou total de bens, a compra por um dos cônjuges faz perdurar a propriedade do outro quanto à metade do bem por força do próprio regime que impõe a comunicação de tais aquisições. Já no regime de separação de bens, a venda faz gerar a propriedade exclusiva do cônjuge adquirente em virtude das regras orientadoras de tal regime que impedem a comunicação do bem.

Em síntese: admite-se a venda de bens entre os cônjuges, desde que tais bens não façam parte da comunhão. Caso haja a venda pertencente à comunhão, tal venda deverá ser considerada nula por força da impossibilidade de seu objeto, conforme art. 166, II, do CC.

No que respeita à união estável, se tal entidade familiar se orienta pelo regime da comunhão parcial de bens (art. 1.725, CC), não vemos óbice quanto à venda dos bens que sejam excluídos da comunhão, em interpretação analógica ao já comentado.

## **9.4 Da venda de bens em condomínio**

O condomínio surge quando há uma propriedade em comum. O condomínio poderá acontecer de dois modos:

- ◆ Quando cada condômino apresenta apenas uma fração ideal da coisa, isto é, não há divisão no plano fático do bem. Esse condomínio se denomina *pro indiviso*.
- ◆ Quando cada condômino apresenta uma parte delimitada da coisa, havendo, pois, a divisão física da coisa. Eis o condomínio *pro diviso*.

Em se tratando de um **condomínio pro indiviso**, caso qualquer dos condôminos pretenda a venda de sua fração deverá oferecer aos demais condôminos. Desse modo, não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. Caso haja a venda a estranhos, sem a comunicação aos demais condôminos, poderá o interessado, no prazo de 180 dias, requerer a coisa para si,

depositando o preço. Ademais, em havendo vários condôminos interessados, deverá ser observada a seguinte ordem de preferência:

- ◆ Existindo benfeitorias, ao condômino que as possuir de maior valor.
- ◆ Não existindo benfeitorias, ao condômino de quinhão maior.
- ◆ Se os quinhões forem iguais, em observância à anterioridade, terá preferência aquele que primeiro depositar judicialmente o preço.

Em se tratando de **condomínio pro diviso** – aquele perfeitamente dividido no plano físico – não há a obrigatoriedade de um condômino oferecer aos demais, podendo vender a terceiros estranhos ao condomínio, como acontece nas unidades autônomas dos condomínios edilícios.

A restrição objeto deste tópico, portanto, incide apenas sobre o condomínio *pro indiviso*, conforme previsão do art. 504 do CC. A essa imposição de que um condômino deverá oferecer a parte de que pretende a venda aos demais condôminos dá-se o nome de **prelação legal, preempção legal ou preferência legal**, instituto esse que não deve ser confundido com a preempção convencional (arts. 513 a 520, CC), estudada por nós no item 10.3, *infra*, e com a preferência do locatário (art. 33 da Lei n. 8.245/91).

## **10. Cláusulas especiais no contrato de compra e venda**

As cláusulas especiais que poderão existir em um contrato de compra e venda são denominadas pactos adjetos e representam pactos acessórios. Essas cláusulas somente terão aplicabilidade se constarem **expressamente** no contrato. O Código Civil apresenta como tais: a retrovenda, a venda a contento, a venda sujeita a prova, a preempção ou preferência, a venda com reserva de domínio e a venda sobre documentos, todas elas a seguir analisadas.

### **10.1 A retrovenda**

A retrovenda é cláusula acessória em contrato de compra e venda de **bem imóvel** que estabelece que o vendedor de coisa pode reservar-se o direito de recobrá-la no prazo máximo de decadência de **três anos**, restituindo o preço recebido e reembolsando as despesas do comprador, inclusive as que, durante o período de resgate, se efetuaram com a sua

autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias (art. 505, CC).

Ressalte-se que a retrovenda somente poderá incidir em se tratando de venda de bem imóvel, o que faz com que o adquirente tenha uma **propriedade resolúvel**. Note que fica ao alvedrio do vendedor querer a coisa de volta, isto é, exigir o direito de retrato ou não, dentro do prazo estipulado.

Se o comprador se recusar a receber as quantias a que faz jus, o vendedor, para exercer o direito de resgate, depositá-las-á judicialmente (art. 506, CC). No valor a ser pago, o titular do direito de retrato arcará apenas com as benfeitorias necessárias, não se responsabilizando pelas úteis e voluptuárias, que só deverão ser pagas se houver estipulação contratual em sentido contrário.

Com base no princípio da ampla circulação de riquezas, o Código Civil admite em seu art. 507 a possibilidade de cessão por ato *inter vivos* do direito de retrato, sendo, além disso, transmissível aos herdeiros e legatários.

Saliente-se, ainda, que o bem onerado com a cláusula de retrovenda poderá ser alienado, porém o direito de retrato poderá ser exercido contra o terceiro adquirente. Tal direito, evidentemente, somente poderá ser exercitado se a cláusula de retrovenda constar do registro do imóvel, sob pena de se prejudicar a terceiro de boa-fé.

Se, anteriormente, houvesse um condomínio sobre o bem e esse fosse alienado com a referida cláusula, posteriormente, se um dos condôminos pretender o resgate, poderá o comprador intimar os outros para nele acordarem, prevalecendo o pacto em favor de quem haja efetuado o depósito, contanto que seja integral (art. 508, CC). A conclusão é que não é possível o resgate de parte ideal, devendo o bem ser retomado em sua integralidade por todos aqueles que tiverem interesse.

Se a coisa suscetível de resgate se perder por caso fortuito ou força maior, resultará extinta a retrovenda. Se, entretanto, a coisa se perder por culpa do comprador, a questão se resolverá em perdas e danos.

Se o comprador estabelecer sobre o imóvel qualquer direito real como, por exemplo, hipoteca, usufruto, servidão, dentre outros, havendo o resgate do bem, todos os direitos reais serão cancelados por força do art. 1.359 do

CC, que estabelece: “Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha”.

## ***10.2 Da venda a contento e sujeita a prova***

É do magistério de Flávio Tartuce que extraímos a distinção entre a venda a contento e a venda sujeita a prova: “A diferença básica primordial entre venda a contento e sujeita a prova é que no primeiro caso o comprador não conhece ainda o bem que irá adquirir, havendo uma aprovação inicial. Na venda sujeita a prova, a coisa já é conhecida. O comprador somente necessita da prova de que o bem a ser adquirido é aquele que ele já conhece, tendo as qualidades asseguradas pelo vendedor e sendo idôneo para o fim a que se destina” (TARTUCE, 2006).

Tanto a venda a contento, quanto a venda sujeita a prova, são manifestações contratuais subordinadas a uma **condição suspensiva**. Isso significa que com a entrega da coisa não se opera ainda a transferência de propriedades, sendo necessário que o comprador manifeste o seu agrado para que isso ocorra. Assim, enquanto o comprador não manifestar o seu agrado, como ainda não pode ser considerado proprietário, as suas obrigações são de mero comodatário (art. 511, CC).

Não havendo prazo estipulado para a declaração do comprador, o vendedor terá o direito de intimá-lo, judicial ou extrajudicialmente, para que o faça em prazo improrrogável (art. 512, CC).

## ***10.3 Preempção ou preferência ou prelação convencional***

A preempção convencional, também conhecida como preferência ou prelação convencional, é a obrigação que tem o comprador de, ao pretender vender o bem adquirido, ter que em primeiro lugar oferecer ao vendedor que o alienou a si.

O vendedor, ao exercitar a sua preferência, deverá pagar, em condições iguais, o preço encontrado, ou o ajustado, conforme preceitua o art. 515 do CC.

Essa obrigação que o comprador ao vender tem de oferecer ao vendedor opera-se em um prazo que não poderá exceder a **180 dias se a coisa for móvel, e dois anos, em se tratando de imóvel** (art. 513, parágrafo único, CC).

Quanto à possibilidade de variação desse prazo via contratual, a doutrina se manifesta de duas maneiras:

- 1) Há quem entenda que, por interpretação literal do parágrafo único do art. 513 do CC, é possível a alteração do prazo no sentido de sua diminuição, não se admitindo o seu aumento, observado o limite apresentado no referido artigo.
- 2) De outro lado, existem aqueles que dizem que os prazos são exatamente aqueles mencionados no parágrafo único do art. 513 do CC, não se admitindo a sua redução ou ampliação, uma vez que são manifestação de decadência legal.

Se o vendedor tomar conhecimento de que o comprador irá vender a coisa, ele mesmo poderá se manifestar acerca de sua preferência intimando o comprador (art. 512, CC).

Quando é o próprio comprador que notifica o vendedor para que este exercite o seu direito de preferência, o vendedor deverá se manifestar no prazo de **3 dias contado da notificação, se a coisa for móvel, ou, em se tratando de imóvel, o vendedor deverá se manifestar em 60 dias, também contado da notificação**. Isso tudo se não existir prazo maior definido na própria notificação (art. 516, CC).

Devemos ficar atentos para que não haja confusão entre os prazos do art. 513, parágrafo único, e do art. 516. O quadro a seguir ajuda a esclarecer:

<b>PRAZOS DE DURAÇÃO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA CONTADOS A PARTIR DA TRADIÇÃO DA COISA: (ART. 513, PARÁGRAFO ÚNICO, CC)</b>	<b>PRAZOS DE MANIFESTAÇÃO DO VENDEDOR, APÓS SER NOTIFICADO: (ART. 516, CC)</b>
Para bens móveis: 180 dias	Para bens móveis: 3 dias
Para bens imóveis: 2 anos	Para bens imóveis: 60 dias

O direito à preferência deve ser considerado **direito indivisível**. É que o art. 517 do CC estabelece: “Quando o direito de preempção for estipulado a favor de dois ou mais indivíduos em comum, só pode ser exercido em relação à coisa no seu todo. Se alguma das pessoas, a quem ele toque, perder ou não exercer o seu direito, poderão as demais utilizá-lo na forma sobredita”. Perceba-se com a redação do referido artigo que a preferência não poderá ser exercida sobre cota ideal do bem, incidindo apenas sobre a sua integralidade.

Se for desrespeitado o direito de preferência do vendedor na aquisição do imóvel, o vendedor não poderá exigir a anulação da compra e venda, podendo exigir apenas **indenização por perdas e danos**, inclusive do adquirente que responderá solidariamente se tiver obrado de má-fé (art. 518, CC). Note-se que a solução aqui é diferente da prelação legal imposta pelo art. 504 do CC, existente entre condôminos e que admite a anulação do negócio.

Promovendo a devida diferenciação da prelação convencional e do instituto da retrovenda já trabalhado no item 10.1, *supra*, Tartuce aduz: “Justamente porque os seus efeitos são *inter partes*, gerando o dever de pagar perdas e danos, é que a cláusula de preempção também se diferencia da cláusula de retrovenda. Ademais as estruturas e as decorrências práticas dos institutos são completamente diversas, inclusive quanto às suas caracterizações” (TARTUCE, 2006).

O direito de prelação convencional é **personalíssimo**; desse modo, o art. 520 do CC prevê expressamente que o “o direito de preferência não se pode ceder e nem passa aos herdeiros”.

Deixamos para o final o problemático art. 519 do CC: “Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa”.

Trata o artigo de uma situação de **tredestinação** que ocorre quando há um desvio de finalidade incidente sobre o bem objeto de desapropriação. Quando isso ocorre, o expropriante terá direito à **retrocessão**, isto é, tomar de volta para si aquilo que havia perdido em desapropriação.

O que se depreende por interpretação rasa do referido artigo é que há uma “preferência legal” do anterior proprietário para readquirir a coisa desapropriada. Porém, realçamos que o que há em questão é o direito à retrocessão. Como se trata de matéria afeta eminentemente ao Direito Público, percebemos que o assunto se apresenta completamente deslocado dentro do estatuto civil, merecendo maiores digressões na seara do direito administrativo.

## **10.4 Da venda com reserva de domínio**

A reserva de domínio é o pacto acessório ao contrato de compra e venda pelo qual o vendedor se reserva a propriedade do **bem móvel** vendido, enquanto não houver o pagamento integral da coisa. É comum a inserção da cláusula de reserva de domínio nas vendas a crédito, sobretudo as atinentes à aquisição de veículos.

A transferência de propriedade ao comprador ocorrerá no exato momento em que o preço esteja integralmente pago. Todavia, pelos riscos da coisa responde o comprador, a partir de quando lhe foi entregue (art. 524, CC). Desse modo, ainda não se constituindo como proprietário da coisa, o adquirente é responsável por ela. Trata-se de clara exceção à regra de que a coisa se perde para o seu dono (*res perit domino*), havendo, no caso, a aplicação da regra de que a coisa se perde para o comprador (*res perit emptoris*).

A cláusula de reserva de domínio será estipulada por escrito e depende de registro no domicílio do comprador para valer contra terceiros (art. 522, CC). O registro mencionado é o de títulos e documentos previsto no art. 129, item 5º, da Lei n. 6.015/73.

Ademais, vale lembrar que não pode ser objeto de venda com reserva de domínio a coisa insuscetível de caracterização perfeita, para estremá-la de outras congêneres (art. 523, CC). Assim, conclui-se que o objeto deverá ser **móvel e infungível**.

Havendo a **mora do comprador**, o vendedor, de acordo com o art. 526 do CC, terá duas opções: ajuizar ação de cobrança das prestações vencidas e vincendas e o mais que lhe for devido (art. 1.070, CPC); ou recuperar a posse da coisa vendida (art. 1.071, CPC).

Para que o vendedor possa recuperar a posse da coisa não será cabível a ação de reintegração de posse, mas sim a **ação de busca e apreensão**.

Pelo que estabelece o art. 525 do CC, o vendedor somente poderá executar a cláusula de reserva de domínio após constituir o comprador em mora, mediante protesto do título ou interpelação judicial.

É claro que em relação às parcelas já vencidas não há que se falar em interpelação judicial para a constituição em mora do devedor, já que nesse caso, como havia termo predeterminado, a mora se operou de pleno direito, conforme o art. 397, *caput*, do CC, ao que se denomina *mora ex re*.

Para o caso de aplicação da busca e apreensão do bem e a consequente perda do bem por parte do comprador, a segunda metade do art. 527 preceitua que é facultado ao vendedor reter as prestações pagas até o necessário para cobrir a depreciação da coisa, as despesas feitas e o mais que de direito lhe for devido. O excedente será devolvido ao comprador; e o que faltar lhe será cobrado, tudo na forma da lei processual.

Interessante perceber que, se já houver o pagamento de grande parte das parcelas devidas, restará afastada a possibilidade de extinção do contrato e recuperação da posse da coisa vendida, por força de aplicação da **teoria do adimplemento substancial ou inadimplemento mínimo**. Por essa teoria, como houve o cumprimento considerável da obrigação, o credor apenas poderá exigir o pagamento das parcelas vencidas e vincendas, não cabendo ação de busca e apreensão. Tal teoria chega em nítida homenagem aos

princípios da **boa-fé objetiva**, da **função social** e da **preservação dos contratos**.

O art. 528 do CC estabelece que: “Se o vendedor receber o pagamento à vista, ou, posteriormente, mediante financiamento de instituição do mercado de capitais, a esta caberá exercer os direitos e ações decorrentes do contrato, a benefício de qualquer outro. A operação financeira e a respectiva ciência do comprador constarão do registro do contrato”.

A doutrina constatou erro material na redação do artigo, o que culminou na aprovação do **enunciado 178 do CJF**, com a seguinte redação: “Na interpretação do art. 528, devem ser levadas em conta, após a expressão ‘a benefício de’, as palavras ‘seu crédito, excluída a concorrência de’, que foram omitidas por manifesto erro material”.

Conciliando a redação do art. 528 do CC e o enunciado 178 do CJF, podemos conceber o seguinte texto ideal para o referido artigo: “Se o vendedor receber o pagamento à vista, ou, posteriormente, mediante financiamento de instituição do mercado de capitais, a esta caberá exercer os direitos e ações decorrentes do contrato, a benefício **de seu crédito, excluída a concorrência** de qualquer outro. A operação financeira e a respectiva ciência do comprador constarão do registro do contrato”. Pronto! Assim, fica mais fácil entender a ideia que o legislador pretendia passar.

Por fim, ainda que brevemente, lembramos que a venda com reserva de domínio não pode ser confundida com a alienação fiduciária em garantia, tampouco com o *leasing* ou arrendamento mercantil.

Como visto, a reserva de domínio constitui cláusula contratual em que o vendedor do bem se reserva a sua propriedade, enquanto não houver o adimplemento da obrigação por parte do comprador. Trata-se, portanto, de cláusula especial do contrato de compra e venda disciplinada nos arts. 521 a 528 do CC.

Ao revés, a **alienação fiduciária em garantia** é direito real de garantia sobre coisa própria prevista nos arts. 1.361 a 1.368 do CC, em que o devedor fiduciante compra o bem de um terceiro e imediatamente o aliena, transferindo a propriedade ao credor fiduciário, porém permanecendo com a posse da coisa.

Já o *leasing*, também conhecido como **arrendamento mercantil**, constitui-se em um verdadeiro contrato atípico que se manifesta por meio

de uma locação com opção de compra, com o pagamento do Valor Residual Garantido (VRG), que pode ser diluído no valor das parcelas ou pago integralmente ao final do contrato (Súmula 293, STJ).

Na venda com reserva de domínio, a coisa, como vimos, poderá ser reavida com o manejo de ação de busca e apreensão nos moldes do CPC. Já para a alienação fiduciária, a coisa será reavida, também mediante ação de busca e apreensão, observando os contornos previstos no Decreto-lei n. 911/69. No que diz respeito ao *leasing* ou arrendamento mercantil, a ação cabível será a de reintegração de posse. Saliente-se que em todos os casos não caberá prisão civil do devedor.

## **10.5 Da venda sobre documentos**

A venda sobre documentos, também conhecida como venda contra documentos ou *trust receipt*, encontra o ápice de sua importância e utilidade no comércio exterior, agilizando, sobremaneira, as negociações internacionais.

Na venda sobre documentos, a tradição da coisa é substituída pela entrega do seu título representativo e dos outros documentos exigidos pelo contrato ou, no silêncio deste, pelos usos (art. 529, CC).

É do escólio de Tartuce que extraímos o seguinte exemplo: “Uma empresa brasileira compra de uma empresa belga uma máquina industrial. Inserida a cláusula e, sendo o contrato celebrado no Brasil, a empresa vendedora vem até o país para a entrega do documento correspondente à propriedade. A partir de então, a empresa brasileira é proprietária, respondendo pelos riscos e despesas referentes à coisa” (TARTUCE, 2006).

Note que no caso o que ocorre é uma manifestação de **tradição ficta ou presumida** com a entrega do documento representativo da coisa. Achando-se a documentação em ordem, não pode o comprador recusar o pagamento, a pretexto de defeito de qualidade ou do estado da coisa vendida, salvo se o defeito já houver sido comprovado (art. 529, parágrafo único, CC).

Não havendo estipulação em contrário, o pagamento deve ser efetuado na data e no lugar da entrega dos documentos (art. 530, CC). E se entre os documentos entregues ao comprador figurar apólice de seguro que cubra os riscos do transporte, correm estes à conta do comprador, salvo se, ao ser

concluído o contrato, tivesse o vendedor ciência da perda ou avaria da coisa (art. 531, CC).

Se o pagamento se der por intermédio de estabelecimento bancário, caberá a este efetuar-lo contra a entrega dos documentos, sem obrigação de verificar a coisa vendida, pela qual não responde. Eis a disposição do art. 532 do CC que se opõe ao art. 7º, parágrafo único, do CDC, pelo qual o estabelecimento bancário responderia solidariamente com o vendedor, já que as instituições financeiras devem acatar o disposto no Código de Defesa do Consumidor.

Há quem diga que a regra contida no art. 532 do CC deverá prevalecer por seu caráter específico, posicionamento esse que tem prevalecido na doutrina. De outro lado, encontram-se aqueles que propugnam pela regra contida no CDC em virtude de seu caráter principiológico. A questão, portanto, não se afigura pacífica.

## Capítulo 3

### ❖ Do Contrato de Troca ou Permuta

#### 1. Noções introdutórias

O contrato de troca ou permuta é sem dúvida um dos negócios jurídicos mais antigos da humanidade. Por meio da troca ou permuta, um contratante assegura ao outro um bem em lugar de outro que lhe será destinado.

Trata-se de contrato que em muito se assemelha ao contrato de compra e venda. Portanto, seus caracteres, natureza jurídica e regras tangenciam ao que já foi falado sobre a compra e venda no capítulo anteriormente trabalhado.

Nesse contexto, noticia Silvio Rodrigues que: “Sua índole é a mesma da compra e venda e difere desse contrato apenas porque nele a prestação de uma das partes consiste em dinheiro, o que não se dá na troca, em que as prestações dos permutantes são em espécie. Essa identidade de natureza decorre do fato de o contrato de compra e venda ser espécie do contrato de troca. Aquele é posterior a este, pois o surgimento da compra e venda só se tornou possível a partir do momento em que apareceu a moeda. É certo, entretanto, que, com o aparecimento da moeda, o contrato de compra e venda quase tornou obsoleto o de troca, dada a sua maior difusão” (RODRIGUES, 1997).

#### 2. Natureza jurídica

Procedendo à apresentação dos contornos de um contrato de troca ou permuta, importa dizer que tal contrato é **oneroso**, já que ambas as partes sofrem sacrifício patrimonial; é **bilateral**, por gerar obrigações para ambas as partes; é **típico**, por apresentar disciplina mínima em lei (art. 533, CC); é **consensual**, já que se aperfeiçoa com o mero consenso entre as partes; e, por fim, **formal ou informal**, a depender do seu objeto.

### 3. Traços distintivos da permuta em relação à compra e venda

Tudo até agora mencionado acerca da natureza jurídica da permuta se assemelha ao contrato de compra e venda. Porém, dois pontos fazem distanciar a permuta daquele contrato. A seguir apresentamos:

- 1) Enquanto que na **compra e venda**, salvo cláusula em contrário, ficam as despesas de escritura e registro a cargo do comprador, e a cargo do vendedor as da tradição (art. 490, CC), na **permuta**, salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca (art. 533, I, CC).
- 2) Enquanto que na **compra e venda** para que o ascendente possa vender bens ao descendente se mostra necessária a autorização dos demais descendentes e do cônjuge, a depender do regime de bens; na **permuta**, o ascendente necessitará da autorização dos demais descendentes e do cônjuge apenas se a troca versar sobre bens de valores desiguais, sob pena de anulabilidade (art. 533, II, CC).

## Capítulo 4

### ◆ Do Contrato Estimatório

#### 1. Noções introdutórias

Pelo contrato estimatório, o **consignante** coloca à disposição do **consignatário** bem **móvel** para que este seja alienado pelo primeiro e pago o preço ao segundo ou, se preferir, restituir-lhe a coisa consignada. Ex. 1: A Livraria “A” (consignatário) obtém 20 unidades de determinado livro da Editora “B” (consignante). A Livraria “A” poderá vender os livros e pagar à Editora “B” o valor ajustado ou então devolver aqueles livros que não foram vendidos. Ex. 2: “A”, pessoa que promove eventos festivos, adquire de uma distribuidora de bebidas 200 garrafas de determinada bebida alcoólica para o consumo em uma festa. Caso as garrafas sejam consumidas, “A” pagará à distribuidora de bebidas o valor combinado; caso contrário, as garrafas remanescentes e não consumidas serão devolvidas à distribuidora.

O contrato estimatório é comumente designado de **venda por consignação**. Sintetizando o contrato estimatório, vale conferir a redação do enunciado 32 do CJF: “No contrato estimatório (art. 534, CC), o consignante transfere ao consignatário, temporariamente, o poder de alienação da coisa consignada com a opção de pagamento do preço de estima ou sua restituição ao final do prazo ajustado”.

#### 2. As partes no contrato estimatório

As partes neste contrato são o consignante e o consignatário. **Consignante** é aquele que disponibiliza o bem. **Consignatário** é aquele que recebe o bem com a missão de vendê-lo e pagar o preço ajustado ao consignante ou restituí-lo.

#### 3. Natureza jurídica

O contrato estimatório é **oneroso**, na medida em que ambas as partes sofrem sacrifícios patrimoniais; é **bilateral**, uma vez que ambas as partes apresentam obrigações; é **típico**, por apresentar disciplina mínima em lei (arts. 534 ao 537, CC); é **informal**, por não apresentar forma prevista em lei.

No que diz respeito ao seu aperfeiçoamento, a natureza jurídica do contrato estimatório não é aferida com pacificidade. É que, para parte da doutrina, o contrato estimatório deve ser considerado um contrato real, na medida em que se perfaz com a entrega da coisa ao consignatário. De outro lado, para outros, não faz sentido dizer que se trata de contrato real, pois o legislador em momento algum informa que o contrato estimatório se perfaz com a entrega do bem, de modo que o mais razoável seria dizer que se trata de contrato consensual, formando-se com o simples consenso das partes, e a entrega do bem repousaria no plano dos efeitos do negócio jurídico.

#### 4. Caracteres jurídicos

Caso o **bem móvel** disponibilizado para a venda venha a **perecer**, ainda que sem culpa do consignatário, deverá este indenizar ao consignante. Trata-se de clara exceção à regra de que a coisa se perde para o seu dono (*res perit domino*). Quando há o contrato estimatório, o dono continua a ser o consignante; porém, se a coisa se perder, arcará o consignatário com o prejuízo (art. 535, CC). Ex.: “A” adquiriu bebidas de uma distribuidora de bebidas para utilização em uma recepção. Ocorre que um convidado absolutamente embriagado invade a cozinha do evento e vem a destruir dezenas de garrafas. Note-se que houve a perda das garrafas sem culpa do consignante e mesmo assim este será responsável por esse prejuízo, devendo pagar ao consignatário o valor devido.

Caso o consignatário possua credores, estes não poderão promover a penhora ou o sequestro dos bens objetos de contrato estimatório, enquanto não findo o contrato e pago integralmente o preço (art. 536, CC). Essa disposição é evidente na medida em que o contrato estimatório não transfere a propriedade do bem ao consignatário.

Como o bem objeto do contrato estimatório apresenta um caráter de indisponibilidade, enquanto não findo o contrato, o consignante não poderá

dispor da coisa enquanto não lhe seja restituída ou comunicada a restituição (art. 537, CC).

## **5. Distinções necessárias**

O contrato estimatório, embora apresente elementos dos contratos de compra e venda e de depósito, em muito deles se distancia.

Enquanto na compra e venda a obrigação do comprador é a de pagar o preço ajustado; no contrato estimatório o consignante pode pagar o preço ajustado ou então restituir a coisa objeto do contrato.

No que tange ao depósito, o depositário é obrigado à devolução da coisa; já no contrato estimatório, tal devolução pode não ocorrer.

## Capítulo 5

### ◆ Do Contrato de Doação

#### 1. Noções Introdutórias

Por meio do contrato de doação, alguém denominado **doador** se obriga a transferir graciosamente bens de sua propriedade a outrem que será chamado de **donatário**. Note-se que o doador apenas se obriga a transferir a titularidade do bem, o que ocorrerá posteriormente por meio da tradição em se tratando de bens móveis e do registro em sendo imóveis.

Desse modo, percebemos que a redação do art. 538 do CC não se apresenta de todo perfeita na medida em que informa: “Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”. A transferência, como já relatado, é ato posterior à avença.

#### 2. Natureza jurídica

O contrato de doação, quanto ao sacrifício patrimonial sofrido, trata-se de um contrato **gratuito**, na medida em que apenas uma das partes sofrerá sacrifício patrimonial.

Quanto às obrigações geradas pelas partes, o contrato de doação poderá ser considerado **unilateral**, em regra, uma vez que apenas ao doador impõe-se obrigação. Excepcionalmente, o contrato de doação poderá ser considerado bilateral quando na doação se impuser um encargo. Encargo é o elemento acidental do negócio jurídico que impõe à outra parte o cumprimento de um ônus. Ex.: “Dar-te-ei um carro a fim de que você leve os meus filhos ao colégio pelos próximos três meses”. Nesse caso, o donatário deverá cumprir com o encargo. Daí dizer-se que se trata de contrato bilateral. Caso o donatário não cumpra com o encargo, o contrato poderá ser revogado (*vide* art. 553, CC). Ademais, se o encargo for em

benefício da coletividade, o Ministério Público poderá exigir sua execução, depois da morte do doador, se este não tiver feito.

No que tange ao modo de aperfeiçoamento, o contrato de doação se apresenta como **consensual**, bastando apenas o consenso das partes para que se aperfeiçoe. Lembre-se que a transferência da titularidade, por meio da tradição ou do registro, ocupa lugar no plano da eficácia do negócio, representando ato superveniente ao seu aperfeiçoamento. Por isso, o contrato de doação deve ser considerado um contrato consensual, e não um contrato real.

Em regra o contrato de doação deve ser considerado um **contrato formal**, já que há a imposição pelo legislador de forma que deve ser observada. Assim, conforme previsão do art. 541 do CC, a doação deverá ser feita por escrito. Será utilizada escritura pública, se referir-se a bem imóvel de valor superior a 30 vezes o salário mínimo (art. 108, CC); será utilizado o instrumento particular, em se tratando de bens móveis. Importante notar que, porém, se a doação se referir a bens móveis de pequeno valor, poderá ser feita pela forma verbal, devendo se seguir da tradição imediatamente (art. 541, parágrafo único, CC).

### **3. Da aceitação da doação**

O doador poderá estabelecer prazo para que o donatário aceite a liberalidade. Se decorrido o prazo estabelecido e o beneficiário não se manifestar, considerar-se-á que a doação foi aceita. Entretanto, em se tratando de doação com encargo, aquela em que se impõe um ônus à pessoa do donatário, o silêncio do donatário não poderá ensejar a presunção de aceitação (art. 539, CC).

Se o donatário tratar-se de pessoa absolutamente incapaz, a aceitação será dispensada desde que se trate de doação pura, isto é, aquela em que não há imposição de um encargo. Essa é a redação do art. 543 do CC. Note-se que tal artigo refere-se apenas ao absolutamente incapaz. Conclui-se, então, que não há dispensa da aceitação em se tratando de relativamente incapaz. E, coadunando com o que fora dito anteriormente, o silêncio do donatário importará, em regra, em sua aceitação.

## 4. Classificação da doação quanto aos elementos acidentais

No que tange aos elementos acidentais, uma doação poderá ser: pura ou simples, condicional, a termo ou com encargo.

Por **doação pura ou simples** deve se entender aquela que não se submete a nenhuma condição, termo ou encargo.

Já a **doação condicional ou sob condição** é aquela em que a liberalidade se submete ao implemento de um evento futuro e incerto (art. 121, CC). Ex.: “Dar-te-ei um carro se Maria se casar”.

Por outro lado, **doação a termo** é aquela em que a liberalidade se submete a um evento futuro e certo (art. 131, CC). Ex.: “Dar-te-ei um carro no dia 27 de fevereiro do próximo ano”.

Por fim, **doação com encargo ou modal** é aquela em que o donatário deverá cumprir com um ônus imposto pelo doador (art. 136, CC). Ex.: “Dar-te-ei esta casa para que cuide do seu jardim”.

## 5. Modalidades de doação

### 5.1 Doação contemplativa

Trata-se da doação em que o objetivo é homenagear ou contemplar merecimento alheio. Ex.: “A” doa R\$ 100 mil a “B” em virtude de este último ter-lhe salvo a vida. Importa notar que esta manifestação de doação não perde o seu caráter de liberalidade, conforme preleciona a primeira parte do art. 540 do CC.

### 5.2 Doação remuneratória

Trata-se de expressão de gratidão do doador que pretende retribuir um serviço que lhe foi prestado. Essa modalidade de doação também não perde o seu caráter de liberalidade. Ex.: “A” contrata “B” para que este último lhe dê aulas particulares em sua casa. “A”, satisfeito com sua aprovação em um concurso público, paga ao professor “B” dez vezes mais do que fora combinado.

### 5.3 Doação conjuntiva

É a doação feita a mais de uma pessoa. Se nada for determinado quanto à fração de cada um dos donatários, presume-se que a cada um caberá o mesmo valor. Se a doação conjuntiva for feita a marido e mulher, caso um deles venha a falecer, caberá ao cônjuge sobrevivente a sua cota. Isso por disposição expressa do parágrafo único do art. 551. Nota-se que tal disposição faz afastar peremptoriamente qualquer regra de sucessão hereditária distinta. Desse modo, imagine-se que “A” seja casado com “B” e que ambos receberam uma doação no valor de um milhão de reais. Em princípio, ao donatário “A” pertencem 500 mil reais e ao donatário “B”, os outros 500 mil reais. Posto isso, “B” vem a falecer dois anos depois da doação. Embora “B” tenha um filho de outra relação conjugal, esse filho, no que tange à doação, a nada terá direito, pois toda a cota da doação feita a “B” agora pertencerá a “A”. A conclusão a que se chega é que não há, em regra, direito de acrescer entre os donatários, salvo disposição em sentido contrário no contrato, ou no caso de os donatários serem cônjuges.

#### ***5.4 Doação realizada a entidade futura***

É possível que a doação seja feita em benefício de uma pessoa jurídica que ainda não foi constituída. Trata-se, em verdade, de uma doação condicional, pois está a depender da criação de uma pessoa jurídica para que esta venha a merecer a liberalidade. Caso a entidade não seja constituída regularmente em um período de dois anos, a doação caducará (art. 554, CC).

#### ***5.5 Doação sob a forma de subvenção periódica***

Trata-se do estabelecimento de uma obrigação de trato sucessivo para o doador. Ex.: “A”, durante 5 anos, entregará mensalmente a “B” a quantia de 5 mil reais. Nessa doação, caso o doador venha a falecer extingue-se a obrigação, salvo estipulação em sentido contrário no contrato em que os herdeiros do doador tornar-se-ão responsáveis pelo cumprimento da obrigação, mas, claro, considerando-se as forças da herança. No que tange ao falecimento do donatário, tal doação jamais poderá se projetar adiante, isto é, os herdeiros do donatário não farão jus à doação. Isso se fundamenta na ideia de que a doação sob a forma de subvenção periódica chega com o

intuito de auxiliar a manutenção de alguém, apresentando, evidentemente, forte caráter alimentar e personalíssimo.

## **5.6 Doação em contemplação de casamento futuro ou doação “*propter nuptias*”**

Trata-se de doação subordinada ao implemento de uma condição, qual seja, que o donatário se case com pessoa predeterminada pelo doador. O ato da aceitação é despiciendo por parte do donatário nesse tipo de doação (art. 546, CC).

## **5.7 Doação com cláusula de reversão**

Ocorre quando o doador estabelece que o bem doado retorne ao seu patrimônio em caso de falecimento do donatário. O donatário será considerado um proprietário resolúvel, portanto podendo apenas usar e fruir do bem. Caso o doador faleça antes do donatário, os bens doados se incorporarão em definitivo ao patrimônio do donatário.

O parágrafo único do art. 547 do CC estabelece que: “Não prevalece cláusula de reversão em favor de terceiro”. Desse dispositivo poderão decorrer pelo menos duas interpretações:

- 1) A reversão pré-estipulada somente funcionará em relação ao próprio doador, nunca em relação a terceiro por ele designado, que seria a pessoa beneficiada, sob pena de configuração de *pacta corvina* vedado pelo art. 426 do CC.
- 2) Quando é feita uma doação com cláusula de reversão, nada impede de o donatário dispor deste bem para um terceiro, o qual não terá que acatar a reversão futura ao doador. A impossibilidade de disposição do bem para o terceiro apenas surgiria se, além da cláusula de reversão, houvesse uma cláusula de inalienabilidade do bem.

É do magistério de Venosa que decorre outra questão: “Pergunta-se também se essa cláusula pode ser aposta estipulando reversão antes da morte do donatário. A resposta é afirmativa. Cuida-se de aplicar o princípio geral que admite os negócios a termo. Institui-se, por vontade negocial, propriedade resolúvel. A questão refoge do alcance do artigo sob enfoque” (VENOSA, 2010).

## **5.8 Doação manual**

É a doação em que se exige imediatamente a entrega do bem doado. Aplica-se às doações de bens móveis e de pequeno valor. Para essa manifestação de doação, o Código Civil libera o devedor da formalidade de realizar a doação por escrito. Basta, portanto, que haja a entrega imediata da coisa. Daí o nome doação manual (art. 541, parágrafo único, CC).

## **6. Doações vedadas**

Existem doações que não poderão se consumar, pois esbarram em impedimentos impostos pela lei, o que acaba por limitar a autonomia privada do doador. A seguir, pormenorizamos.

### **6.1 Doação inoficiosa**

Quando o doador apresentar **herdeiros necessários**, somente poderá ser doada parte disponível de seu patrimônio para que não ofenda a legítima dos herdeiros necessários.

Doação inoficiosa, portanto, é nome que se dá à doação que excede à parte disponível do patrimônio do doador, isto é, a doação que supere a 50% do patrimônio do doador, caso este apresente herdeiros necessários.

A doação inoficiosa é considerada nula, por força do que dispõe o art. 549 do CC. Importa notar que será nula apenas quanto à parte que exceder à legítima dos herdeiros necessários, e essa avaliação deverá ser feita considerando-se a época da liberalidade.

### **6.2 Doação universal**

Por doação universal deve-se entender a doação de todo o patrimônio de uma pessoa. Daí que, por mais generosa que uma pessoa seja, ela não está autorizada a dispor de todo o seu patrimônio a título de liberalidade. Se tal fato ocorrer, a doação será considerada nula.

Funda-se a vedação legal no fato de que é dever do Estado impedir que uma pessoa pratique um ato que conduza à sua própria miséria, tornando-se mais um fardo para o Estado. Ademais, há a **teoria do patrimônio mínimo**, que impõe que todas as pessoas deverão ter um mínimo essencial de

patrimônio para que seja preservada a sua dignidade de pessoa humana, imperativo esse de dignidade constitucional (art. 1º, III, CF/88).

Para que não haja ofensa à teoria do patrimônio mínimo, o que se admite é que o doador, por exemplo, faça a doação de todos os seus bens com reserva de usufruto vitalício, pois assim resguardada estaria a renda para a sua subsistência, já que seria transferida ao donatário a nu-propriedade, e ao doador se reservaria o usufruto.

### **6.3 Doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice**

Uma pessoa casada que mantenha um relacionamento extraconjugal não poderá fazer doações ao seu cúmplice. É o que dispõe o art. 550 do CC. A sanção para a prática do ato é a anulabilidade. A anulação poderá ser promovida por qualquer herdeiro necessário ou pelo cônjuge no prazo de até 2 anos depois de dissolvida a sociedade conjugal. Note-se, pois, que o referido artigo apresenta uma causa obstativa ao curso do prazo decadencial de 2 anos que é o próprio casamento.

### **6.4 Doação dissimulada**

A doação dissimulada ocorreria quando alguém, impossibilitado de praticar a doação, dissimula-a (a esconde), praticando outro ato em seu lugar. Ex.: homem casado que, não podendo doar bens à amante, por vedação expressa do art. 550 do CC, resolve em seu lugar celebrar um contrato de compra e venda. A compra e venda praticada representa o ato simulado, o qual deve ser considerado nulo, por força do que dispõe o art. 167 do CC. Em relação à doação, que se trata do ato dissimulado, isto é, aquele que se escondeu, não caberá a sua subsistência posto que inválido na sua substância. Vale a leitura do art. 167 do CC: “É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma”.

### **6.5 Doação de bens alheios**

É evidente que apenas poderá doar bens quem seja o titular deles. Caso contrário terá havido aquilo que se denomina **doação a non domino**. Como faltou o agente que detinha poderes para a realização da doação, tal contrato

deverá ser considerado inexistente, havendo, portanto, ofensa ao plano da existência do negócio jurídico.

Se, todavia, o doador, posteriormente, vier a adquirir a propriedade do bem, o contrato de doação passará e a ter existência considerável e a alienação se convalidará, conforme art. 1.268, § 1º, do CC.

## **7. Doações com ressalvas**

Algumas doações poderão ocorrer, porém deverão ser observadas algumas restrições. A seguir, relatamos.

### **7.1 Doação ao nascituro**

Nascituro é o ser que foi concebido, mas que ainda não nasceu, isto é, é o ser que se encontra no ventre materno.

Quanto ao fato de o nascituro apresentar personalidade jurídica ou não, a doutrina não encontra pacificidade. É que existem manifestações no sentido de que a personalidade se inicia logo na concepção (teoria concepcionista) e, a outro giro, encontram-se posicionamentos, com base na redação literal do art. 2º do CC, de que a personalidade se inicia do nascimento com vida (teoria natalista). Dúvida, entretanto, não há quanto à questão de o Código Civil autorizar a doação ao nascituro.

Para que a doação ao nascituro se torne possível é necessário o preenchimento de dois requisitos: a aceitação do representante legal e que o nascituro venha a nascer com vida (art. 542, CC).

### **7.2 Doação de ascendente a descendente**

O ascendente poderá fazer doação em benefício de um descendente seu, sem necessidade de qualquer autorização. Tal ato, entretanto, configurará adiantamento de legítima (art. 544, CC). Destarte, o beneficiário, quando do falecimento do ascendente, deverá levar os bens recebidos a título de doação à colação (art. 2.002, CC). Somente não será necessário levar os bens à colação se o doador estiver dispensado de tal ato (art. 2.006, CC), o que poderia ocorrer caso a doação se referisse à metade disponível da herança.

### **7.3 Doação entre cônjuges**

Um cônjuge poderá doar bens ao outro, desde que se trate de bens particulares. O bem doado também deverá ser colacionado, aplicando-se a regra vista anteriormente em relação à doação de ascendente a descendente e à doação entre cônjuges (art. 544, CC).

## 8. Promessa de doação

A promessa de doação seria o contrato por meio do qual o promitente doador se obrigaria a futuramente celebrar um contrato de doação com o promissário donatário.

A doutrina não é uníssona no que tange à possibilidade de se fazer uma promessa de doação. Há quem entenda que o compromisso de doar não pode ser realizado, pois um ato de liberalidade não compadece com a noção de obrigatoriedade. Assim, uma promessa de doação deveria ser considerada nula.

De outro lado, existem aqueles não veem óbice nenhum na prática de uma promessa de doação, já que o *animus donandi* já fora manifestado quando da celebração do contrato preliminar de doação. Desse modo, caso houvesse o não cumprimento da doação – o contrato definitivo –, tal ato resultaria na possibilidade de execução específica ou pleito de perdas e danos.

## 9. Revogação da doação

Sob a denominação de revogação da doação, o Código Civil se refere à possibilidade de extinção da doação em duas situações:

- ◆ ingratidão do donatário;
- ◆ descumprimento de encargo.

### 9.1 Revogação por ingratidão do donatário

Por razões de ordem moral, o Código Civil não admite que o beneficiário com a doação pratique atos em total contradição com o sentimento de gratidão que se espera daquele contemplado com alguma liberalidade. A ingratidão que autorizaria o desfazimento do contrato de doação poderá se manifestar de diversas maneiras, sendo elas a seguir analisadas:

- 1) Se o donatário atentar contra a vida do doador ou cometer crime de homicídio doloso contra ele. Nesse caso não há a exigência de sentença no âmbito criminal com trânsito em julgado, bastando tão somente a prática do ato.
- 2) Se o donatário cometer contra o doador ofensa física. Por ofensa física abarca-se tanto a lesão corporal como as vias de fato para a caracterização da ingratidão.
- 3) Se o donatário injuriou gravemente ou caluniou o doador. Vislumbra-se aqui qualquer ofensa moral em face do doador.
- 4) Se o donatário, podendo ministrar alimentos ao doador que deles necessitava, recusou-se a fazê-lo. Para que essa situação se configure será necessário, além da presença do binômio necessidade do doador e possibilidade do donatário em prestar os alimentos, que se constate que nenhum parente teria condições de fazê-lo.

As hipóteses mencionadas acima estão previstas no art. 557 do CC. Deve-se considerar que elas também se aplicam caso o ofendido seja o cônjuge, o ascendente, o descendente, ainda que adotivo, ou irmão do doador, conforme art. 558 do CC. Além disso, devemos lembrar o previsto no **enunciado 33 do CJK**, que apresenta o rol mencionado acima como meramente **exemplificativo**, com a seguinte redação: “o novo Código Civil estabeleceu um novo sistema para a revogação da doação por ingratidão, pois o rol legal previsto no art. 557 deixou de ser taxativo, admitindo, excepcionalmente, outras hipóteses”.

Por meio da revogação, o doador exercita um **direito potestativo, intransmissível e personalíssimo**. Portanto, somente ao doador caberá a possibilidade de manejo de uma ação desconstitutiva objetivando a extinção da doação, salvo na hipótese de homicídio do doador sem que tenha havido o seu perdão. Nesse caso, o herdeiro terá legitimidade para o ajuizamento da ação (art. 561, CC).

Importa notar que o direito de se revogar a doação diante de uma causa de ingratidão não pode ser renunciado antecipadamente pelo doador.

O **prazo** para a revogação da doação será de **um ano** contado de quando chegue ao conhecimento do doador o fato que a autorizar, e de ter sido o donatário o seu autor (art. 559, CC).

O direito de terceiro permanece resguardado diante de eventual pleito de revogação. Assim, caso o bem doado já tenha sido alienado para um terceiro, ao terceiro nada se impinge, cabendo apenas ao donatário a obrigação de pagar ao doador a metade do valor do bem, conforme art. 563 do CC. Ex.: “A” doa a “B” um carro no valor de R\$ 50 mil. “B” vende o referido carro para “C”. Alguns anos depois, “B”, em uma discussão com “A” em virtude de um jogo de futebol, desfere um golpe em sua cabeça, machucando-lhe gravemente. No que “A” pleiteia a revogação da doação dentro do prazo decadencial previsto em lei, essa não será possível já que o bem já havia saído da esfera dos poderes de “B”. Desse modo, o resultado será: “B” deverá pagar a “A” R\$ 25 mil corrigidos monetariamente.

Por fim, lembre-se que o direito à revogação restará afastado nas seguintes hipóteses:

- 1) em se tratando de doações puramente remuneratórias;
- 2) as doações oneradas com encargo já cumprido;
- 3) as doações que se fizerem em cumprimento de obrigação natural (ex.: uma doação feita com o fito de pagar uma dívida prescrita ou uma dívida de jogo);
- 4) as doações feitas para determinado casamento.

Repise-se que nos casos mencionados acima, ainda que haja a prática de um ato de ingratidão, não poderá haver o desfazimento da doação (art. 564, CC).

## **9.2 Revogação pelo descumprimento de um encargo**

Vimos que o encargo é o ônus que deverá ser cumprido pelo donatário. O encargo não se reduz a mero conselho ou sugestão dado ao donatário. Tanto é assim que, feita a doação, se não houver o cumprimento do encargo por parte do donatário e este, doravante, incidir em mora, a doação poderá ser revogada.

Caso não se tenha prefixado termo no contrato de doação para o cumprimento do encargo, o doador deverá notificar judicialmente o donatário, concedendo-lhe prazo para o cumprimento do encargo.

Ao doador, diante do descumprimento do encargo por parte do donatário, além da opção de se exigir a revogação da doação, surge a possibilidade de exigir o cumprimento do encargo.

Se o encargo for a benefício da coletividade (ex.: “A” doou a “B” um terreno a fim de que ali fosse construído um hospital), havendo a morte do doador surge a legitimidade para o Ministério Público exigir o seu cumprimento (art. 553, parágrafo único, CC).

Quanto ao prazo para que o doador exija o desfazimento da doação ou o cumprimento do encargo, a doutrina não chega a um consenso. Para alguns autores a redação do art. 559 do CC, que apresenta o prazo de um ano, refere-se às hipóteses de ingratidão do art. 557 do CC. A outro giro, existem aqueles que entendem que o prazo de um ano deverá ser aplicado tanto para a revogação em caso de ingratidão do donatário como para o caso de descumprimento de encargo.

## Capítulo 6

### ◆ Do Contrato de Locação

#### 1. Noções introdutórias

A locação em nosso ordenamento está sistematizada em duas leis distintas: o Código Civil (Lei n. 10.406/2002) e a Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/91).

No Código Civil (arts. 565 ao 578) encontramos a disciplina para a **locação de coisas**, enquanto que a Lei do Inquilinato cuida especificamente da **locação de imóveis urbanos**, com algumas exceções. Neste livro, será trabalhada apenas a locação disciplinada pelo Código Civil.

Por contrato de locação tem-se a avença negocial em que um dos contratantes se obriga a disponibilizar determinada coisa infungível a outrem para o seu uso e gozo, por um lapso temporal, mediante certa retribuição que será denominada aluguel.

#### 2. As partes no contrato de locação

Aquele que disponibiliza a coisa será denominado **locador**, enquanto que aquele que detém o seu uso e gozo, mediante o pagamento de certa retribuição, é denominado **locatário**.

#### 3. Natureza jurídica

O contrato de locação deve ser considerado um contrato **oneroso**, já que ambas as partes envolvidas sofrem algum sacrifício patrimonial. Além disso, a locação é **informal**, sem imposição de forma previamente estipulada em lei; é **consensual**, aperfeiçoando-se com o simples consenso entre as partes; é contrato de **execução futura continuada**, já que há o seu cumprimento no futuro por meio do pagamento de subvenções periódicas. Por fim, vale lembrar que o contrato de locação é **bilateral** diante do

surgimento de obrigações para ambos os contratantes. As obrigações de cada um são relatadas a seguir.

#### **4. Obrigações do locador**

Dentre as obrigações do locador, podemos mencionar:

- a) entregar ao locatário a coisa alugada, com suas pertencas, em estado de servir ao uso a que se destina, e a mantê-la nesse estado, pelo tempo do contrato, salvo cláusula expressa em contrário (art. 566, I, CC);
- b) garantir-lhe, durante o tempo do contrato, o uso pacífico da coisa (art. 566, II, CC);
- c) resguardar o locatário dos embaraços e turbações de terceiros, que tenham ou pretendam ter direitos sobre a coisa alugada (art. 568, CC);
- d) responder pelos vícios da coisa, ou defeitos, anteriores à locação (art. 568, CC);
- e) havendo prazo ajustado no contrato, não exigir a coisa do locatário antes do seu término, sob pena de indenizá-lo por perdas e danos. Nesse caso, inclusive, surge para o locatário o direito de reter a coisa enquanto não devidamente indenizado (art. 571, CC).

#### **5. Obrigações do locatário**

Enquanto o locador deve cumprir com as obrigações mencionadas no item anterior, ao locatário caberá:

- a) servir-se da coisa alugada para os usos convencionados ou presumidos, conforme a natureza dela e as circunstâncias, bem como tratá-la com o mesmo cuidado como se sua fosse, caso contrário poderá o locador rescindir o contrato e, ainda, exigir indenização por perdas e danos (art. 569, I, CC);
- b) pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados, e, em falta de ajuste, segundo o costume do lugar (art. 569, II, CC);
- c) levar ao conhecimento do locador as turbações de terceiros, que se pretendam fundadas em direito (art. 569, III, CC);
- d) restituir a coisa, finda a locação, no estado em que a recebeu, salvas as deteriorações naturais ao uso regular (art. 569, IV, CC);

e) havendo prazo ajustado, não devolver a coisa antes de seu término, sob pena de ter que arcar com o pagamento proporcional da multa prevista no contrato (art. 571, CC).

## **6. Perda ou deterioração da coisa durante a locação**

Se a coisa dada em locação vier a se perder ou sofrer alguma deterioração, deverá ser avaliado o comportamento do locatário no que tange ao ocorrido.

É que se a coisa tiver sofrido o evento danoso sem culpa do locatário, esse nada terá que responder. Além disso, poderá exigir uma redução proporcional do aluguel ou até mesmo a rescisão do contrato se a coisa não lhe servir mais (art. 567, CC).

Entretanto, se o evento danoso ocorrer estando em mora o locatário, este deverá indenizar o locador em perdas e danos, ainda que evento danoso tenha se dado sem culpa sua, isto é, por caso fortuito ou força maior (art. 575, CC).

Por fim, se houver a perda ou deterioração por culpa do locatário, este deverá indenizar o locador pelas perdas e danos sofridos.

## **7. Alienação da coisa durante a locação**

Com o contrato de locação, o locador continua a ser proprietário do bem. Desse modo, de todo possível se mostra a sua alienação, mesmo durante o contrato de locação.

Nesse caso, o adquirente não ficará obrigado a respeitar o contrato, se nele não for consignada a **cláusula de sua vigência no caso de alienação**, e não constar de registro.

O registro exigido por lei variará a depender do bem locado. Em se tratando de bem móvel, o registro será o de Títulos e Documentos do domicílio do locador. Se imóvel, será o Registro de Imóveis da respectiva circunscrição.

Se o bem locado for um imóvel, o adquirente que não esteja obrigado a respeitar o contrato de locação, para reaver a coisa, deverá notificar o locatário, concedendo-lhe um prazo de 90 dias para que o desocupe.

## 8. Sobre a extinção do contrato de locação

Em se tratando de contrato de locação com **prazo determinado**, como visto alhures, é obrigação do locador e do locatário respeitar o seu termo. Importa notar que, nesse caso, findo o prazo estipulado, de pleno direito se exaure a locação sem necessidade de notificação por parte do locador para a constituição em mora do locatário.

Se corrido o lapso temporal e o locador não manifestar oposição pela permanência da locação, o contrato se protrairá, com base no aluguel já fixado, agora com prazo indeterminado.

Caso o contrato de locação seja por **prazo indeterminado**, originário ou superveniente, será necessária a manifestação do locador por meio de uma notificação ao locatário no sentido do exaurimento do contrato.

Na hipótese de **falecimento do locador ou do locatário**, urge salientar que a locação será transferida aos seus herdeiros, em se tratando de locação por prazo determinado. Para a locação por prazo indeterminado, admite-se o rompimento do contrato.

## 9. Benfeitorias realizadas pelo locatário

Benfeitorias são as obras ou despesas realizadas na coisa com a finalidade de sua conservação, melhoramento ou embelezamento. Respectivamente, a depender de sua finalidade, as benfeitorias são nominadas necessárias, úteis e voluptuárias (art. 96, CC).

Se no contrato de locação o locatário promover tais benfeitorias, merecerá ele a devida **indenização** e, ainda, gozará do **direito de retenção** em se tratando de benfeitorias necessárias ou úteis, se estas houverem sido feitas com expresse consentimento do locador (art. 578, CC). Para o caso de benfeitorias voluptuárias, o locatário terá o direito de levantá-las se o locador não quiser pagar por elas. O levantamento da benfeitoria voluptuária será possível, evidentemente, desde que a sua retirada não cause dano à coisa.

## Capítulo 7

### ◆ Do Contrato de Empréstimo: mútuo e comodato

#### 1. Noções introdutórias

O contrato de empréstimo é aquele em que uma pessoa disponibiliza algo para outra, aguardando a devida devolução. Na percepção de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “De fato, a natural impossibilidade de uma pessoa obter todas as satisfações materiais que pretende justifica, de certo modo, o empréstimo, como um mecanismo de permitir o acesso a bens que, ordinariamente, não se poderia ter” (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

#### 2. Espécies de contrato de empréstimo

A depender do que será emprestado, o contrato de empréstimo poderá ser considerado de **comodato** ou de **mútuo**.

Contrato de **comodato** é o empréstimo de um **bem infungível**, também denominado **empréstimo de uso**, já que o bem a ser devolvido será exatamente o bem emprestado. Já o contrato de **mútuo** se trata do empréstimo de um **bem fungível**, sendo também chamado de **empréstimo de consumo**, uma vez que o bem a ser devolvido não precisará ser exatamente o bem emprestado. A seguir analisaremos cada um deles.

#### 3. Do contrato de comodato

Etimologicamente, comodato vem do latim *commodum datum*, que quer dizer dar comodidade a alguém. Com aperfeiçoamentos jurídicos inevitáveis, por comodato hoje se tem o negócio pelo qual se empresta um bem infungível, seja móvel ou imóvel, a outrem para que seja devolvido exatamente o mesmo bem àquele que o emprestou.

Excepcionalmente, é possível enquadrar na figura contratual de comodato o empréstimo de um bem infungível em que as partes por força

da convenção estipularão exatamente a devolução daquele mesmo bem. A esse comodato dá-se o nome de **comodato *ad pompae vel ostentationes causa***. Ex.: o empréstimo de objetos para ornamentação ou enfeite.

### **3.1 As partes no contrato de comodato**

As partes em um contrato de comodato são o **comodante** e o **comodatário**. O comodante é aquele que disponibiliza o bem a outrem, é aquele que o empresta. O comodatário é aquele que recebe o bem com a obrigação de restituí-lo.

### **3.2 Natureza jurídica**

O contrato de comodato deve ser considerado um contrato **unilateral**, uma vez que apenas uma das partes arcará com uma obrigação. Essa parte é o comodatário, que tem a obrigação de devolver o bem emprestado. O comodante não terá obrigação alguma. Colocar o bem à disposição do comodatário não pode ser considerado obrigação do comodato, já que tal ato apenas constitui a causa de formação do contrato.

Há quem entenda que o contrato de comodato deveria ser considerado um contrato bilateral imperfeito, já que o comodante não pode exigir a coisa antes do prazo. Esse posicionamento não encontra acerto; porém, uma vez que o respeito ao prazo deve ser aplicado a todo e qualquer contrato.

O contrato de comodato trata-se de contrato **gratuito**, já que apenas uma das partes – o comodante – sofrerá sacrifício patrimonial. Isso porque o comodatário não apresenta qualquer obrigação de pagamento de aluguéis ao comodante. Se houvesse a imposição de pagamento de aluguéis ao comodante, mudar-se-ia a categoria negocial para contrato de locação, e não de comodato. Lembre-se, ademais, que a imposição de o comodatário ter que arcar com tributos ou despesas condominiais não desnatura a natureza do contrato de comodato como gratuito.

Trata-se o contrato de comodato de contrato **real**, uma vez que, por disposição expressa do art. 579 do CC, o comodato se perfaz com a entrega da coisa. Assim, não basta o consenso para que esse contrato se aperfeiçoe; é imprescindível a tradição do objeto.

O contrato de comodato é **típico** diante da apresentação de disciplina mínima em lei (arts. 579 a 585, CC) e, além disso, **informal** já que não há

imposição legal de forma para a realização do contrato.

### **3.3 Aspectos subjetivos relevantes no contrato de comodato**

O comodante não precisa necessariamente ser o proprietário, basta que tenha a posse direta da coisa. Tanto é assim que o usufrutuário e superficiário podem dar bens em comodato a terceira pessoa.

Em se tratando de locatário, de acordo com o art. 13 da Lei n. 8.245/91, este só poderá dar o bem locado em comodato mediante consentimento prévio e escrito por parte do locador.

O Código Civil em seu art. 580 estabelece a impossibilidade de concessão de um bem em comodato pelos tutores, curadores e administradores em geral.

Aos tutores cabe a administração dos bens dos menores incapazes na falta dos pais (art. 1.741, CC). Aos curadores cabe a administração dos bens dos maiores incapazes (art. 1.781, CC). Essas pessoas não poderão dar em comodato os bens confiados à sua guarda. O mesmo se diga em relação aos administradores em geral, como, por exemplo, um síndico. Todas essas pessoas, se pretenderem a celebração de um contrato de comodato, deverão obter um alvará judicial para tanto.

### **3.4 Obrigações do comodatário e efeitos do contrato de comodato**

- 1) O comodatário, já que tem a posse direta da coisa, deverá conservá-la como se sua fosse. Desse modo, deverá empregar a diligência que o próprio proprietário emprega na administração e conservação de seus bens. Ademais, o comodatário deverá utilizar a coisa dando a ela a finalidade compatível com a sua natureza ou convencionada no contrato, sob pena de responder por perdas e danos.
- 2) O comodatário não poderá cobrar do comodante as despesas feitas com o uso e gozo da coisa, podendo exigir apenas as despesas extraordinárias porventura necessárias. Ex.: “A” deu em comodato a sua casa de praia a “B”. As despesas que “B” tiver com o consumo de água e de luz não

poderão ser cobradas de “A”, porém o conserto que “B” teve que fazer no telhado que desmoronava, esse poderá ser cobrado.

- 3) Se o contrato estipular prazo, em havendo o seu término, o comodatário deverá restituir a coisa. Ao contrário, se o contrato for por prazo indeterminado, a devolução da coisa será imperiosa após o curso do lapso temporal previsto na notificação feita pelo comodante ao comodatário para a devolução da coisa. Caso não haja a devolução, o art. 582 do CC estabelece que o comodatário deverá arcar com o pagamento de um aluguel. Há manifestação doutrinária criticando a redação desse artigo quando da menção da palavra “aluguel”, o que acaba por passar a impressão de que o contrato de comodato seria convertido automaticamente em contrato de locação, o que deveras não será possível. Assim, a interpretação adequada é no sentido de que, embora o referido artigo mencione aluguel, ele quer se referir a uma multa que será fixada tendo por base o valor de um aluguel, caso se tratasse de um contrato de locação (art. 582, CC e enunciado 180, CJF). Caso não haja a devolução do bem, caberá, em se tratando de bem imóvel, o manejo de ação de reintegração de posse; e em se tratando de bem móvel, caberá ação de busca e apreensão.
- 4) Em regra, se a coisa dada em comodato vier a se perder, aplica-se a regra *res perit domino*, isto é, a coisa se perde para o seu dono (o comodante), salvo na hipótese de a coisa vir a se perder por culpa do comodatário, caso esse em que o comodatário deverá pagar ao comodante o equivalente ao valor da coisa e, ainda, indenizá-lo por perdas e danos (arts. 238 e 239, CC).
- 5) Se a coisa dada em comodato correr risco de se perder ou deteriorar, o comodatário deverá protegê-la e salvá-la com prioridade. Assim, ainda que o risco envolva bens próprios do comodatário e o objeto do comodato, o comodatário deverá em primeiro lugar salvaguardar o que lhe foi dado em comodato, caso contrário responderá o comodante, ainda que a coisa tenha se perdido por caso fortuito ou força maior (art. 583, CC).
- 6) Sendo duas ou mais pessoas comodatárias de um bem, todas serão consideradas responsáveis solidariamente pelo bem, conforme

disposição expressa do art. 585 do CC. Trata-se claramente de hipótese de solidariedade por imposição de lei.

### **3.5 Comodato com prazo determinado e indeterminado**

Como dito alhures, o contrato de comodato poderá ser realizado com prazo determinado ou indeterminado. No primeiro caso, observar-se-á o prazo previamente estipulado para que após o seu transcurso surja para o comodante o direito de exigir a coisa de volta. Exceção aventa-se em caso de necessidade imprevista e urgente por parte do comodante que poderá exigir a coisa antes do término do prazo estabelecido no contrato. Ex.: “A” empresta uma casa a “B” por um prazo de 8 meses. Porém, 3 meses após a celebração do contrato a outra casa que “A” possuía e residia com a sua família é tomada por um incêndio, vindo a destruir-se totalmente. “A”, agora sem lugar para abrigar a sua família, pode pretender a devolução da casa que havia dado em comodato a “B”.

Em se tratando de contrato com prazo indeterminado, devem ser observados dois aspectos: primeiro, o cumprimento da finalidade a que a coisa se destinava (ex.: se empresto uma casa a “A” para que realize nela um festival de inverno, findo o inverno, já poderei exigir a casa de volta); e, segundo, se a coisa não foi emprestada com finalidade alguma, premente se torna a necessidade de notificação judicial ou extrajudicial ao comodatário, manifestando o desejo do comodante de retomar a coisa. Caso o prazo dado na notificação tenha corrido e não tenha havido a devolução da coisa, adentrará o comodatário aos efeitos da mora, inclusive com a imposição de indenização pela não devolução da coisa.

## **4. Do contrato de mútuo**

Contrato de mútuo é a figura negocial por meio da qual alguém transfere a propriedade de uma coisa fungível e consumível a outra, e esta se obriga a devolver outra da mesma espécie, qualidade e quantidade.

Por fungível tem-se o bem móvel que pode ser substituído por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade (art. 85, CC). Quando, além de fungível, menciona-se que o bem deverá ser consumível, deve ser percebido que a noção de fungibilidade é mais ampla do que a de consuntibilidade,

isto é, a definição de bem fungível abarcaria a de bem consumível. Muitas vezes, exatamente porque o bem se destruiu, impõe-se a necessidade de sua substituição por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade.

Ressalte-se que, embora o contrato de mútuo também seja uma modalidade de contrato de empréstimo, não se pode confundi-lo com o comodato, pois neste último o que se empresta é um bem infungível e inconsumível. Portanto, de início, atentemos para o quadro comparativo a seguir:

MÚTUO	COMODATO
Objeto: bem fungível e consumível	Objeto: bem infungível e inconsumível
Transfere-se a propriedade do bem	Transfere-se a posse direta do bem
Empréstimo de consumo	Empréstimo de uso

## ***4.1 As partes no contrato de mútuo***

Como partes no contrato de mútuo se encontram o **mutuante** e o **mutuário**.

**Mutuante** é aquele que empresta a coisa, transferindo a propriedade do bem fungível a outrem.

**Mutuário** é aquele que recebe a coisa e assume a obrigação de devolver outra da mesma espécie, qualidade e quantidade. Havendo o falecimento do mutuário, essa obrigação será transmitida aos herdeiros deste dentro das forças da herança.

## ***4.2 Natureza jurídica***

O contrato de mútuo se manifesta como **típico**, uma vez que disciplinado no Código Civil, nos arts. 586 ao 592. Além disso, trata-se de contrato **real**, constituindo-se somente após a entrega da coisa, não bastando, portanto, o simples consenso das partes.

Apresenta-se, outrossim, como contrato **unilateral**, já que apenas o mutuário tem a obrigação de devolver o que tomou a título de empréstimo. Ademais, em regra, o contrato de mútuo se manifesta como contrato **gratuito**, posto o sacrifício patrimonial se manifestar apenas para o mutuante que disponibiliza o bem. Contudo, ressalte-se que a gratuidade existe apenas em regra. É que excepcionalmente é possível que o contrato de mútuo se apresente como oneroso, como ocorre com o empréstimo de dinheiro a juros, também chamado de mútuo feneratício.

### **4.3 Da restituibilidade**

Como dito alhures, no contrato de mútuo há a translatividade do domínio da coisa para o mutuário, ou seja, é característica desse contrato a transferência da propriedade da coisa ao mutuário. Porém, é comum dizer que a propriedade transferida não é de todo definitiva, já que se impinge ao mutuário a restituição do equivalente ao que foi recebido.

Conforme disposto no art. 590 do CC, o mutuante pode exigir garantia da restituição, se antes do vencimento o mutuário sofrer notória mudança em sua situação econômica.

A restituição se dará no prazo avençado no contrato; todavia, se o contrato for silente em tal ponto, observar-se-ão as seguintes regras, previstas no art. 592 do CC:

- I – até a próxima colheita, se o mútuo for de produtos agrícolas, assim para o consumo, como para semeadura;
- II – de trinta dias, pelo menos, se for de dinheiro;
- III – do período de tempo que declarar o mutuante, se for de qualquer outra coisa fungível.

### **4.4 O mútuo feito a menor**

A pessoa do mutuário deverá apresentar capacidade de fato para contrair algo a título de empréstimo. Caso contrário, deverá estar devidamente representado ou assistido quando da celebração do contrato.

Estreitando a perspectiva, não poderá ser exigida a restituição do que se deu a título de empréstimo quando a pessoa a quem se deu o bem for um menor, sem a autorização de quem lhe tem a guarda (pais ou tutor).

A regra está prevista no art. 588 do CC com a seguinte redação: “O mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver, não pode ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores”. Ex.: se “A” empresta a “B” – um menino de 12 anos –, sem autorização dos pais de “B”, a quantia de R\$ 1.000,00, posteriormente nada poderá ser exigido de “B” e nem algum fiador que porventura exista.

Entretanto, existem algumas exceções previstas no art. 589 do CC que autorizarão a cobrança por parte do mutuante. São elas:

- 1) Se a pessoa, de cuja autorização necessitava o mutuário para contrair o empréstimo, ratificá-lo posteriormente. A lei aqui aventa a possibilidade de ratificação superveniente.
- 2) Se o menor, estando ausente o guardião, viu-se obrigado a contrair o empréstimo para os seus alimentos habituais. Nessa hipótese, a lei não poderia deixar à deriva o mutuante que, diante do caráter emergencial do pleito do menor, forneceu-lhe o socorro necessário.
- 3) Se o menor tiver bens ganhos com o seu trabalho. Mas, em tal caso, a execução do credor não lhes poderá ultrapassar as forças. Essa hipótese nem merecia ser cogitada pelo legislador. É que, a bem da verdade, se o menor tiver bens ganhos com o seu trabalho, certamente terá ocorrido fator abonador da emancipação previsto no art. 5º, V, do CC e, desse modo, automaticamente, o menor já terá capacidade plena.
- 4) Se o empréstimo reverteu em benefício do menor. A possibilidade retromencionada se refere à situação em que, em virtude do mútuo, o menor obteve algum ganho patrimonial. Aqui, protege-se o mutuante que pode exigir o equivalente ao que se emprestou de volta, pois, caso contrário, ocorreria um indevido enriquecimento em favor do menor, o que é vedado no Código Civil (arts. 884 ao 886).
- 5) Se o menor obteve o empréstimo maliciosamente. Essa última hipótese se reporta ao menor que oculta a sua idade ou se declara maior no ato de obrigar-se de tal modo a enganar a pessoa do outro contratante se fazendo passar por uma pessoa plenamente capaz para a prática dos atos da vida civil. Como ninguém poderá se beneficiar de sua própria torpeza, a restituição do que foi emprestado poderá ser exigida pelo mutuante. A hipótese está em total sintonia com a previsão ao art. 180 do CC, que tem respaldo no princípio da boa-fé objetiva.

## 4.5 O mútuo feneratício

Mútuo feneratício é a denominação que se emprega para o empréstimo de dinheiro a juros. Quando o mutuante empresta dinheiro ao mutuário, há a presunção de que os juros terão incidência automaticamente.

Para que se compreenda como esses juros se manifestam é importante notar a seguinte classificação dos juros quanto à sua finalidade:

*4.5.1 Juros compensatórios ou remuneratórios:* são aqueles que têm por finalidade recompensar o uso do capital alheio, isto é, são devidos em razão da utilização de capital de outrem, como ocorre, por exemplo, no mútuo feneratício, que é o empréstimo de dinheiro a juros. Portanto, ainda que se pague em dia, ainda assim serão devidos os juros compensatórios ou remuneratórios (art. 591, CC).

*4.5.2 Juros moratórios:* são aqueles que têm finalidade indenizatória e terão incidência na hipótese de atraso no cumprimento da obrigação. Essa espécie de juros incide desde a constituição em mora da parte e independe de alegação e prova de qualquer prejuízo sofrido.

Apresentadas as espécies de juros, adentremos nesse momento à leitura do art. 591 do CC: “Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual”.

Algumas conclusões devemos extrair do referido artigo:

- ◆ Os juros ali mencionados são os compensatórios.
- ◆ Há uma presunção da incidência de tais juros, isto é, eles terão cabimento independente de expressa previsão contratual. Vale lembrar a redação do **enunciado 34 do CJF**: “No novo Código Civil, quaisquer contratos de mútuo destinados a fim econômicos presumem-se onerosos (art. 591) ficando a taxa de juros compensatórios limitada ao disposto no art. 406, com capitalização anual”.
- ◆ O dispositivo legal admite a cobrança de juros compostos, prática também denominada anatocismo. Vale lembrar que em regra o anatocismo é vedado em nosso ordenamento, sendo admitido excepcionalmente em hipóteses expressamente autorizadas, como a que ocorre no artigo.

◆ No silêncio do contrato, os juros compensatórios serão calculados em seu limite máximo, considerando a taxa já prevista no art. 406 do CC, que se refere aos juros moratórios. Tal artigo expõe que: “Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”. Dúvida que surge é em relação a que taxa está se referindo o art. 406. Para explicá-lo existem dois posicionamentos, a seguir expostos:

- 1) Com o Código Civil de 2002 não há mais taxa fixa a ser aplicada, sendo levada em consideração a chamada taxa SELIC (Sistema Especial de Liquidação e Custódia), que se traduz nos índices fixados periodicamente pelo Conselho Monetário Nacional e que, geralmente, superam o percentual de 1% ao mês.
- 2) O critério a ser aplicado pelo Código Civil de 2002 é o que está previsto no art. 161, § 1º, do CTN, que é de 1% ao mês. Essa segunda posição, à qual nos filiamos, afasta a possibilidade de aplicação da taxa SELIC em razão de essa taxa já trazer em si conteúdo de correção monetária. Sabemos que juros e correção monetária não se confundem, uma vez que esta última visa à atualização do valor monetário tão somente. Por isso, o mais acertado se consolidou por via do enunciado 20, aprovado na I Jornada de Direito Civil, de conteúdo translúcido e esclarecedor, o qual transcrevemos: “A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% (um por cento) ao mês”. A justificativa do enunciado foi a seguinte: “A utilização da taxa SELIC como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária”.

O Superior Tribunal de Justiça apresenta julgados nos dois sentidos, isto é, pela aplicação da taxa SELIC e pela aplicação do art. 161, § 1º, do CTN. Tentando colocar fim à discussão sobrelevou-se julgado dos Embargos de Divergência no REsp 727.842/SP, de relatoria do Min. Teori Albino

Zavascki, em 8-9-2008, consolidando o posicionamento de que a taxa a que se refere o art. 406 do CC é realmente a taxa SELIC.

Por fim, vale lembrar que no que diz respeito às instituições financeiras, incluindo as empresas administradoras de cartão de crédito, existem ditames especiais a regular a taxa de juros. A primeira é a Lei n. 4.595/64 e a segunda, a Súmula 596 do STF, que estabelece que: “As disposições do Decreto 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional”.

Ademais, a Súmula 283 do STJ estabeleceu que: “As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura”. Diante de tudo isso, forçoso reconhecer que as regras são absolutamente distintas em se tratando de limitação de taxas de juros nas atividades bancárias, e o que se mostra mais espantoso é saber que, conforme a Súmula 297 do STJ: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. Parecem-nos absurdamente incoerentes tais disposições, mas é o que se tem. Lamentavelmente, as regras atinentes a taxas de juros cobradas pelas instituições financeiras são especiais, a esquecer de toda a nova principiologia que move o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor, máxime a função social dos contratos e a justiça contratual.

Sobre o anatocismo na atividade bancária, o que temos é que em 30-3-2000 foi publicada a Medida Provisória 1.963-17, que hoje vigora por força da Emenda Constitucional n. 32/2001 com redação dada pela Medida Provisória 2.170-36, de 23 de agosto de 2001, que estabeleceu em seu art. 5º: “Nas operações financeiras realizadas pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano”.

# Capítulo 8

## ◆ Do Contrato de Prestação de Serviço

### 1. Noções introdutórias

A prestação de serviço é gênero enorme que a depender de caracteres próprios pode ser regida pelo Código Civil, por leis especiais ou por leis trabalhistas.

Evidentemente que a prestação de serviço que será trabalhada neste livro é aquela que se encontra no Código Civil, nos arts. 593 ao 609. De acordo com Sílvio Venosa ao se referir ao Código Civil: “No corrente diploma continuam a ser parcos os dispositivos sobre o tema, mas há que se compreender que essa disciplina é residual, destinada a um espectro mais restrito de negócios jurídicos. O grande universo de prestação de serviço é regulado pela legislação trabalhista” (VENOSA, 2010).

Desse modo, qualquer pessoa pode se obrigar a desempenhar determinada atividade para outrem mediante uma retribuição. Perceba que para que as regras aplicáveis sejam as do Código Civil é imprescindível que não haja qualquer subordinação hierárquica do prestador de serviço em relação à outra parte que o toma. Desse modo, se contrato uma pessoa para cantar músicas em minha festa, o cantor escolherá as músicas que bem entender e as cantará na ordem que quiser. Note que não há a administração ou ordem de quem o contratou.

### 2. Natureza jurídica

O contrato de prestação de serviço é **oneroso**, sendo que ambas as partes contratantes sofrerão sacrifícios patrimoniais. Além disso, trata-se de contrato **bilateral**, já que as duas partes terão obrigações a cumprir, realçando que a obrigação do prestador de serviço se traduz no desempenho de uma atividade, isto é, uma obrigação de fazer, enquanto que a prestação

da outra parte se limitará a um dar na medida em que deverá haver o pagamento da retribuição devida.

O contrato de prestação de serviço é também **consensual**, já que se aperfeiçoa com o simples consenso das partes, podendo ser **pessoal ou impessoal**, a depender da natureza da obrigação ou da estipulação contratual.

Por fim, deve ser percebido que o contrato de prestação de serviço é **informal**, sem que o Código Civil exija qualquer forma para a sua celebração. Nada obstante, há previsão no art. 595 do CC no sentido de que quando qualquer das partes não souber ler, nem escrever, o instrumento poderá ser assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas. É importante notar que isso não implica a imposição de forma escrita, tanto é assim que muitos contratos de prestação de serviços são celebrados verbalmente.

### 3. A retribuição

A retribuição representa a contraprestação com que deverá arcar aquele que toma o serviço. Sobre ela, não se tendo estipulado, nem chegado a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade.

A retribuição só pode ser exigida pelo prestador de serviço após a prestação de serviço, se nada foi estipulado em sentido contrário no contrato, ou então, se por força de costume não houver de ser adiantada, ou paga em prestações.

Geralmente, a retribuição se materializa em dinheiro, porém não há óbice a que seja dada em espécie.

Caso o serviço tenha sido prestado por pessoa inabilitada para o desempenho da atividade ou que não satisfaça requisitos outros estabelecidos em lei, não poderá ser exigida pelo prestador do serviço a remuneração. Esta será devida, todavia, se a outra parte **se beneficiar da prestação de serviço** e se o prestador de serviço tiver atuado com **boa-fé**, cabendo-lhe uma compensação razoável, sob pena de configuração de indevido enriquecimento em favor de outra parte. Ex.: uma parteira, sem habilitação fornecida pelo Conselho de Medicina, em pequenina cidade do interior, na noite de Natal, realiza o parto de uma criança, posto não haver

médicos obstetras disponíveis no momento para a realização do parto. É evidente que a parteira merecerá tal retribuição.

Esta somente não poderia ser exigida se a proibição da prestação de serviço resultar de lei de ordem pública. Essa é a previsão do parágrafo único do art. 606 do CC que nos remete a diversas dúvidas. Nessa senda, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho cogitam: “O que é uma ‘lei de ordem pública’? Será que a mencionada previsão constitucional de imprescindibilidade de concurso para acesso a cargo público não seria uma ‘lei de ordem pública’? Será que a habilitação específica para o exercício da profissão de advogado, médico ou engenheiro não seria também uma ‘lei de ordem pública’? Trata-se, portanto, de um conceito aberto que deverá ser colmatado pela jurisprudência. Se a exegese que prevalecer for ampla demais, não duvidaremos da sua inconstitucionalidade, por negar eficácia ao ‘valor social do trabalho e da livre iniciativa (lembre-se que a premissa é a atuação de boa-fé do prestador, com real benefício do tomador!), princípio fundamental da República Federativa do Brasil, na forma do art. 1º, IV, da Constituição Federal” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008).

#### 4. A temporariedade

O contrato de prestação de serviços é eminentemente **temporário**, ou seja, cinge-se a um lapso temporal em que o prestador do serviço deverá desempenhar a sua atividade. Com base nisso e para que se evite a possibilidade de abuso da parte mais forte no contrato em detrimento da parte mais fraca, o Código Civil em seu art. 598 estipula que a prestação de serviço não se poderá convencionar por mais de **quatro anos**. Caso ocorra o alcance dos quatro anos e o serviço não tenha acabado será necessária a elaboração de um novo contrato.

Excepcionalmente, mesmo para os contratos com prazo inferior a quatro anos, tem-se verificado a possibilidade de redução do prazo equitativamente pelo juiz, em clara relativização do *pacta sunt servanda* e observância aos princípios da boa-fé objetiva e da função social.

No prazo do contrato não se considerará o tempo em que o prestador de serviço, por culpa sua, deixou de servir. Ex.: “A” contrata um pedreiro durante um período de 3 meses para a construção de um barracão. Porém, desses 3 meses, 15 dias o pedreiro ficou afastado por participar de festejos

regionais em sua cidade natal. É evidente que esses 15 dias não serão considerados para o cômputo do prazo.

Se o contrato for celebrado com **prazo indeterminado**, qualquer das partes poderá pretender colocar fim ao contrato mediante aviso prévio à outra parte que deverá se manifestar da seguinte forma:

- 1) com antecedência de oito dias, se o salário se houver fixado por tempo de um mês, ou mais;
- 2) com antecipação de quatro dias, se o salário se tiver ajustado por semana, ou quinzena;
- 3) de véspera, quando se tenha contratado por menos de sete dias.

O **aviso prévio** se mostra inafastável para proteção de ambas as partes. Para o prestador de serviço, para que este possa procurar outra atividade, e para o tomador do serviço, para que este possa buscar um substituto para o desempenho da atividade. A parte que violar o aviso prévio arcará com indenização por perdas e danos.

Se o contrato de prestação de serviço for por **prazo determinado** ou por **realização de obra determinada**, o prestador do serviço não poderá se ausentar, ou despedir, sem justa causa, antes de preenchido o tempo, ou concluída a obra. Caso venha a se despedir sem justa causa, terá direito à retribuição vencida, mas responderá por perdas e danos. O mesmo dar-se-á se despedido por justa causa (art. 602, CC).

Se o prestador de serviço for despedido sem justa causa, a outra parte será obrigada a pagar-lhe por inteiro a retribuição vencida, e por metade a que faltar até o término do contrato (art. 603, CC).

## **5. O aliciamento do prestador de serviço e a tutela externa do crédito**

O art. 608 do CC contempla regra que, em verdade, tem por supedâneo o princípio da **boa-fé objetiva** ao esclarecer que: “Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos”.

De fato, a realidade contratual que se manifesta atualmente se inclina pela atenuação do princípio da relatividade dos contratos. Por esse princípio

o contrato somente produziria efeitos em relação aos contratantes envolvidos. Hodiernamente, o contrato produza efeitos em relação às partes envolvidas, mas também se mostra espraiando os seus efeitos por toda a sociedade em virtude da função social que deve desempenhar.

A premissa é a de que, embora o contrato diga respeito *a priori* aos contratantes e apenas em relação a eles produza os seus efeitos, não poderá ficar esquecido que a terceiros não é dado o direito de atingir aquela relação contratual anteriormente entabulada.

O **enunciado 21 do CJK**, aprovado na I Jornada de Direito Civil, estabelece que: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”.

Por meio deste enunciado, devemos entender que se permanecermos vinculados a uma concepção individualista do contrato não será possível a responsabilização de terceiro que porventura desvia um dos contratantes da rota desejada quando da avença. O que se quer propor por meio desse enunciado é exatamente a responsabilização do terceiro que perturba a relação jurídica obrigacional primitiva em virtude do aliciamento a um dos contratantes. Eis a aplicação da **teoria da tutela externa do crédito**.

## **6. A extinção do contrato de prestação de serviço**

São várias as possibilidades de um contrato de prestação de serviços se extinguir:

- a) quando houver a morte de qualquer das partes, para o contrato de prestação de serviços pessoal;
- b) pelo escoamento do prazo;
- c) pela conclusão da obra;
- d) pela rescisão do contrato mediante aviso prévio;
- e) por inadimplemento de qualquer das partes;
- f) pela impossibilidade da continuação do contrato, motivada por força maior.
- g) pelo distrato.

O art. 604 do CC ainda prevê que, findo o contrato, o prestador de serviço tem direito a exigir da outra parte a declaração de que o contrato está findo. Igual direito lhe cabe se for despedido sem justa causa, ou se tiver havido motivo justo para deixar o serviço.

Por fim, deve ser lembrado que se a prestação de serviços se opera em prédio agrícola, havendo a alienação do referido prédio, tal fato não importará a rescisão do contrato, salvo ao prestador opção entre continuá-lo com o adquirente da propriedade ou com o primitivo contratante (art. 609, CC). Em conclusão, Paulo Luiz Netto Lôbo aduz: “Na hipótese de prestação de serviços rurais, o vínculo dá-se com a atividade no imóvel, independentemente de seu titular” (LÔBO, 2004).

# Capítulo 9

## ◆ Do Contrato de Empreitada

### 1. Noções introdutórias

Oportuno lembrar, de início, que no **Direito Romano** a locação comportava a seguinte classificação:

- ◆ **locação de coisas**, contrato esse já estudado por nós no Capítulo 6;
- ◆ **locação de serviços**, hoje denominado **prestação de serviço**, contrato também já estudado por nós no Capítulo 8;
- ◆ **locação de obra**, hoje denominado **contrato de empreitada**, objeto de estudo no presente capítulo.

O contrato de empreitada é aquele por meio do qual um dos contratantes se obriga, sem qualquer relação de subordinação, a realizar determinada obra a outrem, mediante o pagamento de uma remuneração integral ou proporcional ao trabalho desempenhado.

### 2. As partes no contrato de empreitada

Aquele que se obriga à realização da obra se denomina **empreiteiro**; a outra parte responsável pelo pagamento da remuneração é denominada **dono da obra ou comitente**.

### 3. Distinção necessária: empreitada *versus* prestação de serviço

Comum é a confusão entre os contratos de prestação de serviço e de empreitada.

Com precisão cirúrgica, Vítor Frederico Kümpel promove excelente distinção: “Muito difícil distinguir a prestação de serviços da empreitada. Em ambos os contratos há uma atividade pessoal em favor de outrem e o objeto poderá ser uma obra. A diferença está no critério finalístico, visto que

na empreitada busca-se a obra perfeita e acabada, tendo destaque o fim desta. Enquanto na prestação de serviços o destaque está na atividade do obreiro, não que não seja importante o fim da obra. A empreitada é uma obrigação de resultado, ao passo que a prestação de serviços é uma obrigação de meio. O empreiteiro está comprometido com a entrega da obra concluída, enquanto o prestador de serviços está comprometido com suas atividades, em cada uma de suas etapas, sendo que em cada uma delas encerra o cumprimento de uma obrigação” (KÜMPEL, 2005).

#### 4. Natureza jurídica

O contrato de empreitada trata-se de contrato **oneroso**, já que ambas as partes sofrem sacrifícios patrimoniais; apresenta-se como **bilateral** diante das obrigações de ambas as partes (um realiza a obra, o outro paga a remuneração); é **típico**, já que disciplinado no Código Civil, nos arts. 609 a 626; é **consensual**, uma vez que se aperfeiçoa com o simples consenso das partes; e é **informal**, já que a lei não exige nenhuma forma para a sua realização; ressalve-se, todavia, a necessidade de forma escrita apenas para a situação de exigência de acréscimo no preço, caso haja modificações no plano da obra, conforme dispõe o art. 619 do CC.

Finalmente, o contrato de empreitada poderá ser **pessoal ou impessoal**, a depender se a atividade somente poderá ser desempenhada pelo empreiteiro ou por outrem. Se o contrato for impessoal, poderá haver a **subempreitada**, que se trata de um contrato acessório decorrente do contrato de empreitada em que o empreiteiro delega sua atividade a terceiros, continuando, porém, responsável integralmente perante o dono da obra.

Vale lembrar ainda que em se tratando de contrato de empreitada impessoal, havendo a morte do empreiteiro, não se extinguirá o contrato, devendo os herdeiros do empreiteiro responderem por suas obrigações dentro das forças da herança. O mesmo se diga se o falecimento for do dono da obra (art. 626, CC).

#### 5. Classificação da empreitada

## **5.1 Quanto à determinação da remuneração a ser paga**

*5.1.1 Empreitada de preço fixo ou “marché a forfait”*: é aquela por meio da qual se fixa uma remuneração previamente pela execução da obra inteira, sem qualquer fracionamento. Essa modalidade se subdivide em empreitada de preço fixo absoluto e relativo.

- a) **Empreitada de preço fixo absoluto**: nessa modalidade não se admite qualquer variação no preço, não importando o que foi gasto com a execução da obra, seja de material ou de mão de obra.
- b) **Empreitada de preço fixo relativo**: é aquela em que se admite eventual variação no preço da execução da obra, em razão de fatos ainda não constatados.

*5.1.2 Empreitada por medida, “ad mensuram” ou “marché sur devis”*: por meio dessa modalidade, constata-se uma maior flexibilidade no contrato de empreitada. É que aqui a obra será fracionada, comportando as chamadas medições. De acordo com o art. 614 do CC, se a obra constar de partes distintas, ou for de natureza das que se determinam por medida, o empreiteiro terá direito a que também se verifique por medida, ou segundo as partes em que se dividir, podendo exigir o pagamento na proporção da obra executada. Há ainda a presunção de que tudo o que foi pago resultou da verificação do dono da obra (art. 614, § 1º, CC). Além disso, o que se medi presume-se verificado se, em 30 dias, a contar da medição, não forem denunciados os vícios ou defeitos pelo dono da obra ou por quem estiver incumbido da sua fiscalização (art. 614, § 2º, CC).

*5.1.3 Empreitada de valor reajustável*: é aquela em que as partes preveem um reajustamento prévio e automático do valor das prestações.

*5.1.4 Empreitada por preço máximo*: é aquela em que é apresentado ao empreiteiro o montante máximo que poderá ser gasto com a obra.

*5.1.5 Empreitada por preço de custo*: é aquela em que o empreiteiro fornece os materiais mais a mão de obra, sendo-lhe assegurado aquilo que foi gasto com o custo da obra, além de um lucro pré-estimado.

## **5.2 Quanto ao modo de execução do trabalho**

*5.2.1 Empreitada de labor ou de mão de obra:* é aquela em que o empreiteiro disponibiliza apenas a sua força de trabalho. Nesta modalidade de empreitada, o empreiteiro somente assume uma obrigação de fazer.

*5.2.2 Empreitada mista ou global:* é aquela em que são disponibilizados a força de trabalho e os materiais necessários para a consecução da obra. Aqui se amplia a obrigação do empreiteiro que deve o cumprimento de uma obrigação de fazer e, também, uma obrigação de dar, mediante o fornecimento dos materiais necessários.

A regra, conforme art. 610, § 1º, do CC, é que a empreitada seja de labor, pois a empreitada mista não se presume, resultando apenas da lei ou da vontade das partes.

O Código Civil estabelece em seu art. 620 que, havendo a diminuição no preço do material superior a um décimo do preço global, é possível que o dono da obra solicite a **revisão do contrato**, em clara afeição à vedação à onerosidade excessiva e ao princípio da justiça contratual.

## **6. Direitos e obrigações do empreiteiro**

Os direitos do empreiteiro podem ser resumidos aos itens seguintes:

- a) Receber a remuneração convencionada.
- b) Não ser obrigado a executar a obra ou de fiscalizá-la quando tiver sido contratado para apenas elaborar o seu projeto.
- c) Exigir a aceitação da obra se ela tiver sido concluída de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar.
- d) Exigir a medição das partes concluídas em se tratando de empreitada por medida, podendo exigir o pagamento de tais partes, conforme previsão do art. 614 do CC.
- e) Ceder o contrato de empreitada, desde que sua atividade seja impessoal, dando origem ao que se denomina subempreitada, continuando, porém, responsável pelo resultado da obra.
- f) Suspender a obra nas seguintes situações:
  - ◆ por culpa do dono, ou por motivo de força maior;
  - ◆ quando, no decorrer dos serviços, manifestarem-se dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas, ou outras semelhantes, de modo que tornem a empreitada

- excessivamente onerosa, e o dono da obra se opuser ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado, observados os preços;
- ◆ se as modificações exigidas pelo dono da obra, por seu vulto e natureza, forem desproporcionais ao projeto aprovado, ainda que o dono se disponha a arcar com o acréscimo de preço.

No que tange às obrigações do empreiteiro, são elas:

- a) Executar a obra conforme o que foi contratado.
- b) Quando fornecer os materiais, ser responsável pelos riscos até o momento da entrega da obra, a contento de quem a encomendou, se este não estiver em mora de receber. Mas se estiver, por sua conta correrão os riscos.
- c) Pagar os materiais que recebeu, se por imperícia ou negligência os inutilizar.
- d) Responder, em se tratando de empreitada mista, durante o prazo irredutível de cinco anos pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo, nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis. Para que o dono da obra exerça o seu direito de responsabilizar o empreiteiro neste caso, ele deverá ajuizar a ação no prazo de 180 dias ao aparecimento do vício ou defeito, conforme previsão do art. 618, parágrafo único, do CC. Acerca desse dispositivo, vale conferir o **enunciado 181 do CJF**: “O prazo referido no art. 618, parágrafo único, do CC refere-se unicamente à garantia prevista no *caput*, sem prejuízo de poder o dono da obra, com base no mau cumprimento do contrato de empreitada, demandar pelas perdas e danos”.
- e) Arcar com indenização por perdas e danos em relação ao dono da obra se suspender a obra sem justa causa.

## **7. Direitos e obrigações do dono da obra**

Como direitos do dono da obra, podemos mencionar:

- a) Acompanhar o desenvolvimento da obra.
- b) Rejeitar a obra concluída se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal

natureza. Ou então, nesse caso, receber a obra com um abatimento no preço.

- c) Suspender a obra, desde que pague ao empreiteiro os valores previstos no art. 623 do CC. Trata-se de nítida hipótese de resilição unilateral autorizada por lei.
- d) Exigir o pagamento dos materiais que se perderam por imperícia ou negligência do empreiteiro.
- e) Exigir a revisão da remuneração se ocorrer diminuição no preço do material ou da mão de obra superior a um décimo do preço global convencionado.

Dentre as obrigações do dono da obra, lembramos:

- a) Pagar a remuneração contratada.
- b) Não promover modificações no projeto por ele aprovado, sem anuência de seu autor, ainda que a execução seja confiada a terceiros, a não ser que, por motivos supervenientes ou razões de ordem técnica, fique comprovada a inconveniência ou a excessiva onerosidade de execução do projeto em sua forma originária.
- c) Ser responsável por todos os riscos da obra, se o empreiteiro tiver fornecido apenas a mão de obra.
- d) Pagar ao empreiteiro as despesas e lucros relativos aos serviços já feitos, mais indenização razoável se optar por suspender a obra.

# Capítulo 10

## ◆ Do Contrato de Depósito

### 1. Noções introdutórias

O contrato de depósito é aquele por meio do qual uma das partes entrega à outra um bem móvel para que esta segunda a guarde até que a primeira a reclame.

Como haverá a guarda de um bem, esta será deferida com base na **confiança** que se tem na outra pessoa que desempenhará tal desiderato, daí, inclusive, a denominação depósito que deriva de *depositum* e que significa confiança.

### 2. As partes no contrato de depósito

Aquele a quem se designará a guarda do bem é denominado **depositário**, enquanto que a outra parte que a outorga denomina-se **depositante**.

### 3. Distinções necessárias

O contrato de depósito em muito se assemelha a outras figuras negociais como a locação, o comodato e o mandato. Porém, a pedra de toque que faz afastar o contrato de depósito desses outros contratos é exatamente o **dever de custódia** que chega como traço preponderante desse tipo contratual. Não que nos outros contratos não haja a presença desse traço; há, sim, porém tal manifestação se dá em caráter absolutamente secundário, diversamente do contrato de depósito, que tem na guarda da coisa o seu principal objetivo.

### 4. Natureza jurídica

O contrato de depósito é, em regra, **unilateral**, já que apenas uma das partes apresenta obrigação a ser cumprida. Essa parte é exatamente o depositário, que tem o dever de restituir o objeto posto em sua guarda.

Além disso, trata-se, em regra, de contrato **gratuito**, já que o depositante nada terá que pagar ao depositário. Nessa esteira, o art. 628 do CC determina que: “O contrato de depósito é gratuito, exceto se houver convenção em contrário, se resultante de atividade negocial ou se o depositário o praticar por profissão”.

Assim, em caráter excepcional, o depósito poderá ser remunerado, caso em que o contrato se tornará **bilateral e oneroso**.

É, ainda, o contrato de depósito considerado **real**, uma vez que se aperfeiçoa somente com a entrega da coisa.

Como o contrato de depósito é inspirado pela confiança que uma parte tem na outra, tal contrato deve ser considerado **pessoal** ou *intuitu personae*. Excepcionalmente, pode-se vislumbrar a impessoalidade nesse contrato, máxime nos contratos de depósito bilaterais e onerosos.

Em regra, o contrato de depósito é **informal**, uma vez que não há determinada forma prevista em lei para a sua elaboração. Porém, vale lembrar que, em se tratando de depósito voluntário, estabelece o art. 646 do CC que ele será provado por escrito.

## **5. Modalidades de depósito**

### **5.1 Depósito convencional ou voluntário**

É aquele que não é imposto por lei, dependente, portanto, da vontade das partes. A pessoa do depositário é livremente escolhida pelo depositante. Como dito alhures, é provado por escrito, podendo ser feito por escritura pública ou instrumento particular.

### **5.2 Depósito necessário ou obrigatório**

É aquele que independe da vontade das partes e está previsto nos arts. 647 ao 652 do CC. O depósito necessário não é presumido como gratuito. Essa modalidade de depósito se subdivide em depósito legal e depósito miserável.

### **5.3 Depósito legal**

É aquele que se faz em desempenho de obrigação legal. Ampliando o sentido, complementam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald: “O depósito

legal é consequente ao desempenho de uma obrigação imposta pela norma jurídica (não necessariamente a lei, podendo ser, por exemplo, um Decreto ou um Regulamento)”. E adiante mencionam como exemplo: “aquele que encontra coisa móvel alheia perdida é obrigado a guardá-la para devolução ao proprietário ou, não sendo conhecido, à autoridade pública (CC, art. 1.233)” (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

### **5.4 Depósito miserável**

É aquele que se efetua por ocasião de alguma calamidade, como um incêndio, uma inundação, um naufrágio ou um saque.

### **5.5 Depósito do hospedeiro**

É aquele que é realizado pelo hospedeiro em relação às bagagens dos viajantes ou hóspedes nas hospedarias onde estiverem. Nessa espécie de depósito os hospedeiros responderão como depositários, assim como pelos furtos e roubos que perpetrarem as pessoas empregadas ou admitidas nos seus estabelecimentos, salvo se os hospedeiros provarem que os fatos prejudiciais aos viajantes ou hóspedes não podiam ter sido evitados. Nessa espécie de depósito, a remuneração está incluída no preço da hospedagem.

### **5.6 Depósito regular ou ordinário**

É aquele em que o objeto depositado é coisa perfeitamente individuada, infungível e inconsumível, devendo, portanto, ser devolvido exatamente o mesmo bem.

### **5.7 Depósito irregular**

É aquele em que o objeto depositado é coisa fungível e consumível, podendo ser devolvida outra da mesma espécie, qualidade e quantidade. O depósito irregular será regido pelas regras do contrato de mútuo (arts. 586 a 592, CC), já estudado por nós no Capítulo 7. Embora ao depósito irregular devam ser aplicadas as regras do mútuo, não poderá haver confusão entre os dois contratos. É que no mútuo o que foi emprestado poderá ser exigido pelo mutuante de volta apenas depois do curso do prazo avençado, enquanto que no depósito o depositante pode a todo tempo exigir a coisa de volta, ainda que o contrato seja com prazo determinado.

## **5.8 Depósito judicial**

É aquele que decorre de ordem judicial em que um terceiro é designado para guardar e conservar a coisa litigiosa até que a demanda seja decidida. O art. 635 do CC apresenta uma possibilidade de depósito judicial com a seguinte redação: “Ao depositário será facultado, outrossim, requerer depósito judicial da coisa, quando, por motivo plausível, não a possa guardar, e o depositante não queira recebê-la”.

## **6. Das obrigações e direitos do depositário**

Dentre as principais obrigações do depositário podemos mencionar:

- a) O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma ter com o que lhe pertence.
- b) O depositário é obrigado a restituir a coisa com todos os frutos e acrescidos, quando o exija o depositante.
- c) Se o depósito se entregou fechado, colado, selado, ou lacrado, o depositário não poderá praticar atos que subvertam o estado inicial em que a coisa foi apresentada.
- d) Se a coisa tiver se perdido por força maior e houver a obtenção de outra em seu lugar, o depositário é obrigado a entregar essa ao depositante e ceder-lhe as ações que no caso tiver contra o terceiro responsável pela restituição da primeira.
- e) Salvo os casos previstos nos arts. 633 e 634, não poderá o depositário furtar-se à restituição do depósito, alegando não pertencer a coisa ao depositante, ou opondo compensação, exceto se noutro depósito se fundar.
- f) Não poderá o depositário se servir da coisa depositada, nem a dar em depósito a outrem, sob pena de responder por perdas e danos.
- g) O depositário responderá pela perda ou deterioração da coisa, salvo hipótese de caso fortuito ou força maior.

Quanto aos direitos do depositário, o Código Civil estabelece:

- a) Exigir do depositante as despesas com a restituição da coisa.
- b) Não responder pelos casos de força maior.

- c) Exigir do depositante o pagamento das despesas feitas com a coisa e os prejuízos que do depósito provierem.
- d) Reter o depósito até que se lhe pague a retribuição devida, o líquido valor das despesas ou dos prejuízos que do depósito provierem, provando imediatamente esses prejuízos ou essas despesas. Se essas dívidas, despesas ou prejuízos não forem provados suficientemente, ou forem ilíquidos, o depositário poderá exigir caução idônea do depositante ou, na falta desta, a remoção da coisa para o Depósito Público, até que se liquidem.

## **7. Sobre a extinção do contrato de depósito**

Dentre outras causas extintivas de um contrato, o depósito poderá chegar ao fim pela **resilição unilateral**, isto é, ainda que o contrato tenha sido estipulado com prazo determinado, poderá chegar ao fim caso o depositante exija a coisa de volta.

Importante conferir a redação do art. 633 do CC: “Ainda que o contrato fixe prazo à restituição, o depositário entregará o depósito logo que se lhe exija, salvo se tiver o direito de retenção a que se refere o art. 644, se o objeto for judicialmente embargado, se sobre ele pender execução, notificada ao depositário, ou se houver motivo razoável de suspeitar que a coisa foi dolosamente obtida”.

Vale lembrar ainda outra peculiaridade sobre a extinção do contrato de depósito, que é a existência em lei de prazo máximo para a duração desse contrato, que é de 25 anos estabelecido no art. 1º da Lei n. 2.313/54. Nesse caso, o contrato será automaticamente extinto e, se a coisa não for reclamada, será recolhida ao Tesouro Nacional.

## **8. A problemática da prisão do depositário infiel**

Depositário infiel é aquele que frustra a devolução da coisa que lhe foi confiada em guarda. Pelo art. 652 do CC, seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.

Em decisão histórica, o STF colocou fim à possibilidade de prisão do depositário infiel em 3-12-2008. É que o Plenário do STF, por maioria de votos, arquivou naquela data o RE 349.703 e, por unanimidade, negou provimento ao RE 466.343, que discutiam a prisão do alienante depositário infiel.

O Pacto de São José da Costa Rica, que só admite a prisão pelo descumprimento de pensão alimentícia, ratificado pelo Brasil em 1992, adquiriu *status* supralegal na referida decisão.

No STF, podemos dizer em brevíssimas linhas, existiam basicamente duas correntes: a primeira de que os tratados que versam sobre os direitos humanos ratificados pelo Brasil apresentam caráter supralegal, mas não constitucional; a segunda, a de que esses tratados apresentam caráter constitucional. O posicionamento que prevaleceu, como dito, foi o primeiro. Para que fique claro, dizer que os tratados que versam sobre direitos humanos possuem valor supralegal significa dizer que ocupam uma posição intermediária entre a Constituição Federal e a Lei Ordinária.

Vale lembrar que, caso o Tratado conte com aprovação em quórum qualificado (com três quintos dos votos de cada Casa, em duas votações), conforme § 3º do art. 5º da CF/88, aí sim ele tomará *status* de emenda constitucional. O Pacto de São José da Costa Rica não foi aprovado com esse quórum, daí atribuir-se a ele um caráter supralegal, e não constitucional.

Em resumo, qualquer lei ordinária que preveja a prisão do depositário infiel não terá validade, pois prevalecerá a norma supralegal, manifestada por meio do Tratado. Em relação à previsão de prisão do depositário infiel no inciso LXVII do art. 5º da CF/88 e ao Pacto de São José da Costa Rica que a afasta, o que se deve fazer aqui não é a aplicação do critério hierárquico para solucionar o problema, mas sim se valer do princípio *pro homine*, que impõe que a norma a ser aplicada ao caso concreto deverá ser a mais favorável ao ser humano.

Lembramos, ainda, que a prisão por qualquer modalidade de depósito infiel, seja contratual ou judicial, portanto, não tem mais guarida em nosso ordenamento. Sobre a infidelidade depositária judicial, inclusive e coerentemente, foi revogada a Súmula 619 do STF, que estabelecia: “a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em

que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

Com tudo isso foi editada a Súmula Vinculante 25 do STF, com o seguinte teor: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”. E também a Súmula 419 do STJ: “Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel”.

# Capítulo 11

## ◆ Do Contrato de Mandato

### 1. Noções introdutórias

Contrato de mandato é aquele por meio do qual uma das partes outorga poderes à outra para que esta pratique atos ou administre interesses em nome da primeira.

A base do contrato de mandato repousa na figura da representação, instituto afeto à Parte Geral do Direito Civil (arts. 115 ao 120). É que o mandato ensejará aquilo que se denomina **representação convencional**, não se confundindo com a representação legal, que é aquela operada pelos pais, tutores e curadores.

### 2. Partes no contrato de mandato

No contrato de mandato as partes serão o **mandante**, aquele que outorga poderes; e o **mandatário**, aquele que se compromete a praticar atos ou administrar interesses do mandante.

Quanto à figura do mandatário, o art. 666 do CC estabelece: “O maior de dezesseis e menor de dezoito anos não emancipado pode ser mandatário, mas o mandante não tem ação contra ele senão de conformidade com as regras gerais, aplicáveis às obrigações contraídas por menores”. Parece contraditória a redação do dispositivo, já que quem não tem capacidade para gerir interesses próprios não terá também para gerir interesses alheios. Porém, o que se deve atentar é que a incapacidade é instituto protetivo do incapaz, de modo que assim nada impede de ele ser mandatário de alguém. De acordo com Venosa: “Justifica-se a exceção legal na medida em que os bens do incapaz não são colocados em risco. O risco é do mandante, ao admitir mandatário nessa condição, não podendo alegar a incapacidade, para anular o ato. Destarte, nessa hipótese, não responderá o mandatário por perdas e danos em face de má execução do mandato” (VENOSA, 2010).

### 3. Natureza jurídica

O contrato de mandato pode se manifestar como contrato **unilateral ou bilateral**. Será unilateral ser for um mandato não remunerado, caso em que apenas ao mandatário caberá o cumprimento da obrigação de representar o mandante. Será, entretanto, bilateral quando for estipulada alguma remuneração para o mandatário. Desse modo, caberá ao mandante pagar a remuneração ao mandatário e a este, por sua vez, caberá a obrigação de representar o mandante.

Além disso, o mandato poderá ser considerado um contrato **gratuito ou oneroso**; dependerá, mais uma vez, se foi estipulada remuneração a ser paga pelo mandante ao mandatário.

O contrato de mandato é **consensual**, já que se aperfeiçoa com o simples consenso das partes. Ademais, trata-se de contrato **pessoal ou intuitu personae**, já que realizado com determinada pessoa exatamente em virtude da confiança que lhe é creditada. Certamente que uma pessoa somente outorgará poderes à outra em razão da confiança que lhe deposita.

### 4. Da procuração

A **procuração**, conforme preceitua a parte final do art. 653 do CC, é o **instrumento do mandato**. Não se pode confundir a procuração com o mandato. O mandato é o contrato, enquanto que a procuração, o modo pelo qual o contrato se instrumentaliza.

Como o mandato é um contrato, há nele um acordo de vontades. Já a procuração não é um contrato, sendo apenas um negócio jurídico unilateral, pois contém apenas a vontade do mandante. A procuração é um ato dispensável, já que o mandato pode ocorrer até mesmo tacitamente (art. 659, CC).

Todas as pessoas capazes são aptas para dar procuração mediante instrumento particular, que valerá desde que tenha a assinatura do outorgante (art. 654, CC). Desse modo, os absoluta e os relativamente incapazes, desde que representados e assistidos, respectivamente, poderão outorgar mandato, desde que seja por escritura pública.

Quanto ao instrumento particular, este deverá conter a indicação do lugar onde foi passado, a qualificação do outorgante e do outorgado, a data

e o objetivo da outorga com a designação e a extensão dos poderes conferidos; sendo que o terceiro com quem o mandatário tratar poderá exigir que a procuração traga a firma reconhecida.

## 5. Do substabelecimento

O substabelecimento ocorre quando o mandatário transfere os poderes que lhe foram outorgados a um terceiro, podendo manter-se como mandatário ou afastar-se de tal condição.

O art. 655 do CC preceitua: “Ainda quando se outorgue mandato por instrumento público, pode substabelecer-se mediante instrumento particular”. Acerca desse dispositivo o **enunciado 182 do CJF** esclarece: “O mandato outorgado por instrumento público previsto no art. 655 do CC somente admite substabelecimento por instrumento particular quando a forma pública for facultativa e não integrar a substância do ato”.

Quando há o substabelecimento surgirão duas partes no ato: o **substabelecete**, aquele que transfere os poderes; e o **substabelecido**, aquele que absorve os poderes.

O substabelecimento poderá ocorrer com ou sem reserva de poderes. Se houver o substabelecimento **com reserva de poderes**, tal ato significará a conservação dos poderes ao substabelecete ao mesmo tempo em que são transferidos poderes ao substabelecido.

Se o substabelecimento for **sem reserva de poderes**, o substabelecete se retirará da representação transferindo por completo os poderes ao substabelecido.

Compreendido o fenômeno do substabelecimento, importa notar que ele poderá se manifestar de três maneiras:

- 1<sup>a</sup>) **Se o contrato de mandato for silente quanto à possibilidade de substabelecimento**: o substabelecimento poderá ocorrer, porém o substabelecete se responsabilizará por qualquer ato culposo do substabelecido (art. 667, *caput*, CC).
- 2<sup>a</sup>) **Se o contrato de mandato vedar o substabelecimento**: caso ocorra o substabelecimento, tal ato representará violação contratual, podendo ser exigido pelo mandante indenização por todos os prejuízos ocorridos sob a gerência do substituto, embora provenientes de caso fortuito, salvo

provando que o fato teria sobrevindo, ainda que não tivesse havido substabelecimento (art. 667, § 1º, CC).

3ª) **Se o contrato de mandato autorizar o substabelecimento:** caso ocorra o substabelecimento e o substabelecido venha a causar prejuízo ao mandante, este somente poderá exigir indenização do substabelecido se tiver agido com culpa na escolha do substabelecido ou nas instruções dadas a ele (art. 667, § 2º, CC). Trata-se de culpa presumida, na modalidade *in eligendo*, aquela que resulta da má escolha.

## 6. Modalidades do contrato de mandato

Algumas classificações quanto ao contrato de mandato devem ser lembradas:

### 6.1 Quanto ao procurador

6.1.1 *Mandato singular:* os poderes são dados a um único procurador;

6.1.2 *Mandato plural:* os poderes são conferidos a mais de um procurador. Poderá se manifestar das formas adiante descritas:

- a) *Mandato conjunto:* os procuradores somente poderão agir conjuntamente, isto é, os atos serão praticados por todos os procuradores.
- b) *Mandato solidário:* os procuradores poderão agir isoladamente em nome de todos.
- c) *Mandato fracionário:* cada procurador tem uma fração de poder e atuação perfeitamente delimitada.
- d) *Mandato sucessivo:* deve ser observada uma ordem de nomeação para que os procuradores possam agir.

### 6.2 Quanto à extensão

6.2.1 *Mandato geral:* é o mandato que envolve todos os negócios do mandante.

6.2.2 *Mandato especial:* é o mandato que envolve determinado negócio do mandante.

### 6.3 Quanto ao conteúdo

6.3.1 *Mandato em termos gerais*: é aquele em que os poderes são outorgados para a prática de atos genéricos de administração (art. 661, *caput*, CC).

6.3.2 *Mandato com poderes especiais*: é aquele em que são outorgados poderes para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem a administração ordinária (art. 661, § 1º, CC).

## **6.4 Quanto à finalidade**

6.4.1 *Mandato “ad negotia”*: é aquele em que o mandatário atuará fora da esfera judicial.

6.4.2 *Mandato “ad judicia”*: é aquele em que o mandatário atuará dentro da esfera judicial. De acordo com o art. 692 do CC: “O mandato judicial fica subordinado às normas que lhe dizem respeito, constantes da legislação processual, e, supletivamente, às estabelecidas neste Código”.

6.4.3 *Mandato em causa própria (“in rem suam”)*: é aquele em que o mandatário age para si próprio, podendo celebrar um negócio com ele mesmo. É do escólio dos professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que extraímos: “É o exemplo de um mandato concedido pelo promitente-vendedor de um imóvel, em um contrato de promessa de compra e venda cujo valor já foi integralmente pago, para que o promitente adquirente atue em seu nome (alienante), celebrando o contrato definitivo e providenciando o registro junto ao cartório” (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

## **7. Direitos e obrigações do mandante**

Dentre as obrigações do mandante, podemos aduzir:

- a) Satisfazer todas as obrigações contraídas pelo mandatário, na conformidade do mandato conferido, e adiantar a importância das despesas necessárias à execução dele, quando o mandatário lho pedir (art. 675, CC).
- b) Pagar ao mandatário a remuneração ajustada e as despesas da execução do mandato, ainda que o negócio não surta o esperado efeito, salvo tendo o mandatário culpa (art. 676, CC).

- c) Pagar juros pelas despesas desembolsadas pelo mandatário (art. 677, CC).
- d) Ressarcir ao mandatário as perdas que este sofrer com a execução do mandato, sempre que não resultem de culpa sua ou de excesso de poderes (art. 678, CC).
- e) Ainda que o mandatário contrarie as instruções do mandante, se não exceder os limites do mandato, ficará o mandante obrigado para com aqueles com quem o seu procurador contratou; mas terá contra este ação pelas perdas e danos resultantes da inobservância das instruções (art. 679, CC).

Quanto aos direitos do mandante, lembramos:

- a) Exigir do mandatário o cumprimento de todas as obrigações pelas quais se vinculou.
- b) Proibir o substabelecimento.
- c) Exigir a prestação de contas do mandatário.

## **8. Direitos e obrigações do mandatário**

As obrigações do mandatário são:

- a) aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente (art. 667, CC);
- b) dar contas de sua gerência ao mandante, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato, por qualquer título que seja (art. 668, CC). Em se tratando de mandato em causa própria, o mandatário estará liberado dessa obrigação;
- c) não compensar os prejuízos a que deu causa com os proveitos que, por outro lado, tenha granjeado ao seu constituinte (art. 669, CC);
- d) pagar juros ao mandante pelas somas que devia entregar a ele ou recebeu para despesa, mas empregou em proveito seu (art. 670, CC);
- e) entregar a coisa comprada, em nome próprio, com os fundos ou crédito do mandante (art. 671, CC);
- f) concluir o negócio já começado se houver perigo na demora, embora ciente da morte, interdição ou mudança de estado do mandante (art. 674,

CC).

Os direitos do mandatário são os a seguir lembrados:

- a) exigir do mandante o pagamento de todas as despesas afetas ao exercício do mandato;
- b) exigir o pagamento da retribuição devida, se convencionada;
- c) promover substabelecimento, salvo se houver cláusula proibitiva no contrato;
- d) reter a coisa de que tenha a posse em virtude do mandato, até ser reembolsado do que no desempenho do encargo despendeu (art. 681, CC).

## **9. Sobre a extinção do contrato de mandato**

O contrato de mandato poderá ser extinto nas seguintes hipóteses:

- 1) pela revogação ou pela renúncia;
- 2) pela morte ou interdição de uma das partes;
- 3) pela mudança de estado que inabilite o mandante a conferir os poderes, ou o mandatário para os exercer;
- 4) pelo término do prazo ou pela conclusão do negócio.

### ***9.1 A resilição unilateral do contrato de mandato: a revogação e a renúncia***

Como o contrato de mandato tem por supedâneo um padrão de **confiabilidade** que há de existir entre as partes contratantes, é possível que qualquer uma delas pretenda extinguir o contrato por vontade própria. À resilição por parte do mandante dá-se o nome de **revogação**. Se a resilição for por parte do mandatário, o nome será **renúncia**.

Existem situações excepcionais em que não se admitirá a revogação. São elas:

- ◆ se no contrato de mandato houver cláusula proibitiva da resilição, isto é, cláusula de irrevogabilidade;
- ◆ quando a cláusula de irrevogabilidade for condição de um negócio bilateral, ou tiver sido estipulada no exclusivo interesse do mandatário;

- ◆ no caso em que o mandato foi outorgado em causa própria;
- ◆ quando contiver no mandato poderes de cumprimento ou confirmação de negócios encetados, aos quais se ache vinculado.

Quando houver a revogação, esta deve ser notificada ao mandatário e aos terceiros que com ele estejam fazendo negócios. Isso porque, se houver notificação da revogação apenas em relação ao mandatário, essa revogação não poderá ser oposta ao terceiro de boa-fé (art. 686, CC).

Quanto à renúncia, esta deverá ser comunicada ao mandante, que, se for prejudicado pela sua inoportunidade, ou pela falta de tempo, a fim de prover à substituição do procurador, será indenizado pelo mandatário, salvo se este provar que não podia continuar no mandato sem prejuízo considerável e que não lhe era dado substabelecer.

## ***9.2 A morte de uma das partes contratantes***

A morte de qualquer uma das partes contratantes colocará fim ao contrato.

Serão considerados válidos, a respeito dos contratantes de boa-fé, os atos com estes ajustados em nome do mandante pelo mandatário, enquanto este ignorar a morte do mandante.

Se quem falecer for o mandatário, os seus herdeiros, tendo ciência do mandato, avisarão o mandante, providenciarão medidas conservatórias, e continuarão os negócios pendentes que se não possam demorar sem perigo, regulando-se os seus serviços dentro desse limite, pelas mesmas normas a que os do mandatário estão sujeitos.

# Capítulo 12

## ◆ Do Contrato de Comissão

### 1. Noções introdutórias

O contrato de comissão é aquele por meio do qual uma das partes, em troca de uma remuneração, adquire ou vende bens em seu próprio nome, à conta e por ordem de outra pessoa.

**Comissão** é a denominação que se dá tanto para o **contrato**, como para a **remuneração** que será recebida por aquele que pratica a atividade objeto do contrato.

### 2. As partes no contrato de comissão

Aquele que adquire ou vende os bens em seu próprio nome será denominado **comissário**. Note que o comissário ou comissionário receberá a comissão. Aquele que ordena e por conta do qual é praticada a atividade será denominado **comitente**.

### 3. Natureza jurídica

O contrato de comissão se aperfeiçoa simplesmente com o consenso das partes; desse modo, deve ser considerado um contrato **consensual**.

Além disso, trata-se de contrato **bilateral**, já que ambas as partes contratantes deverão cumprir com as suas respectivas obrigações: o comissário deverá adquirir ou vender os bens; o comitente deverá pagar a remuneração devida pela prática da atividade.

Nesse mote, o contrato também será **oneroso**, importando sacrifício patrimonial para as partes contratantes.

O contrato de comissão é, ainda, **personalíssimo**, uma vez que envolto pela noção de confiança recíproca existente entre as partes.

Por fim, trata-se de contrato **típico**, que apresentará uma disciplina mínima em lei nos arts. 693 ao 709 do Código Civil.

#### **4. A responsabilidade do comissário**

De fato, o comissário age por ordem e conta do comitente. E essa noção faz parte da própria conceituação fornecida ao contrato. Porém, deve ser ressaltado que o comissário assumirá uma responsabilidade própria para com aquelas pessoas que contratar, sem que estas possam se voltar contra o comitente.

Do mesmo modo, o comitente também não terá ação contra as pessoas que contratarem com o comissário, salvo, é claro, na hipótese em que o comissário ceda os seus direitos ao comitente.

#### **5. Distinção necessária: contrato de comissão versus contrato de mandato**

Eventualmente, poderão surgir confusões entre os contratos de comissão e mandato, as quais afastaremos agora.

Em ambos os contratos, temos uma pessoa que age por ordem de outra. Porém a grande diferença é que no contrato de mandato o mandatário acata as ordens e age em nome do mandante. Já no contrato de comissão, o comissário ou comissionário acata as ordens do comitente, porém age em **nome próprio**. Tanto é assim que, como vimos no tópico anterior, a responsabilidade por sua atuação será do próprio comissário.

Ademais, o contrato de comissão é figura negocial mais ágil e prática do que o contrato de mandato, já que o comissário agirá sem necessidade de qualquer procuração dada pelo comitente.

Por fim, vale lembrar que é tanta a similitude do contrato de comissão e do contrato de mandato que o art. 709 do CC preceitua que, naquilo que couber, serão aplicáveis ao contrato de comissão as regras do contrato de mandato (arts. 653 e ss.). Nota-se, portanto, o caráter subsidiário do contrato de mandato.

#### **6. A cláusula *del credere***

Quando há no contrato de comissão a previsão da cláusula *del credere*, haverá um **aumento da responsabilidade do comissário**, na medida em que este se tornará também responsável caso haja a insolvência do terceiro com quem tratou.

Portanto, diante da estipulação de tal cláusula, ocorrerá a transferência da responsabilidade pela insolvência do terceiro, que antes era do comitente, ao comissário que a assume. Surge então uma **responsabilidade solidária** entre o comissário e o terceiro com quem tratou.

Nesse caso, a remuneração a que fará jus o comissário será maior, já que o seu ônus é maior (art. 698, CC).

## 7. Direitos e obrigações do comissário

Devem ser consideradas as seguintes obrigações do comissário:

- a) Agir de conformidade com as ordens e instruções do comitente, devendo, na falta destas, não podendo pedi-las a tempo, proceder segundo os usos em casos semelhantes.
- b) Agir com cuidado e diligência, não só para evitar qualquer prejuízo ao comitente, mas ainda para lhe proporcionar o lucro que razoavelmente se podia esperar do negócio.
- c) Ter responsabilidade perante terceiros.
- d) Responder, salvo motivo de força maior, por qualquer prejuízo que, por ação ou omissão, ocasione ao comitente.
- e) Responder solidariamente com as pessoas com quem houver tratado em nome do comitente, se no contrato de comissão constar a cláusula *del credere*, analisada no item 6, *supra*.
- f) Responder pelas consequências da dilação de prazo concedida, se houver no contrato proibição do comitente.
- g) Responder caso não dê ciência ao comitente dos prazos concedidos e quem é o seu beneficiário.

Como direitos do comissário, devem ser lembrados:

- a) Receber a remuneração avençada pelo cumprimento do contrato. Caso não tenha sido estipulada previamente no contrato a remuneração, será ela arbitrada segundo os usos correntes no lugar.

- b) Receber a remuneração proporcional aos trabalhos realizados, bem como os seus herdeiros, caso por motivo de seu falecimento ou por força maior não puder concluir o contrato.
- c) Receber a remuneração pelos serviços úteis prestados ao comitente, ainda que tenha dado motivo à dispensa.
- d) Ser remunerado pelos trabalhos prestados, bem como ser ressarcido pelas perdas e danos resultantes de sua dispensa, se for despedido sem justa causa.
- e) Reter os bens e valores em seu poder, enquanto não receber o reembolso pelas despesas feitas e pelas comissões devidas. Deve ser lembrado que o crédito do comissário, relativo a comissões e despesas feitas, goza de privilégio geral, no caso de falência ou insolvência do comitente.
- f) Não responder pela insolvência das pessoas com quem tratar, exceto em caso de culpa ou se houver previsão no negócio de cláusula *del credere*.
- g) Receber estipulação mais elevada, se houver no contrato a cláusula *del credere*, para que haja a compensação do ônus assumido. Esse direito somente será afastado se houver no contrato estipulação em sentido contrário.
- h) Conceder dilação do prazo para pagamento, na conformidade dos usos do lugar onde se realizar o negócio, se não houver instruções diversas do comitente.

## **8. Direitos e deveres do comitente**

Quanto às obrigações do comitente, lembramos:

- a) Pagar ao comissário as despesas realizadas em virtude do contrato, bem como a remuneração devida.
- b) Pagar juros ao comissário, pelos adiantamentos feitos por este para o cumprimento de suas ordens.

Dentre os direitos do comitente, podem ser mencionados:

- a) Exigir do comissário a indenização pelos prejuízos sofridos na hipótese de dispensa do comissário por este ter dado motivo.
- b) Alterar as instruções dadas ao comissário a qualquer tempo, salvo estipulação em sentido contrário. As alterações, inclusive, valerão em relação aos negócios pendentes.

- c) Não ser responsabilizado perante terceiros pelos atos praticados pelo comissário, já que a responsabilidade será integralmente deste.
- d) Exigir a devida reparação, caso o comissário lhe cause prejuízos, inclusive a devida percepção dos juros caso o comissário tenha dado ensejo à mora na entrega dos fundos devidos ao comitente.

# Capítulo 13

## ◆ Do Contrato de Agência

### 1. Noções introdutórias

O contrato de agência foi disciplinado no Código Civil conjuntamente com o contrato de distribuição. Neste capítulo trataremos do contrato de agência, para, no próximo, analisarmos o contrato de distribuição.

Por meio do contrato de agência uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada.

Para alguns doutrinadores o contrato de agência seria o mesmo que contrato de representação comercial. Para outros, existem diferenças entre esses contratos.

Capitaneando esse segundo posicionamento, citamos as palavras de Adalberto Simão Filho, ao explicar o art. 710 do CC: “Na forma como foi estabelecida a descrição do que vem a ser o contrato de agência, o mesmo não deverá se confundir com o contrato de representação comercial, na medida em que houve a ampliação do escopo de sua abrangência, de modo a possibilitar a caracterização da agência para um sem-número de negócios jurídicos. É de se notar que, na citada lei de representação comercial, o âmbito de atuação do representante se restringia à realização de negócios mercantis, enquanto o artigo em análise atribui a possibilidade de realização de certos negócios, sem, contudo, discipliná-los ou reduzi-los ao âmbito mercantil. Trata-se, portanto, de um contrato mais amplo do que o de representação comercial quando visto pelo seu objeto” (SIMÃO FILHO, 2009).

Serão aplicadas ao contrato de agência as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial, conforme art. 721 do CC. Para os que vislumbram sinonímia ao se tratar do contrato de agência e

o de representação comercial, a lei especial relacionada é a Lei n. 4.886/65 com as alterações promovidas pelas Leis ns. 8.420/92 e 12.246/2010.

## 2. As partes no contrato de agência

As partes envolvidas no contrato de agência são o **agente** e o **proponente**, de tal modo que o primeiro agenciará interesses do segundo em determinada região.

## 3. Natureza jurídica

O contrato de agência é **bilateral**, na medida em que o agente irá realizar as operações em nome do proponente, a quem caberá o pagamento da remuneração devida.

Também se apresenta como contrato **oneroso** diante do sacrifício patrimonial sofrido pelas partes envolvidas na avença.

É considerado, ainda, **consensual**, já que decorre do simples consenso entre as partes.

O contrato de agência se apresenta ainda como **personalíssimo**, já que o traço da confiança se mostra preponderante na figura negocial.

## 4. Direitos e obrigações do agente

Ao agente caberão as seguintes obrigações:

- a) Não assumir o encargo de em determinada zona tratar de negócios do mesmo gênero, à conta de outros proponentes.
- b) Agir com toda diligência, atendo-se às instruções recebidas do proponente.
- c) Arcar com todas as despesas com a agência.

Dentre os direitos do agente, poderão ser mencionados:

- a) Ter exclusividade de atuação em determinada zona.
- b) Exercitar a sua atividade sem qualquer subordinação ao proponente.
- c) Receber remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem a sua interferência, salvo ajuste em sentido contrário.
- d) Receber remuneração quando o negócio deixar de ser realizado por fato imputável ao proponente.

- e) Receber remuneração pelos serviços prestados ao proponente, ainda que dispensado por justa causa.
- f) Receber a remuneração até então devida, inclusive sobre os negócios pendentes, além das indenizações previstas em lei especial se for dispensado sem culpa sua.
- g) Receber a remuneração correspondente aos serviços realizados, cabendo esse direito aos herdeiros no caso de morte, se o agente não puder continuar o trabalho por motivo de força maior.
- h) Receber indenização se o proponente, sem justa causa, cessar o atendimento das propostas ou reduzi-lo tanto que se torne antieconômica a continuação do contrato.
- i) Extinguir o contrato a qualquer tempo mediante aviso prévio de 90 dias ao proponente, em se tratando de contrato por prazo indeterminado.

## **5. Direitos e obrigações do proponente**

Ao proponente caberão as seguintes obrigações:

- a) Arcar com todas as remunerações previstas em lei.
- b) Respeitar a autonomia do agente, sem ingerências em sua atividade.
- c) Respeitar a exclusividade do agente em determinada área de atuação.

Quanto aos direitos do proponente, poderão ser mencionados:

- a) Dar poderes ao agente para que este o represente na conclusão dos contratos.
- b) Exigir indenização por perdas e danos pelos prejuízos causados pelo agente.
- c) Em se tratando de contrato por prazo indeterminado, extinguir o contrato a qualquer tempo desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente, prestigiando-se o princípio da boa-fé objetiva e da função social, mediante aviso prévio de 90 dias.

# Capítulo 14

## ◆ Do Contrato de Distribuição

### 1. Noções introdutórias

A distribuição apresenta um perfil parecido com o contrato de agência; porém, enquanto na agência o agente apenas intermedeia o negócio que será feito entre o proponente e o consumidor, no contrato de distribuição, o próprio distribuidor adquire o bem do fabricante para repassá-lo ao consumidor por conta própria. O contrato de distribuição se materializa comumente na atividade das concessionárias de veículos e nas distribuidoras de combustíveis.

As regras disciplinadoras do contrato de distribuição ocupam o mesmo espaço no Código Civil dedicado ao contrato de agência.

### 2. As partes no contrato de distribuição

De um lado, atuará o **concedente** que seria o fabricante do bem e, de outro, estaria o **concessionário** que seria o distribuidor responsável por sua revenda. É de se notar que na distribuição deve ser vislumbrada uma venda sucessiva: o fabricante (concedente) venderá para o concessionário (distribuidor), e este, por sua vez, revenderá para um terceiro (o consumidor).

Com essa ideia repisamos a distinção do contrato de distribuição para o contrato de agência, já que nesse último a venda é feita diretamente entre o fabricante e o consumidor.

### 3. Natureza jurídica

Como o contrato de agência, o perfil do contrato de distribuição também se respaldará em sua **bilateralidade** e **onerosidade**; sendo, além disso, um contrato **típico**, uma vez que portador de disciplina mínima apresentada em lei. As legislações a serem mencionadas são o próprio Código Civil e a Lei

n. 6.729/79 com suas alterações posteriores, sendo essa última atinente à concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre.

#### **4. O objeto do contrato de distribuição**

Para relacionarmos o objeto do contrato de distribuição apresentamos as palavras certas de Vitor Frederico Kümpel: “O contrato tem por objeto a colocação de produto no mercado consumidor, transferindo a mercadoria do fabricante para o distribuidor e deste ao consumidor. O produto adquirido pelo distribuidor presta-se apenas à revenda, não podendo ter nenhuma outra finalidade, nem servir de matéria-prima ou uso do concessionário. O distribuidor pode manter um estoque com a única finalidade de satisfazer a clientela. O contrato nada mais é do que uma compra e venda sucessiva, sendo livre o preço da venda do concessionário ao consumidor. O concedente apenas precisa ter um preço fixo para os seus concessionários” (KÜMPEL, 2005).

# Capítulo 15

## ◆ Do Contrato de Corretagem

### 1. Noções introdutórias

No contrato de corretagem uma pessoa obriga-se a obter para outra um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas. Nessa figura negocial, as partes não estão vinculadas em virtude de um mandato, de prestação de serviços ou de qualquer relação de dependência.

### 2. As partes no contrato de corretagem

O contrato de corretagem é celebrado entre duas pessoas: o **corretor** e o **comitente**. A obrigação do corretor é exatamente a de conectar um terceiro ao comitente para que com este faça determinado negócio jurídico.

### 3. Natureza jurídica

O contrato de corretagem é **bilateral** diante do surgimento de obrigações para ambas as partes contratantes. É **oneroso**, já que ambas as partes sofrem sacrifícios patrimoniais para o seu adimplemento.

Além disso, é contrato **acessório**, pois a sua base repousa em outro contrato que deverá ser realizado, denominado contrato principal, surgindo assim o direito à remuneração por parte do corretor.

O contrato de corretagem é **consensual**, já que se aperfeiçoará com o simples consenso entre as partes.

Por fim, o contrato de corretagem é tido como **aleatório**, uma vez que, ainda que o corretor empregue toda a diligência possível, se outro contrato não for celebrado entre o comitente e um terceiro, não lhe caberá remuneração alguma.

### 4. A corretagem como obrigação de resultado

Viés inolvidável no contrato de corretagem é a percepção de que não importa o tamanho do trabalho ou dispêndio empregado pelo corretor para o cumprimento de sua obrigação. O papel do corretor é exatamente o de ligar duas pessoas para que estas possam celebrar um futuro contrato. Portanto, quanto o corretor empregou de sacrifício para o cumprimento do contrato não vem ao caso, fazendo jus, portanto, à remuneração apenas após a celebração daquele segundo contrato. Desse modo, a corretagem não pode ser vislumbrada como obrigação de meio, mas sim de resultado ou fim.

## 5. A remuneração do corretor

Ao corretor caberá a obrigação de executar a mediação com diligência e prudência, e a prestar ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento do negócio. Além disso, sob pena de responder por perdas e danos, o corretor prestará ao cliente todos os esclarecimentos acerca da segurança ou do risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência (art. 723, CC).

Em contrapartida, diante da celebração de outro contrato entre o comitente e um terceiro, surgirá para o corretor o direito de receber a remuneração, que, se não estiver fixada em lei nem tiver sido ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais.

Releva notar que a remuneração será devida em outra situação também: caso o contrato entre o comitente e o terceiro não seja realizado em virtude do arrependimento das partes. Vale a leitura da redação do art. 725 do CC, realçando a sua parte final: “A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, *ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes*”.

A redação mencionada não pode levar à conclusão de que o contrato de corretagem seja de meio, e não de resultado. Na verdade, quando o artigo suscita a possibilidade de arrependimento das partes, trata-se daquele **arrependimento injustificável**. É que, de fato, o corretor não pode, após a aproximação das partes e a conclusão do negócio, responsabilizar-se por um injustificado arrependimento de uma delas. Nesse caso, ainda assim, merecerá a remuneração devida.

Todavia, se o arrependimento se fundar em alguma causa plausível, por exemplo, as informações passadas ao terceiro pelo corretor sobre o negócio não forem correspondentes à realidade, culminando em seu arrependimento, nesse caso não caberá a remuneração ao corretor.

Portanto, em breve síntese pode ser dito: se o arrependimento de uma das partes for justificável, não será cabível a remuneração ao corretor; se o arrependimento não for justificável e se manifestar por vontade caprichosa de uma das partes, será cabível a remuneração ao corretor.

Outro viés que deve ser lembrado é que o direito à remuneração por parte do corretor se mostra tão amplamente assegurado que, se houver a dispensa do corretor e, posteriormente, um negócio vier a ser celebrado pelo comitente e um terceiro que se conectaram exatamente em virtude dos trabalhos do corretor, também será devida a remuneração a este. Afinal de contas, temos que o pressuposto para a realização do negócio foi a aproximação das partes, e isso somente ocorreu fruto do esforço do corretor. Portanto, afastando em definitivo eventual má-fé do comitente, expõe o art. 727 do CC: “Se, por não haver prazo determinado, o dono do negócio dispensar o corretor, e o negócio se realizar posteriormente, como fruto da sua mediação, a corretagem lhe será devida; igual solução se adotará se o negócio se realizar após a decorrência do prazo contratual, mas por efeito dos trabalhos do corretor”.

Se a aproximação das partes contratantes se der por obra de vários corretores, a todos eles caberá a remuneração, que lhes será paga em partes iguais, salvo estipulação em sentido contrário.

## **6. O negócio celebrado sem a intermediação do corretor**

É evidente que, ainda que haja um corretor constituído, se o negócio for feito entre o comitente e o terceiro sem a intermediação do corretor, não lhe caberá remuneração alguma.

Mas, atenção: se no contrato de corretagem houver previsão de **exclusividade** em relação ao corretor, e o contrato tiver sido celebrado entre o comitente e o terceiro, ainda que sem a intermediação do corretor, caberá a este a remuneração avençada. É o que consta do art. 726 do CC.

## 7. Aplicação de outras normas de legislação especial

O Código Civil deixa bem claro que, além dos arts. 722 ao 729, aplicáveis ao contrato de corretagem, outras leis especiais poderão ser chamadas à baila, como, por exemplo, a Lei n. 6.530/78, que regulamenta a profissão de Corretor de Imóveis e disciplina o funcionamento de seus órgãos de fiscalização.

Nada obstante, lembremos que o pano de fundo da corretagem também se respalda nos princípios que orientam a contratação na pós-modernidade, máxime a **boa-fé objetiva** e a **função social dos contratos**.

# Capítulo 16

## ◆ Do Contrato de Transporte

### 1. Noções introdutórias

Configura-se o contrato de transporte quando alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para o outro, pessoas ou coisas.

O Código Civil disciplina o contrato de transporte de pessoas e coisas nos arts. 730 ao 756; sendo que nos arts. 734 ao 742 alude ao transporte de pessoas e, nos arts. 743 ao 756, ao transporte de coisas. Devemos perceber, em princípio, que em ambas as situações o que teremos é uma responsabilidade contratual, haja vista a configuração de um verdadeiro contrato, e objetiva, isto é, independentemente de culpa do transportador, conforme lapidações de interpretações referentes ao tema que conferiremos mais adiante.

Sobre a importância do contrato de transporte, vale conferir a sagaz crítica de Sérgio Cavalieri Filho: “De todos os contratos, nenhum terá maior relevância social e jurídica na atualidade do que o contrato de transporte. Milhões e milhões de pessoas são transportadas diariamente de casa para o trabalho e vice-versa, principalmente nos grandes centros urbanos, gerando um grande número de problemas sociais e jurídicos, alguns deles até insolúveis. Pode-se dizer que o transporte coletivo urbano tornou-se instrumento fundamental para o cumprimento das funções sociais e econômicas do Estado moderno. Mas, lamentavelmente, a sua dívida social neste campo é enorme, porquanto o transporte coletivo em nosso País se torna cada vez mais deficiente e desumano”. E, em outro trecho: “Não obstante essa relevância econômica, social e jurídica, o contrato de transporte não mereceu sequer uma referência no Código de 1916. Por que isso? Já se ressaltou que o Projeto do Código de 1916 foi elaborado por Clóvis Beviláqua na última década de 1800, quando o transporte coletivo

era ainda incipiente, sequer existente. A história do transporte coletivo começou literalmente no tempo da ‘Maria-Fumaça’ – as locomotivas a vapor, que foram os primeiros meios de transporte” (CAVALIERI FILHO, 2007).

## 2. As partes no contrato de transporte

No **contrato de transporte de pessoas** estarão presentes duas partes contratantes: o **transportador**, pessoa que tem a obrigação de conduzir outra ao seu destino final, e o **transportado ou passageiro**, pessoa que será conduzida ao local convencionado. Em se tratando de **contrato de transporte de coisas**, os contratantes serão o **transportador** e o **expedidor**.

## 3. Natureza jurídica

Trata-se de contrato **consensual**, vez que basta o consenso entre as partes para que ele se aperfeiçoe; **informal**, por independer de qualquer formalidade prévia, sendo que o bilhete ou a passagem não são imprescindíveis para a configuração do contrato; **bilateral**, por gerar obrigações para ambas as partes contratantes; **oneroso**, já que ambas as partes sofrem sacrifícios patrimoniais; **comutativo**, diante da inexistência do fator risco entre as prestações; **de execução futura**, uma vez que o seu cumprimento não se dá de imediato, protraindo-se no tempo; **de adesão**, uma vez que o conteúdo é imposto unilateralmente por uma das partes, cabendo à outra anuir a ele ou não; e **típico**, uma vez que disciplinado em lei.

## 4. Cláusula de incolumidade: a obrigação de resultado

Implícita está no contrato de transporte a cláusula de incolumidade, pela qual o transportador se obriga a conduzir o passageiro até o destino desejado, sem qualquer interferência prejudicial, isto é, dentro do contrato de transporte repousa cláusula que impõe ao transportador conduzir o transportado ao seu destino e fazê-lo chegar são e salvo. Com isso, fique claro que a obrigação do transportador não é de meio, mas sim de resultado.

Dúvida poderia surgir quanto ao momento em que se inicia a responsabilidade do transportador. Com total clarividência, Rogério Marrone de Castro Sampaio esclarece: “Importante, ainda, fixar o marco inicial dessa responsabilidade civil. Ora, se vinculada à atividade exercida pelo transportador, sua responsabilidade civil inicia-se com a efetiva execução do contrato de transporte, o que se dá, por exemplo, com o embarque do passageiro no veículo do transportador. Importante não confundir com o momento do aperfeiçoamento do contrato de transporte que, por ser consensual, se verifica com o simples consenso entre as partes. Evidente, portanto, que se o transportado, já com a passagem em seu poder – o que denota o aperfeiçoamento do contrato –, sofre algum infortúnio no trajeto rodoviária visando ao embarque, não há que se falar em responsabilidade civil do transportador” (SAMPAIO, 2003).

## **5. Legislação atinente ao contrato de transporte**

Ao contrato de transporte serão aplicados os artigos já mencionados anteriormente, previstos no Código Civil, sem prejuízo de preceitos constantes na legislação especial e de tratados e convenções internacionais.

Desse modo, se o contrato de transporte se encontrar dentro dos limites desenhados por uma relação de consumo – o que acontece na maioria das vezes –, deverão ser aplicadas as regras do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). Tanto é assim que vale conferir a redação do **enunciado 369 do CJF**: “Diante do preceito constante no art. 732 do Código Civil, teleologicamente e em uma visão constitucional de unidade do sistema, quando o contrato de transporte constituir uma relação de consumo, aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor que forem mais benéficas a este”.

No que tange à responsabilidade civil no transporte aéreo interno, há disciplina específica no Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/86), e, em se tratando de transporte internacional, deve ser aplicada a Convenção de Varsóvia, alterada posteriormente pelos Protocolos de Haia e de Montreal. Os Protocolos são de ns. 1, 2 e 4, sendo o Brasil signatário de todos eles, ratificando-os por meio do Decreto Legislativo n. 22, de 28 de maio de 1979. O Protocolo n. 3 não adquiriu vigência internacional.

Menção deve ser feita ao Decreto-lei n. 2.681/1912 – a Lei das Estradas de Ferro –, pioneiro na responsabilização dos eventos danosos acontecidos nas estradas de ferro e que acabou por ter sua aplicação ampliada, solucionando, outrossim, acidentes provenientes do transporte rodoviário de pessoas.

O referido decreto-lei, em seu art. 17, dispôs que “as estradas de ferro responderão pelos desastres que, nas suas linhas sucederem os viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea”. E ainda: “a culpa será presumida, só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas: I – caso fortuito ou de força maior; II – culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada”.

Por uma interpretação literal, temos que a situação era de responsabilidade subjetiva com culpa presumida. Porém, prevaleceu o entendimento de que a responsabilidade do transportador, em verdade, era objetiva, sendo, de igual modo, aplicado a qualquer transporte terrestre de pessoas.

Na explicação de Cavalieri Filho: “Essa extensão é plenamente justificável com base na analogia. Diante de dois casos semelhantes, um dos quais regulado na lei e o outro não, a própria lei ordena ao juiz aplicar a analogia, meio de integração do Direito. O contrato de transporte celebrado com uma companhia de estrada de ferro é, em tudo e por tudo, semelhante ao contrato de transporte celebrado com uma empresa de ônibus ou bonde. As características dos contratos são as mesmas, idênticas as suas finalidades; diferente é apenas o meio de transporte, tudo a justificar, portanto, serem-lhes aplicáveis as mesmas regras legais” (CAVALIERI FILHO, 2007).

Acerca de tal decreto – que representou inegável avanço em se tratando de responsabilidade civil no transporte de pessoas –, opinamos que fora ele revogado com a entrada em vigor do Código Civil de 2002. Com o mesmo entendimento, valem as palavras de Flávio Tartuce: “O contrato de transporte ganha agora tratamento especial no Código Civil de 2002, passando a ser contrato nominado e típico. Desse modo, entendemos que está revogado o Decreto-lei 2.681/1912, que previa a responsabilidade das empresas de estradas de ferro e, por analogia, sempre foi aplicado a todas as

formas de transporte terrestre. Também estão revogados os dispositivos do Código Comercial que tratavam do assunto” (TARTUCE, 2006).

## **6. Sobre o transporte de pessoas**

### **6.1 As bagagens do passageiro**

O contrato de transporte de pessoas abrangerá a condução de suas bagagens. As bagagens do transportado poderão ser conduzidas no próprio compartimento em que é transportada a pessoa ou em compartimentos apartados destinados a tal fim. Nesse caso, será dado determinado documento à pessoa do transportado para que ao término do transporte possa retirar as suas bagagens. Tal documento pode ser denominado nota de bagagem.

Nota-se com isso, na verdade, a presença de dois contratos: um principal, transportar a pessoa; e o outro, acessório, transportar as bagagens.

Caso as dimensões ou o peso das bagagens extrapolem as limitações previamente definidas, será lícito ao transportador exigir um *plus* sobre sua retribuição.

Inclusive, vale lembrar que o transportador, uma vez executado o transporte, tem direito de retenção sobre a bagagem de passageiro e outros objetos pessoais deste, para garantir-se do pagamento do valor da passagem que não tiver sido feito no início ou durante o percurso.

Além disso, é lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite de eventual indenização.

### **6.2 Direitos e obrigações do passageiro**

Quanto aos direitos do passageiro, vale lembrar:

- a) Ser transportado de maneira segura até o local determinado.
- b) Ser reparado pelo transportador diante de qualquer evento danoso, ainda que causado por terceiro estranho à relação contratual.
- c) Ocupar determinado assento, se predefinido no bilhete, ou qualquer outro.
- d) Rescindir o contrato antes de iniciada a viagem, sendo-lhe restituído o valor da passagem, desde que a comunicação da desistência tenha sido

dada a tempo de o transportador renegociar a passagem com outra pessoa.

- e) Desistir do transporte, mesmo depois de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor correspondente ao trecho não utilizado, desde que provado que outra pessoa haja sido transportada em seu lugar.

Em relação às obrigações do passageiro, devem ser citadas:

- a) Pagar a remuneração convencionada pelo transporte.
- b) Apresentar o bilhete de viagem sempre que for solicitado.
- c) Sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço.

### **6.3 Direitos e obrigações do transportador**

Em relação aos direitos do transportador, lembramos:

- a) Exigir a remuneração combinada pelo transporte.
- b) Reter a bagagem ou outros objetos pessoais do passageiro, caso este não proceda ao pagamento do transporte realizado.
- c) Exigir que o passageiro cumpra com todas as normas necessárias para que o transporte se finalize de maneira segura para o transportado e os demais.
- d) Reter até 5% da importância a ser restituída ao passageiro, a título de multa compensatória, caso o passageiro rescinda o contrato antes de iniciada a viagem.
- e) Exigir do passageiro a declaração do valor de sua bagagem a fim de fixar o limite de eventual indenização.

Dentre as obrigações do transportador, devem ser mencionadas:

- a) Conduzir o transportado e suas bagagens com total diligência e zelo para que cheguem ao destino final incólumes.
- b) Acatar os horários e itinerários previstos, sob pena de responder por perdas e danos, salvo motivo de força maior.
- c) Não recusar passageiros, salvo os casos previstos nos regulamentos, ou se as condições de higiene ou de saúde do interessado o justificarem.

- d) Se a viagem se interromper por qualquer motivo alheio à sua vontade, ainda que em consequência de evento imprevisível, ficará obrigado a concluir o transporte contratado em outro veículo da mesma categoria, ou, com a anuência do passageiro, por modalidade diferente, à sua custa, correndo também por sua conta as despesas de estada e alimentação do usuário, durante a espera de novo transporte.
- e) Ser responsável em relação ao passageiro por qualquer acidente, não podendo tentar afastar a sua responsabilidade alegando culpa de terceiro. Sobre a responsabilidade civil do transportador, dissecaremos a questão no item seguinte.

## **6.4 As dimensões da responsabilidade do transportador**

Para evitar confusões, de início, importa notar que a responsabilidade civil do transportador poderá espalhar-se em três distintas dimensões: em relação a terceiros; em relação aos empregados; e em relação aos passageiros.

*6.4.1 Em relação a terceiros:* atente-se, por exemplo, para o atropelamento de um pedestre perpetrado por um ônibus coletivo urbano. Nesse ponto, a responsabilidade da empresa de ônibus é extracontratual. A conclusão é óbvia, em virtude de não haver entre o pedestre atropelado e a empresa de ônibus qualquer relação jurídica oriunda de um contrato. A referida responsabilidade extracontratual ou aquiliana é objetiva em virtude do art. 37, § 6º, da CF/88. É que se trata de pessoa jurídica de Direito Privado prestadora de serviço público. Nessa hipótese, a responsabilidade do transportador somente poderá ser afastada em havendo alguma excludente do nexo causal: caso fortuito ou força maior; culpa exclusiva da vítima; ou culpa ou fato de terceiro. Além da CF/88, aplica-se ao caso em comento o Código de Defesa do Consumidor. Primeiro o art. 14, que impõe responsabilidade objetiva ao fornecedor de serviços. E segundo o art. 17, que equipara ao consumidor todas as vítimas do evento (*os by standers*), de modo que estão autorizadas a pleitear indenizações as vítimas do evento, com base no acidente de consumo. Nesse mote, esclarece Cavalieri Filho que “nada mudou o Código de Defesa do Consumidor quanto à natureza dessa responsabilidade porque já era objetiva a partir da Constituição de

1988; mudou-se, entretanto, a sua base jurídica. Não mais necessitamos agora do mecanismo da responsabilidade pelo fato de terceiro porque o transportador não responde pelo fato do preposto (art. 932, III, do Código Civil, que corresponde ao art. 1521, III, Código de 1916), mas sim por fato próprio – o defeito do serviço” (CAVALIERI FILHO, 2007).

*6.4.2 Em relação aos empregados:* atente-se, por exemplo, para o motorista ou o trocador que se feriram em virtude do acidente acontecido com o ônibus coletivo urbano, no qual ambos trabalhavam. Há aqui responsabilidade decorrente de acidente de trabalho, vislumbrada a relação contratual trabalhista entre a empresa de ônibus e os seus empregados. Será devida indenização pelo INSS e, caso tenha havido dolo ou culpa do empregador, este poderá ser cobrado em indenização na Justiça Comum, conforme art. 7º, XXVIII, da CF/88.

*6.4.3 Em relação aos passageiros:* atente-se, por exemplo, para o passageiro que se machuca dentro do ônibus urbano coletivo que se envolve em acidente. Aqui está a responsabilidade contratual do transportador oriunda do contrato de transporte. E, além disso, tal responsabilidade se manifesta como objetiva, como esclarecemos adiante.

## **6.5 O porquê da responsabilidade objetiva do transportador em relação aos passageiros**

Embora não haja previsão expressa de que a responsabilidade do transportador em relação aos passageiros seja considerada objetiva, tal fato deve ser considerado em virtude de quatro importantes vetores:

- 1) O transportador assume uma obrigação de resultado, e não apenas de meio. Aqui se projeta a cláusula de incolumidade.
- 2) Assim sempre foi o tratamento dado à questão tanto em sede doutrinária, quanto em sede jurisprudencial.
- 3) Pela possibilidade de enquadramento nos exatos contornos de uma relação de consumo em que há a expressa imposição de responsabilidade objetiva (art. 14, CDC).
- 4) Pela previsão de nulidade da cláusula de não indenizar, prevista no art. 734 do CC, que desponta com a seguinte redação: “O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas

bagagens, salvo motivo de força maior, *sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade*” (grifamos). O repúdio à referida cláusula já estava consignado na Súmula 161 do STF: “Em contrato de transporte é inoperante a cláusula de não indenizar”. Repisamos, porém, que é lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização (art. 734, parágrafo único, CC).

## **6.6 Excludentes de responsabilidade do transportador**

Em se tratando de responsabilidade objetiva, devemos considerar, em princípio, as excludentes donexo causal que são: caso fortuito e força maior, culpa exclusiva da vítima e fato ou culpa de terceiro. Porém, prezado leitor, não pare nessas linhas, pois outras observações relevantíssimas acerca do tema deverão ser formuladas.

A primeira, de que os doutrinadores mais modernos dividem o caso fortuito em fortuito interno e fortuito externo. E, conforme já assinalamos alhures, há nas duas hipóteses a imprevisibilidade já aventada. Porém, no fortuito interno o fato imprevisível está conexo à organização e atuação da empresa, por exemplo, o infarto sofrido pelo motorista do ônibus que poderia ter sido detectado em exames periódicos de saúde do empregado da empresa. Já, em se tratando de fortuito externo, há a imprevisibilidade do fato que, todavia, não está conexo à organização e atuação da empresa. Aqui nos deparamos com os fenômenos da natureza, como tempestades e enchentes. Assim, muitos doutrinadores apresentam como sinônimas as expressões “fortuito externo” e “força maior”, em virtude da inerente inevitabilidade.

Percebemos, então, que o transportador só não terá o dever de indenizar diante do fortuito externo. Desse modo, lembremos da redação do art. 734 do CC: “O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade”. O referido artigo atenta para a força maior apenas que, como vimos, se traduz no fortuito externo. Observando a sistemática do Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, § 3º, dentre as excludentes de responsabilidade do fornecedor não há referência ao caso fortuito e à força maior, daí concluímos que, mais uma

vez, apenas o fortuito externo será causa hábil a afastar o dever de indenizar.

A segunda observação por nós formulada nesse eixo é a de que a culpa exclusiva da vítima, aqui o passageiro, também se apresenta como causa excludente da responsabilidade do transportador, por se tratar de excludente do nexo causal, embora não haja previsão expressa a esse respeito no Código. O que há é o *caput* do art. 738 do CC, que dispõe: “A pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço”. Ademais, o seu parágrafo único preleciona: “Se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá equitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano”. O que há aqui é a possibilidade de redução de indenização diante da culpa concorrente da vítima. Ao avançar nesse raciocínio, se é possível a aplicação da teoria da culpa concorrente a autorizar a redução da indenização, de igual modo é possível a exclusão da responsabilidade do transportador por culpa exclusiva do transportado, como, por exemplo, ocorre no caso dos “surfistas ferroviários”.

No que respeita aos ditos “pingentes”, que são aquelas pessoas que se penduram nos veículos durante o transporte, a jurisprudência dominante se manifesta no sentido de que não se trata de culpa exclusiva da vítima, haja vista a imposição de o transportador exercer a vigilância devida ao longo do transporte e ser constatado no mais das vezes que tal fato se deve, em verdade, ao estado de superlotação do meio de transporte e à manutenção das portas abertas do veículo com este em deslocamento.

A terceira e importante observação que deve ser feita é a de que, embora a culpa ou fato de terceiro seja, em regra, excludente do nexo causal, não poderá, todavia, ser alegada para afastar a responsabilidade do transportador. É o que prevê expressamente o Código Civil em seu art. 735, com a seguinte redação: “A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”. Tal dispositivo, em verdade, consubstancia o já

disposto na Súmula 187 do STF, que estabelecia: “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”. O que há em verdade é a aplicação do fortuito interno que, como vimos, não exclui a responsabilidade do transportador. Atentemos para o fato de que tanto a súmula quanto o artigo se referem à culpa de terceiro, sem mencionar, entretanto, o dolo de terceiro.

Nessa linha de inteligência, Cavalieri Filho explica que em se tratando de fato doloso de terceiro “este não pode ser considerado fortuito interno porque, além de absolutamente imprevisível e inevitável, não guarda nenhuma ligação com os riscos do transportador; é fato estranho à organização de seu negócio, pelo qual não pode responder. Por isso, a melhor doutrina caracteriza o fato doloso de terceiro, vale dizer, o fato exclusivo de terceiro, como fortuito externo, com o que estamos de pleno acordo. Ele exclui o próprio nexos causal, equiparável à força maior, e, por via de consequência, exonera de responsabilidade o transportador” (CAVALIERI FILHO, 2007).

É do raciocínio já desenvolvido acima que as hipóteses de assaltos aos transportes coletivos ou arremesso de objetos contra o veículo transportador se moldam aos limites do fortuito externo, estranhos à atividade da empresa e, portanto, desonerantes da responsabilidade do transportador. O problema aqui reside na Segurança Pública, que, notoriamente, deixa a sociedade à deriva. Se impuséssemos ao transportador o ônus de indenizar os vitimados nessas ocasiões, estaríamos a propugnar e a aplicar a teoria do risco integral, que é de todo descabida nos casos em apreço. Entretanto, por evidente, em casos em que o transportador contribua para a eclosão desse tipo de evento danoso, quando, por exemplo, indevidamente faz o trajeto de portas abertas, a proporcionar o alcance da pedra atirada contra o passageiro, ou quando o trecho percorrido é notoriamente conhecido pelos riscos apresentados e a empresa não toma qualquer precaução para impedir a eclosão do evento danoso, nítida restará a responsabilidade do transportador.

Fechamos este tópico apontando as seguintes excludentes de responsabilidade do transportador:

- ◆ o fortuito externo ou a força maior;

- ◆ a culpa ou fato exclusivo da vítima; e
- ◆ o fato doloso de terceiro.

## **6.7 O transporte gratuito: a “carona”**

Quando se fala em transporte gratuito, de início se torna importante um esclarecimento fundamental: o transporte poderá ser aparentemente gratuito ou puramente gratuito. A seguir explicamos.

### **6.7.1 O transporte aparentemente gratuito**

Transporte aparentemente gratuito é aquele que apenas deixa transparecer a gratuidade, não sendo gratuito porém. Isso porque o transportador auferir sim vantagens nesse tipo de transporte, ainda que indiretamente. Alguns exemplos merecem ser lembrados: quando o transportado se oferece para pagamento do pedágio, divisão do gasto com o combustível ou pagamento de refeição ao transportador; quando os donos das lojas oferecem transporte aos turistas; quando a empresa fornece o transporte aos empregados para o transcurso da residência ao trabalho; quando o corretor de imóveis conduz o cliente ao imóvel que está disponível para venda ou aluguel; e até mesmo o transporte que as empresas de ônibus devem prestar aos maiores de 65 anos por disposição da Constituição Federal de 1988 (art. 230, § 2º). Nesse último caso, o transporte é apenas aparentemente gratuito, pois o seu pagamento está, em verdade, embutido no valor global da tarifa ou em vantagens que a empresa transportadora irá receber do Poder Público concedente. Nos demais casos mencionados, sem maior esforço de raciocínio, percebemos que o transportador está sim a receber vantagens do transportado, ainda que indiretamente. Que fique claro, portanto: em todas essas hipóteses o transporte não é gratuito!

Constatado isso, releva perceber que deverão ser aplicadas as regras até aqui já mencionadas. Isto é, trata-se de responsabilidade contratual e objetiva do transportador, somente podendo ser afastada nas hipóteses de fortuito externo, culpa exclusiva da vítima e fato doloso de terceiro. Daí, transcrevemos o parágrafo único do art. 736 do CC: “Não se considera gratuito o transporte quando, embora feito sem remuneração, o transportador auferir vantagens indiretas”.

Nesse ponto, vale lembrar ainda a ressalva formulada por Flávio Tartuce que amplia a perspectiva, esclarecendo-nos que: “Compreendemos que tal regra tem aplicação imediata a elevadores e escadas rolantes localizados em lojas, shopping centers, supermercados, hotéis e similares, eis que também são meios de transporte de menor amplitude espacial. Mesmo não havendo remuneração, tais meios de transporte acabam trazendo vantagens indiretas aos fornecedores e prestadores. Fica claro, também, que é possível invocar as normas do Código de Defesa do Consumidor para apontar a responsabilidade objetiva” (TARTUCE, 2006).

Ao transporte ao qual denominamos aparentemente gratuito, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho o designam de “transporte interessado, sem remuneração direta”. Os ilustres autores aventam ainda a seguinte proposição: “Para não ser considerado gratuito, o referido ‘interesse’ do condutor deve ser econômico? Uma carona motivada por interesse sexual, por exemplo, descaracterizaria a cortesia, fazendo incidir as regras do contrato de transporte, e, por conseguinte, da responsabilidade objetiva? Em nosso sentir, segundo uma interpretação teleológica, desde que não seja por amizade ou mera cortesia (art. 736, *caput*), o transporte motivado por qualquer interesse do condutor justificaria a descaracterização do transporte gratuito (art. 736, parágrafo único). Ademais, a lei não refere que o interesse do transportador deva ser necessariamente pecuniário. Assim, uma carona dada apenas para fins sexuais (a famosa ‘cantada em ponto de ônibus’) autorizaria, em nosso entendimento, a incidência das regras do contrato de transporte, por força da ‘vantagem indireta’ experimentada pelo condutor, nos termos do mencionado parágrafo único do art. 736. Destarte, deverá observar a cláusula implícita de segurança, podendo ser compelido a indenizar a outra parte sem aferição de culpa. Advertimos, apenas, que a incidência dessas regras, mais severas para o transportador, não decorre da circunstância de estarmos diante de um contrato de transporte típico, pelo simples fato de a prestação sexual não ser licitamente admitida. Todavia, apenas para o efeito de facilitar a responsabilização do condutor – que atuou com segundas intenções –, concluímos que o legislador cuidou de determinar a aplicação das regras do contrato de transporte, afastando a alegação de mera cortesia, visando, dessa forma, facilitar a reparação da vítima” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008).

## 6.7.2 O transporte puramente gratuito

O transporte puramente gratuito é aquele que é realizado por mera liberalidade do transportador e no interesse exclusivo do transportado. É o caso, por exemplo, da carona oferecida a um conhecido ou no socorro que se presta a alguém ferido na via pública conduzindo-o ao hospital.

É nesse momento que a doutrina se digladiava acerca da responsabilidade do transportador, em se tratando de transporte puramente gratuito, diante de evento danoso que ofenda ao transportado.

Dois posicionamentos são apresentados:

- 1) Deverá ser aplicada a regra do art. 392 do CC, que assim dispõe: “Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei”. Aplicando-se esse artigo ao transporte puramente gratuito, conclui-se que o transportador responderá apenas por dolo ou mesmo por culpa grave, que a ele se equipara. Foi desse raciocínio que veio a lume a Súmula 145 do STJ com a seguinte redação: “No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”.
- 2) Não se trata de contrato benéfico, por isso descabida a aplicação do art. 392 do CC, que deve sim ser aplicado a contratos de doação pura e comodato, por exemplo. Também não se trata de contrato de transporte, uma vez que, conforme salienta Cavalieri Filho: “aquele que oferece gratuitamente o transporte não pretende se vincular a uma vigilância tão severa quanto a daquele que presta o transporte remunerado; nem quem o aceita ou solicita pode exigir do transportador de cortesia os rigores da cláusula de incolumidade. O carona assume os riscos da viagem. Basta lembrar que o prestador do transporte gratuito não poderá ser acionado, com base no contrato, se não cumprir a promessa de transportar, ou se deixar de levar o carona ao seu destino em virtude de avaria no seu veículo, que o impediu de prosseguir viagem” (CAVALIERI FILHO, 2007). Nessa esteira, inclusive, a redação do art. 736, *caput*, do CC: “Não se subordina às normas do contrato de transporte o feito

gratuitamente, por amizade ou cortesia”. Daí que, se não há contrato benéfico, tampouco contrato de transporte, a solução reside no afastamento da responsabilidade contratual e objetiva. Desse modo, outra saída não resta que não seja aplicar a responsabilidade extracontratual ou aquiliana com fins no art. 186 do CC. Seria esse o posicionamento mais adequado, ao qual nos filiamos. Sobremaneira, em virtude de elucubrações outras que devem ser feitas, como, por exemplo, a situação em que ocorre um acidente em que o motorista por negligência atropela um pedestre e acaba por ferir o seu “carona”. Se aplicarmos o art. 392 do CC, o pedestre seria ressarcido posto a aplicação da responsabilidade extracontratual. Já o carona não se veria indenizado, uma vez que o motorista não operou com dolo ou culpa grave. Nesse momento, atentamos para a situação jurídica desfavorável do “carona” em relação ao pedestre, já que somente este último seria indenizado.

Fechamos a discussão levando em consideração a respeitável opinião de Flávio Tartuce ao analisar a Súmula 145 do STJ: “Entendemos que a súmula merece nova leitura, eis que não há necessidade de a culpa ser grave ou da presença de dolo. Presente a culpa, em qualquer grau, responderá aquele que deu a carona. O grau de culpa apenas serve para a fixação da indenização, inclusive por danos morais (arts. 944 e 945 do CC, teoria da causalidade adequada e teoria do risco concorrente, respectivamente)” (TARTUCE, 2006).

## **6.8 O transporte clandestino**

Há o transporte clandestino quando o passageiro ingressa às escondidas no transporte, em virtude de ludibriar a vigilância do transportador. Poder-se-ia, em caso de evento danoso, forçar a uma situação de transporte gratuito aplicando-se as suas consequências. Entretanto, não é o caso! Em verdade, o que houve foi culpa exclusiva da vítima, fato esse gerador da exclusão do nexos causal e, por conseguinte, da responsabilidade do transportador. Culpa exclusiva da vítima! Esse é o argumento para que o transportador afaste a sua responsabilidade. Não se configura, pois, o transporte gratuito, tampouco o transporte contratual. A clandestinidade, evidentemente, deverá ser provada por aquele que a alega, no caso o

transportador. Vale lembrar, outrossim, que poderá exsurgir a responsabilidade do transportador caso este tenha agido com omissão injustificável, havendo culpa concorrente.

## **7. Sobre o transporte de coisas**

O transporte de coisas em muito se assemelha ao transporte de pessoas; a diferença é o que será transportado. No transporte de coisa, o **transportador** se compromete a conduzir a determinado destino bens de uma pessoa denominada **expedidor ou remetente**, mediante o pagamento de determinada retribuição que será chamada de **frete**.

### **7.1 Direitos e obrigações do expedidor**

Dentre os direitos do expedidor ou remetente se encontram:

- a) Ter a coisa ou mercadoria entregue ao destinatário exato, no prazo avençado.
- b) Até a entrega da coisa, desistir do transporte e pedir a coisa de volta, ou ordenar seja entregue a outro destinatário, pagando, em ambos os casos, os acréscimos de despesa decorrentes da contraordem, mais as perdas e danos que houver.
- c) Ser indenizado em caso de perda, perecimento, avaria da coisa ou mercadoria entregue, bem como pelo injustificado atraso. Em havendo vários transportadores, o chamado transporte cumulativo, todos os transportadores responderão **solidariamente** pelo dano causado perante o remetente, ressalvada a apuração final da responsabilidade entre eles, de modo que o ressarcimento recaia, por inteiro, ou proporcionalmente, naquele ou naqueles em cujo percurso houver ocorrido o dano (art. 756, CC).

Quanto aos deveres do expedidor ou remetente, podemos mencionar:

- a) Caracterizar pela sua natureza, valor, peso e quantidade, e o mais que for necessário, a coisa entregue ao transportador para que não se confunda com outras, e indicar ao menos pelo nome e endereço.
- b) Pagar a retribuição (o frete) devida para o transporte.

### **7.2 Direitos e obrigações do transportador**

Quanto aos direitos do transportador, lembramos:

- a) Exigir que o remetente lhe entregue, devidamente assinada, a relação discriminada das coisas a serem transportadas, em duas vias, uma das quais, por ele devidamente autenticada, ficará fazendo parte integrante do conhecimento.
- b) Em caso de informação inexata ou falsa descrição no documento dada pelo expedidor, receber indenização pelo prejuízo que sofrer, devendo a ação respectiva ser ajuizada no **prazo de 120 dias**, a contar daquele ato, sob pena de decadência.
- c) Recusar a coisa cuja embalagem seja inadequada, bem como a que possa pôr em risco a saúde das pessoas ou danificar o veículo e outros bens.
- d) Desembarcadas as mercadorias, não dar aviso ao destinatário da chegada da coisa, se assim não foi convencionado, dependendo também de ajuste a entrega em domicílio. Constarão do conhecimento de embarque as cláusulas de aviso ou de entrega em domicílio.

Quanto às obrigações do transportador, importa notar:

- a) Ao receber a coisa a ser transportada, emitir conhecimento com a menção dos dados que a identifiquem, obedecido o disposto em lei especial.
- b) Recusar **obrigatoriamente** a coisa cujo transporte ou comercialização não sejam permitidos, ou que venha desacompanhada dos documentos exigidos por lei ou regulamento.
- c) Conduzir a coisa ao seu destino, tomando todas as cautelas necessárias para mantê-la em bom estado e entregá-la no prazo ajustado ou previsto.
- d) Solicitar imediatamente instruções ao remetente e zelar pela coisa, se o transporte não puder ser feito ou sofrer longa interrupção. Mais detalhes sobre os efeitos da interrupção do transporte serão tratados no item seguinte.

### ***7.3 A interrupção no transporte***

Já sabemos que, se o transporte não puder ser feito ou sofrer longa interrupção, o transportador imediatamente entrará em contato com o expedidor solicitando as instruções necessárias.

Se o impedimento continuar sem culpa do transportador e o expedidor não se manifestar quanto ao que deve ser feito, duas opções são abertas ao

transportador: depositar em juízo a coisa ou vendê-la, obedecidos os preceitos legais e regulamentares, ou os usos locais, depositando o valor.

Caso o impedimento para o transporte seja atribuível ao próprio transportador, diante da omissão do expedidor quanto ao que fazer acerca da guarda e conservação da coisa, o transportador poderá depositar a coisa em juízo por sua conta e risco, isto é, o depósito ocorrerá às suas expensas e somente poderá vendê-la se perecível.

Se o transportador mantiver a coisa depositada em seus próprios armazéns, continuará a responder pela sua guarda e conservação, sendo-lhe devida, porém, uma remuneração pela custódia, a qual poderá ser contratualmente ajustada ou se conformará aos usos adotados em cada sistema de transporte.

# Capítulo 17

## ◆ Do Contrato de Seguro

### 1. Noções introdutórias

Por meio do contrato de seguro, uma parte se obriga a garantir interesse legítimo de outra, relativo à pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados, mediante o pagamento de determinada retribuição que será denominada prêmio (art. 757, CC).

Em relação à menção aos riscos predeterminados, o **enunciado 370 do CJF** complementa: “Nos contratos de seguro por adesão, os riscos predeterminados indicados no art. 757, parte final, devem ser interpretados de acordo com os arts. 421, 422, 424, 759 e 799 do Código Civil e 1º, inc. III, da Constituição Federal”.

Em explicação cristalina, Vitor Kümpel esclarece: “Analisando o conceito, observa-se que o seguro é um contrato de garantia contra os riscos previstos, de forma que o segurado não os está transferindo para o segurador. Parte da doutrina alega que no seguro o segurado, mediante o pagamento de um prêmio, transfere à seguradora os riscos de uma determinada atividade, porém, não há essa transferência, uma vez que o segurado continua com a eventualidade de sofrer o sinistro, de forma que ninguém quer que aconteça o evento danoso. O interesse está no pagamento dos prejuízos. O objetivo fundamental é a cobertura” (KÜMPEL, 2005).

### 2. As partes no contrato de seguro

Aquele que assume a responsabilidade tendo que pagar a indenização em decorrência de evento futuro e incerto é denominado **segurador**. Por exigência legal, somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada (art. 757, parágrafo único, CC). Nada obstante, vale conferir o enunciado 185 do CJF: “A disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada

que impõem a contratação exclusivamente por meio de entidades legalmente autorizadas não impedem a formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão”.

A pessoa a qual tem o seu interesse garantido e a quem caberá o pagamento do prêmio é chamada de **segurado**.

### 3. Natureza jurídica

O contrato de seguro é **consensual** por ter o seu nascedouro com o simples consenso das partes; é **bilateral**, já que ao segurador cabe a obrigação de garantir interesse legítimo do segurado e a este cabe a obrigação de pagar o prêmio; é **oneroso** diante do sacrifício patrimonial sofrido por ambas as partes; é **de adesão**, uma vez que as cláusulas são impostas unilateralmente por uma das partes, cabendo à outra anuir a ele ou rechaçá-lo; e **aleatório**, uma vez que a prestação do segurador somente deverá ser cumprida se houver o sinistro em desfavor do segurado. Tanto é assim que, salvo disposição especial, o fato de não se ter verificado o risco, em previsão do qual se faz o seguro, não exime o segurado de pagar o prêmio.

### 4. Caracteres jurídicos

#### 4.1 A apólice

A comprovação do contrato de seguro se dá com a exibição da **apólice** ou do **bilhete do seguro**, e, na falta deles, por documento comprobatório do pagamento do respectivo prêmio.

A apólice somente será emitida após a realização de uma proposta escrita com a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco.

A apólice, ou o bilhete do seguro, poderá ser nominativa, à ordem ou ao portador, sendo que deverão ser mencionados os riscos assumidos, o prazo de sua validade, o limite da garantia e o prêmio respectivo, e, quando for o caso, o nome do segurado e o do beneficiário.

A **apólice nominativa** é aquela que apresenta o nome de todas as partes envolvidas e pode ser transmitida via cessão (art. 785, § 1º, CC).

A **apólice à ordem** é transmitida por endosso preto, datado e assinado pelo endossante e pelo endossatário (art. 785, § 2º, CC).

A **apólice ao portador** é transmitida por simples tradição. Em se tratando de seguro de pessoas, a apólice ou o bilhete não podem ser ao portador. Em explicação a essa regra, Adrianna de Alencar aduz que nesse caso “evita-se, portanto, a movimentação dos documentos representativos de seguros como se fossem moeda, na tentativa de coibir a prática de ilícitos que têm como mola mestra a negociação de apólices ou bilhetes de seguro. Por esta razão, os documentos devem ser nominativos, com a indicação do nome do beneficiário do seguro” (SANTOS, 2009).

## **4.2 O cosseguro e o resseguro**

O **cosseguro** ocorre quando várias seguradoras assumem a obrigação de cumprir com a garantia, cada qual respondendo por uma parte previamente determinada. Nesse caso, diante da presença de várias seguradoras, poderão existir várias apólices ou apenas uma na qual será indicada a seguradora que administrará o contrato e representará as demais seguradoras.

Não se pode confundir o cosseguro com o **resseguro**. O resseguro chega para absorver os riscos que ultrapassam a possibilidade assecuratória do segurador. Em nosso país, o órgão ressegurador é o Instituto de Resseguros do Brasil, que é uma sociedade de economia mista. Assim, também não se pode confundir o seguro com o resseguro. São figuras autônomas. O que ocorrerá é que o ressegurador receberá um percentual daquilo que foi pago ao segurado. Kümpel esclarece que: “O segurador é responsável perante o segurado, consistindo o resseguro na transferência de parte ou de toda a responsabilidade do segurador para o ressegurador, preservando-se a estabilidade da empresa seguradora. É o trespasse do risco de uma seguradora para outra, total ou parcialmente” (KÜMPEL, 2005).

## **4.3 A boa-fé no contrato de seguro**

Traço preponderante do contrato de seguro é a **boa-fé** tanto objetiva, quanto subjetiva, que deve orientar as partes contratantes. Tanto é assim que o art. 765 do CC estabelece: “O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e

veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”.

Nesse mote, a **veracidade** também se mostra como princípio basilar na figura negocial ora tratada. Destarte, é imprescindível que as informações prestadas pelo segurado sejam corretas, claras e precisas. Embora o art. 765 do CC mencione a necessidade de boa-fé apenas nas fases de conclusão e execução do contrato, complementa-se, todavia, que a boa-fé deverá estar presente nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Com sagacidade, acerca da necessidade de presença de boa-fé objetiva no contrato de seguro, Jones Figueiredo comenta: “Observa-se daí que o segurado e o segurador estão obrigados a preservar a boa-fé, a lealdade e a veracidade, assim a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes; todos os contratos, desenganadamente, devem respaldar-se na boa-fé e na honestidade, mas, no de seguro, sobleva a importância desse elemento, porque, em regra, funda-se precipuamente nas mútuas afirmações das próprias partes contratantes” (ALVES, 2005).

Em complemento, o artigo subsequente (art. 766, CC) impõe: “Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido”. Percebe-se com o dispositivo o nítido caráter punitivo incidente sobre o segurado que vilipendia o comportamento exigido pela boa-fé, tanto objetiva, quanto subjetiva, imprimindo grave represália ao segurado. Ex.: “A” vai celebrar um contrato de seguro de vida e omite doença preexistente gravíssima. Esse é o exemplo comumente mencionado nesse sentido. Em torno dele, surgiram discussões interessantes que culminaram na aprovação do **enunciado 372**, na IV Jornada de Direito Civil: “Em caso de negativa de cobertura securitária por doença preexistente, cabe à seguradora comprovar que o segurado tinha conhecimento inequívoco daquela”.

É o próprio parágrafo único do referido artigo que complementa o fito sancionador do legislador ao estabelecer: “Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio”. Ainda que o segurado não tenha agido com má-fé na transmissão

das informações equivocadas, mesmo assim o segurador terá direito a extinguir o contrato ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio.

#### ***4.4 O valor da indenização: a vedação ao sobresseguero***

Outra questão interessante é lembrar que o **valor da indenização** não pode ultrapassar ao do bem assegurado. Caso contrário, constituir-se-ia uma situação de **sobresseguero**, o que, em regra, é vedado. Tudo isso para que se evite o enriquecimento indevido do segurado. Com base nisso, eis a redação do art. 778 do CC: “Nos seguros de dano, a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato, sob pena do disposto no art. 766, e sem prejuízo da ação penal que no caso couber”.

Em se tratando de seguro de vida, a questão recebe enquadramento diverso. Como a vida não tem preço, tal regra não faria sentido. Assim, conforme o art. 789 do CC: “Nos seguros de pessoas, o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente, que pode contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse, com o mesmo ou diversos seguradores”.

#### ***4.5 A aplicação de legislação especial***

Insta salientar que existem vários seguros que são regidos por lei especial. Diante disso, não é outra a redação do art. 777 do CC: “O disposto no presente Capítulo aplica-se, no que couber, aos seguros regidos por leis próprias”.

Algumas leis especiais podem ser lembradas: Lei n. 4.518/64 (cuida do seguro social dos funcionários da Caixa Econômica Federal); Lei n. 6.194/74 (cuida do seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não – DPVAT); Lei n. 6.367/76 (cuida do seguro de acidente de trabalho a cargo do INSS); Lei n. 9.656/98 (cuida dos planos de saúde e seguros privados de assistência à saúde).

Vale lembrar ainda que, havendo relação de consumo, deverão ser aplicadas as regras do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

## 5. Do seguro de dano

O Código Civil disciplina o seguro de dano nos arts. 778 ao 788. Como dito alhures, a garantia prometida não poderá ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato (art. 778, CC). Evidencia-se aqui a necessidade de se afastar a possibilidade de enriquecimento ilícito por parte do segurado. Note-se, porém, que a responsabilidade do segurador é ampla e abrangente, uma vez que o art. 779 preceitua que “O risco do seguro compreenderá todos os prejuízos resultantes ou consequentes, como sejam os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano, ou salvar a coisa”. A norma é protetiva ao segurado. Vale acrescentar que, pelo art. 783 do CC, “salvo disposição em contrário, o seguro de um interesse por menos do que valha acarreta a redução proporcional da indenização, no caso de sinistro parcial”.

O art. 784 do CC apresenta uma causa excludente da garantia ao estabelecer que “não se inclui na garantia o sinistro provocado por vício intrínseco da coisa segurada, não declarado pelo segurado”. O parágrafo único do referido artigo conceitua o que deve ser considerado vício intrínseco: “Entende-se por vício intrínseco o defeito próprio da coisa, que se não encontra normalmente em outras da mesma espécie”.

No que tange a coisas transportadas, a vigência da garantia começa no momento em que as coisas são recebidas pelo transportador e cessa com a sua entrega ao destinatário (art. 780, CC).

O art. 781 do CC estabelece que: “A indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador”. A explicação do artigo pode se dar por meio de um exemplo: “A” faz um contrato de seguro para garantir o seu veículo contra danos. O valor do veículo à época em que o contrato foi celebrado é de 35 mil reais. Vimos que o valor consignado de proteção consubstanciado na apólice não poderá ultrapassar os 35 mil reais, conforme art. 778 do CC. O prazo de validade do seguro é de dois anos. Ao final do segundo ano, “A” se envolve em um acidente, isto é, ocorre o sinistro. Porém, nesse momento o carro já não vale mais os 35 mil reais consignados na apólice. Em virtude de ter saído de fabricação o modelo do veículo, o seu valor caiu vertiginosamente, o que resultou, ao cabo de dois anos, que o carro agora estava valendo 22

mil reais. A indenização a ser paga será de 22 mil reais, e não de 35 mil, por força do art. 781 do CC.

Jones Figueiredo Alves aduz interessante observação acerca do referido artigo: “Mas é preciso admitir e ponderar que, vindo o valor da indenização a ser menor do que aquele mensurado ao tempo do ajuste e fixado na apólice, o prêmio pago será superior ao aqui estabelecido pelo valor do interesse segurado no momento do sinistro, caso em que terá de ser reduzido, com a diferença acrescida ao pagamento indenizatório. Essa conciliação de interesses afigura-se corolário do princípio da eticidade que timbra o novo Código Civil, pois nenhuma das partes deve obter vantagem indevida em detrimento do patrimônio da outra” (ALVES, 2005).

A pluralidade de seguros incidentes sobre uma mesma coisa somente poderá ocorrer se cada um dos seguros entabulados não abranger integralmente o bem. Assim, se a coisa já está segurada em sua inteireza não poderá haver a celebração de novo seguro sobre o mesmo bem, sob pena de violação à limitação contida no art. 778 do CC. Ao revés, se o bem não é garantido em sua integralidade, outros seguros poderão ser estabelecidos até que se alcance a totalidade do bem. Será, então, um caso de **cosseguro**.

Nessa situação, o segurado deverá acatar o que diz o art. 782 do CC: “O segurado que, na vigência do contrato, pretender obter novo seguro sobre o mesmo interesse, e contra o mesmo risco junto a outro segurador, deve previamente comunicar sua intenção por escrito ao primeiro, indicando a soma por que pretende segurar-se, a fim de se comprovar a obediência ao disposto no art. 778”.

Ocorrido o sinistro, deve ser paga pela seguradora a devida indenização ao segurado. Porém o efeito seguinte é que, diante disso, a seguradora se sub-roga na posição do segurado, tomando para si todas as ações e direitos que o segurado tinha contra o causador do dano, nos limites do que foi pago a título indenizatório (art. 786, CC). Restará afastada a sub-rogação se o causador do dano for o cônjuge do segurado, seus descendentes ou ascendentes, consanguíneos ou afins, desde que não tenha havido emprego de dolo por parte destes (art. 786, § 1º, CC). Se outra fosse a solução legal, isto é, se o segurador pudesse se voltar contra essas pessoas, haveria uma

clara ofensa ao patrimônio da família do segurado, em clara contradição ao que o contrato de seguro inicialmente propunha.

Como o segurador se sub-roga na posição do segurado, qualquer ato do segurado no sentido de afastar essa sub-rogação será considerado ineficaz por força do art. 786, § 2º, do CC.

O Código Civil disciplina o **seguro de responsabilidade civil** em seu art. 787. Tal seguro se presta a garantir o ressarcimento de danos causados pelo segurado em relação a terceiros nos moldes dos arts. 186 e 187 do CC.

Para que haja o ressarcimento pago pela seguradora é necessário que o segurado, tão logo saiba das consequências de ato seu, suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia, comunique o fato ao segurador (§ 1º, art. 787).

O art. 787, § 2º, do CC estabelece: “É defeso ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador”. O presente dispositivo é severamente criticado por Tartuce, que argumenta: “Realmente esse dispositivo tem redação complicada no que tange à prática contratual. Primeiro porque afasta a possibilidade do segurado reconhecer a existência de culpa, o que é um direito personalíssimo, inafastável e intransmissível, nos termos do art. 11 do CC e do art. 1º, III, da CF/1988. Parece que foi descuido do legislador prever que esse reconhecimento depende da seguradora. Outro problema refere-se ao poder de transigir, o que é um direito inerente ao segurado. Sendo o contrato de adesão ou de consumo, há como afastar essa regra pois a parte contratual está renunciando a um direito que lhe é inerente, havendo infringência ao princípio da função social dos contratos em casos tais (art. 412 do CC), princípio este fundamentado na função social da propriedade (art. 5º, XXII e XXIII, da CF/1988). A mesma tese vale para a indenização direta, paga pelo segurado ao ofendido. Ora, trata-se, também, de um direito pessoal do segurado que não pode ser afastado” (TARTUCE, 2006).

Ainda sobre o § 2º do art. 787 do CC, foi aprovado o enunciado 373 do CJF com o seguinte teor: “Embora sejam defesos pelo § 2º do art. 787 do Código Civil, o reconhecimento da responsabilidade, a confissão da ação ou a transação não retiram ao segurado o direito à garantia, sendo apenas ineficazes perante a seguradora”.

Uma vez ajuizada ação contra o segurado, este deverá dar ciência ao segurador da lide (art. 787, § 3º, CC), o que será feito por meio de denúncia da lide. Caberá, ainda, se não manejada a denúncia da lide, uma ação de regresso contra a seguradora por parte do segurado.

Caso o segurador caia em insolvência, subsistirá a responsabilidade do segurado (art. 787, § 4º, CC). A regra em questão tenta promover, a todo o custo, a reparação do dano sofrido pela vítima.

É possível que o seguro de responsabilidade civil seja obrigatório, como acontece, por exemplo, com o DPVAT. Nesse caso o seguro será pago diretamente pelo segurador ao segurado, conforme preceitua o art. 788 do CC. Note que, ainda que o segurado não tenha pago o prêmio, o segurador demandado pela vítima não poderá opor a exceção do contrato não cumprido pelo segurado prevista no art. 476 do CC. Isto é, se o segurador for demandado pela vítima, não poderá se esquivar do pagamento sob a alegação de que o segurado causador do dano não pagou o prêmio. Nesse mote, o parágrafo único do art. 788 dispõe: “Demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório”. A parte final do dispositivo apresenta certa imprecisão técnica que gera confusões. Em verdade, a parte final do dispositivo não deveria ter mencionado “citação deste para integrar o contraditório”. O que caberia ao segurador seria a denúncia da lide em face do segurado para exercitar o direito de regresso.

## **6. Do seguro de pessoa**

### **6.1 O objeto do seguro de pessoa**

No seguro de pessoa protege-se o ser humano, a sua vida, a sua saúde e as suas capacidades. O seguro de pessoa é disciplinado no Código Civil, nos arts. 789 ao 802. Aqui se encontra, por exemplo, o seguro-saúde praticado pelos planos de saúde e regulado pela Lei n. 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde).

Como o valor da vida é inestimável, no seguro de pessoa o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente, que pode até contratar

mais de um seguro sobre o mesmo interesse (art. 789, CC); diferentemente do seguro de dano visto alhures.

Se a vida protegida pelo proponente for de um terceiro, deverá o segurado justificar o motivo de tal interesse. Há presunção *iuris tantum*, porém, de interesse de salvaguardar a vida alheia em se tratando de cônjuge, ascendente ou descendente do proponente (art. 790, parágrafo único, CC). A essas informações acresça-se o estabelecido no **enunciado 186 do CJF**: “O companheiro deve ser considerado implicitamente incluído no rol das pessoas tratadas no art. 790, parágrafo único, por possuir interesse legítimo no seguro da pessoa do outro companheiro”.

É lícita ao segurado a modificação do beneficiário por ato unilateral de vontade, se não tiver renunciado a tal direito. Havendo a substituição do beneficiário, deverá ocorrer a imediata comunicação ao segurador, sob pena de ser considerado válido o pagamento feito ao beneficiário primitivo (art. 791, CC).

No seguro de vida, o segurado deverá escolher quem ele pretende que venha a receber o capital segurado. O segurado está livre para proceder a esta escolha, não estando adstrito à ordem de vocação hereditária, podendo, inclusive, preterir parentes muito próximos.

Porém, pode ser que o segurado não proceda a essa nomeação de início, fazendo-o no futuro. Se o beneficiário não nomeia ninguém ou, então, indicando determinada pessoa, por algum motivo não prevalecer tal nomeação, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária. Na falta dessas pessoas, serão beneficiários os que provarem que a morte do segurado os privou dos meios necessários à subsistência (art. 792, CC).

Inclusive, é válida a instituição do companheiro como beneficiário, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente ou já se encontrava separado de fato (art. 793, CC). A disposição mencionada, por evidente, homenageia a união estável como forma de constituição familiar e caminha em sintonia com a previsão constitucional.

## **6.2 O capital segurado**

O capital segurado é impenhorável; sendo assim, não pode responder pelas dívidas do segurado. Então, quando o segurado falecer, ainda que este deixe dívidas, essas dívidas não poderão ser satisfeitas com o capital segurado. Ademais, o capital segurado não pode ser considerado herança. É o que dispõe o art. 794 do CC.

Ao comentar a disposição, Jones Figueiredo Alves preleciona: “Trata-se de previsão legítima e razoável, ou, por que não dizer, inteiramente lógica. Ora, a inclusão do montante, estipulado no seguro, no acervo hereditário, colocando o beneficiário, quanto a essa estipulação, em igualdade de condições com os demais herdeiros, representaria um verdadeiro contrassenso. É que, se o segurado almeja privilegiar o beneficiário, com a antedita estipulação, este passaria a repousar numa situação assaz desvantajosa, à medida que concorreria com todos os herdeiros do segurado para receber o prêmio, desvirtuando, por completo, a essência da doação” (ALVES, 2005).

Uma vez falecido o segurado, de maneira alguma poderá haver negociações entre a seguradora e o beneficiário que promovam a redução de pagamento do capital segurado ao beneficiário. Qualquer disposição nesse sentido será considerada nula de pleno direito. Isso porque é absolutamente inconcebível a pretensão de se modificarem as regras do jogo com o jogo em andamento. Em conclusão, o que foi acordado entre a seguradora e o segurado deverá ser cumprido. Nesse mote, o art. 795 do CC preceitua: “É nula, no seguro de pessoa, qualquer transação para pagamento reduzido do capital segurado”.

**Prêmio** é a contraprestação que o segurado paga à seguradora para que esta garanta o pagamento de indenização ao beneficiário. O pagamento do prêmio poderá ser feito durante um prazo determinado ou por toda a vida do segurado, caso esse em que será considerado vitalício.

O Código Civil autoriza o desfazimento do vínculo contratual caso haja o inadimplemento em relação ao prêmio, com a restituição da reserva já formada, ou a redução do capital garantido proporcionalmente ao prêmio pago (art. 796, parágrafo único, CC).

### ***6.3 Seguro de vida: caso de morte ou caso de vida***

O seguro de vida poderá ser feito para o caso de morte ou para o caso de vida. Tal informação parece uma contradição, a qual explicamos a seguir. Será para o caso de morte quando o beneficiário somente vier a merecer a indenização em virtude do falecimento do segurado. De outro lado, quando dizemos que o seguro de vida também poderá se dar para o caso de vida, aventamos a questão de o segurado, por exemplo, sofrer algum acidente ou incapacidade e permanecer vivo. Note que é a sobrevivência do segurado que justifica o pagamento da indenização.

Para o seguro de vida para o caso de morte, o art. 797 do CC estabelece que é lícito estipular-se um **prazo de carência**, durante o qual o segurador não responde pela ocorrência do sinistro. A disposição é claramente protetiva ao segurador, e a razão é óbvia. Tenta-se aqui evitar que a má-fé do segurado, respaldada em eventos premeditados, consuma com a sua própria vida em benefício de outrem que viria a receber a indenização. Assim, o prazo de carência seria um período pelo qual, ainda que sobrevenha o falecimento do segurado, a seguradora não estaria obrigada a pagar a indenização ao beneficiário. É claro que, todavia, seria devida restituição ao beneficiário do montante da reserva técnica que já foi formada (art. 797, parágrafo único, CC).

## **6.4 O suicídio do segurado**

Tema da mais alta complexidade no contrato de seguro é afeto à questão do **suicídio do segurado**.

Até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, prevalecia quanto ao tema o disposto em duas súmulas editadas pelos Tribunais Superiores, a seguir transcritas:

Súmula 61, STJ: “O seguro de vida cobre morte por suicídio não premeditado”.

Súmula 105, STF: “Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro”.

Quando as súmulas se referiam à premeditação do suicídio, elas estavam a se referir à situação em que o sujeito contratava o seguro com a intenção de se suicidar. Na cátedra de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona

Filho encontramos a seguinte explicação: “a premeditação a que se refere a jurisprudência, em nosso sentir, é dotada de maior dimensão, ou seja, implica a existência de um plano prévio de suicídio que insere a pactuação do seguro como um dos seus elementos de realização: celebra-se o contrato já visando a permitir o amparo das pessoas vinculadas afetiva ou economicamente ao suicida” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008).

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, tenta-se afastar a discussão quanto à premeditação do suicida com o seguinte dispositivo: “O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente” (art. 798, CC).

O dispositivo é claro e protege as seguradoras diante da **morte voluntária do segurado** nos primeiros dois anos de contrato. Note que nesse caso não será devida indenização ao beneficiário. Entretanto, se o **suicídio** ocorrer após o decurso do lapso temporal citado, o beneficiário fará jus sim ao pagamento da indenização, sendo nula qualquer cláusula contratual que afaste esse preceito (art. 798, parágrafo único, CC).

Ampliando a questão, exsurge o enunciado 187 do CJF com o seguinte teor: “No contrato de seguro de vida, presume-se, de forma relativa, ser premeditado o suicídio cometido nos dois primeiros anos de vigência da cobertura, ressalvado ao beneficiário o ônus de demonstrar a ocorrência do chamado ‘suicídio involuntário’”.

Em explicação ao enunciado podemos dizer que o **suicídio involuntário** é aquele que se opõe ao **suicídio premeditado**. Considerando assim, o referido enunciado amplia a questão, trazendo a possibilidade de o beneficiário vir a receber a indenização mesmo para o caso de suicídio ocorrido no lapso temporal dos dois anos iniciais do contrato, desde que o beneficiário consiga provar que o seguro foi celebrado, mas sem nenhuma intenção por parte do segurado de suprimir a sua vida, o que se deu em momento posterior de desespero que o levou a praticar o suicídio.

## ***6.5 A responsabilidade da seguradora em caso de morte do segurado em atividade arriscada***

Outro ponto relevante é lembrar que o segurador não pode eximir-se ao pagamento do seguro, ainda que da apólice conste a restrição, se a morte ou a incapacidade do segurado provier da utilização de meio de transporte mais arriscado, da prestação de serviço militar, da prática de esporte, ou de atos de humanidade em auxílio de outrem (art. 799, CC). Exemplo oportuno é apresentado por Tartuce: “Nelson celebra um contrato de seguro de vida inteira constando a sua esposa, Maria, como beneficiária. O segurado é lutador de capoeira, dedicando-se à prática do esporte três vezes por semana. Um certo dia, por um acidente, Nelson recebe um chute na cabeça vindo a falecer. Mesmo nesse caso, haverá responsabilidade da seguradora pelo sinistro devendo a indenização ser paga a Maria” (TARTUCE, 2006).

## **6.6 A impossibilidade de sub-rogação da seguradora**

Ao revés do seguro de danos, a seguradora não poderá se sub-rogar nos direitos e ações do segurado, ou do beneficiário, contra o causador do sinistro (art. 800, CC). É evidente que o direito de acionar o causador do sinistro deve permanecer nas mãos do segurado ou beneficiário, não sendo transferido à seguradora.

## **6.7 O seguro em grupo ou coletivo**

É possível que seja realizado o chamado **seguro em grupo ou coletivo**. Para essa modalidade de seguro o art. 801 do CC estabelece: “O seguro de pessoas pode ser estipulado por pessoa natural ou jurídica em proveito de grupo que a ela, de qualquer modo, se vincule”.

Nesse caso, para que haja a modificação da apólice em vigor será necessária a anuência expressa de segurados que representem três quartos do grupo, conforme prevê o § 2º do art. 801 do CC. O que se objetiva aqui é preservar a estabilidade contratual. Mas vale asseverar o que propugna o enunciado 375 do CJF: “No seguro em grupo de pessoas, exige-se o quórum qualificado de 3/4 do grupo, previsto no § 2º do art. 801 do Código Civil, apenas quando as modificações impuserem novos ônus aos participantes ou restringirem seus direitos na apólice em vigor”.

Nesse contrato participará a seguradora, o estipulante e os segurados. Assim, embora o estipulante seja o único responsável para com o segurador

pelo cumprimento de todas as obrigações contratuais, ainda assim, o estipulante não poderá ser demandado pelos segurados, uma vez que ele não representa o segurador.

### ***6.8 A irresponsabilidade da seguradora em relação a tratamentos médicos ou gastos hospitalares***

Por fim, ressalte-se que não se compreende dentre as obrigações da seguradora a de arcar com o pagamento de despesas hospitalares ou de tratamento médico, nem o custeio das despesas de luto e de funeral do segurado (art. 802, CC). É que a interpretação do contrato deverá ser restritiva, não obrigando a seguradora a arcar com despesas não avençadas no instrumento contratual.

## **7. Direitos e obrigações do segurador**

Dentre as obrigações do segurador, podemos enumerar:

- a) Ocorrendo o sinistro, indenizar o segurado no prazo de 10 a 30 dias da entrega de toda a documentação necessária. A mora do segurador em pagar o sinistro obriga à atualização monetária da indenização devida segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, sem prejuízo dos juros moratórios.
- b) Arcar com as despesas de salvamento consequente ao sinistro, até o limite do prazo fixado no contrato.
- c) Pagar em dinheiro o prejuízo resultante do risco assumido, salvo se convencionada a reposição da coisa.
- d) Não expedir a apólice se souber que o risco de que o segurado pretende se cobrir não mais existe. Nesse caso, se, mesmo assim, o segurador expedir a apólice deverá pagar em dobro o prêmio estipulado ao segurado (art. 773, CC). Isso se justifica uma vez que a boa-fé exigida deverá ser de ambas as partes contratantes.

Quanto aos direitos do segurador, podem ser enumerados:

- a) Receber o prêmio ajustado na data avençada.
- b) Não ter o prêmio reduzido se houver redução do risco durante o contrato, salvo estipulação em sentido contrário ou se a redução for

considerável.

- c) No seguro à conta de outrem, o segurador pode opor ao segurado quaisquer defesas que tenha contra o estipulante, por descumprimento das normas de conclusão do contrato, ou de pagamento do prêmio. Nota-se claramente uma atenuação ao princípio da relatividade dos efeitos de um contrato, uma vez que ao segurador é dado o direito de alcançar a pessoa do segurado, uma vez presentes quaisquer defesas contra o estipulante.
- d) Se houver agravamento do risco comunicado ao segurador, este poderá, nos 15 dias seguintes ao recebimento do aviso de agravamento do risco que se deu sem culpa do segurado, resolver o contrato dando ciência por escrito ao segurado de sua decisão (art. 769, § 1º, CC); sendo que a resolução só será eficaz 30 dias após a notificação ao segurado, devendo ser restituída pelo segurador a diferença do prêmio. Note que o referido artigo utiliza o termo “resolver”, quando o mais adequado seria “resilir”, uma vez que não houve inadimplemento contratual por nenhuma das partes.

## 8. Direitos e obrigações do segurado

As obrigações do segurado são:

- a) Prestar informações claras, precisas e exatas.
- b) Cumprir com o pagamento do prêmio na data avençada, uma vez que não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação (art. 763, CC). Acerca dessa consequência Tartuce promove a seguinte crítica: “Ora, a norma entra em conflito com a tese do adimplemento substancial (*substance performance*), que vinha normalmente sendo aplicada pelos nossos Tribunais, inclusive pelo STJ, nos casos de pagamento quase integral pelo segurado” (TARTUCE, 2006). É evidente que a aplicação do art. 763 do CC sem os devidos temperamentos conduzirá a situações de clara injustiça. Imagine a situação em que o seguro parcele o prêmio a pagar em cinco prestações. Pagas as quatro parcelas iniciais, estando em mora em relação à quinta parcela, ocorre o sinistro. Se aplicássemos secamente a redação do art. 763 do CC, o segurado não teria direito a nada. É isso que propõe o art. 763 do CC pela sua literalidade. Porém,

não é assim que os Tribunais têm decidido, em clara homenagem à **teoria do adimplemento substancial**, ao princípio da **função social dos contratos** e ao princípio da **boa-fé objetiva**. Além disso, vale concluir a questão com o **enunciado 371 do CJP**: “A mora do segurado, sendo de escassa importância, não autoriza a resolução do contrato, por atender ao princípio da boa-fé objetiva”. Em verdade, a resolução do contrato somente poderia ocorrer diante de prévia interpelação (**enunciado 376, CJP**).

- c) Não agravar o risco objeto do contrato, sob pena de perder o direito à garantia.
- d) Comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé.
- e) Comunicar o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomar as providências imediatas para minorar-lhe as consequências, sob pena de perder o direito à garantia (art. 771, CC). A disposição está em plena sintonia com a **teoria *duty to mitigate the loss***, decorrente da **boa-fé objetiva**, que preceitua que é dever do credor atenuar o seu prejuízo (**enunciado 169, CJP**).

Quanto aos direitos do segurado, podem ser mencionados:

- a) Havendo o sinistro, receber em dinheiro o prejuízo resultante do risco assumido, salvo se convencionada a reposição da coisa.
- b) Salvo estipulação em sentido contrário, se a redução do risco for considerável, o segurado poderá exigir a revisão do prêmio, ou a resolução do contrato. Embora o artigo mencione o termo “resolução”, fique claro que a terminologia correta não seria resolução, já que não houve inadimplemento, mas sim resilição.

## Capítulo 18

### ◆ Do Contrato de Constituição de Renda

#### 1. Noções introdutórias

No Código Civil de 1916, a constituição de renda era tratada como contrato e como direito real sobre coisa alheia. No Código Civil de 2002, há um afastamento do instituto da esfera dos direitos reais, atribuindo-lhe natureza meramente contratual.

O contrato de constituição de renda é a figura negocial pela qual uma pessoa, denominada rendeira, censuária, censatária ou devedora, obriga-se ao pagamento de determinada renda periódica a outra, que será chamada de instituidora, censuísta, censuente ou credora, durante um lapso temporal ou vitaliciamente.

#### 2. A constituição de renda sob outro prisma

O conceito mencionado no item anterior decorre da breve leitura do art. 803 do CC. É importante perceber, porém, que tal conceituação se refere ao contrato de constituição de renda realizado de forma gratuita. Ex.: “A” se obriga perante “B” a mensalmente pagar a este a importância de R\$ 2.000,00, pelos próximos dois anos. Trata-se, por evidente, de contrato gratuito, uma vez que apenas “A”, que é a figura do rendeiro, sofrerá sacrifício patrimonial.

A outro giro, é possível visualizar a constituição de renda de outra maneira. Imagine que uma pessoa transfira um bem seu a outra para que esta última se obrigue ao pagamento de uma importância mensal ao primeiro ou a um terceiro. Note que nesse caso também houve a constituição de renda, porém essa manifestou de maneira onerosa, já que é fácil perceber que ambas as partes estão sofrendo sacrifícios patrimoniais.

Exemplificando a constituição de renda onerosa, vale o texto do mestre Sílvio Venosa: “O perfil da previdência privada em nosso país, tendo em

vista a insuficiência dos planos oficiais, abre novas possibilidades à constituição de renda vitalícia, colocando à disposição de um segmento específico da população esse contrato mediante a entrega prévia de um capital. Em vez de o interessado contribuir periodicamente durante certo tempo para usufruir ao final uma pensão, pode optar pela consignação de um capital, usufruindo imediatamente o benefício vitalício” (VENOSA, 2010).

Compreendido que a constituição de renda poderá ocorrer a título oneroso, oportuna se torna a redação do art. 809 do CC: “Os bens dados em compensação da renda caem, desde a tradição, no domínio da pessoa que por aquela se obrigou”.

É de se notar que, quando o instituidor transfere bens ao rendeiro, este último se torna proprietário de tais bens. Além disso, quando o referido dispositivo menciona a palavra “tradição”, a interpretação deverá se dar de maneira ampla a abarcar tanto a tradição propriamente dita, que se opera em relação aos bens móveis, como a tradição solene, que se traduz no registro, aplicável aos bens imóveis.

Em se tratando de contrato oneroso, nada impede que o instituidor venha a exigir do rendeiro que lhe preste garantia, que poderá ser real ou fidejussória (art. 805, CC). Como o instituidor sofreu grave sacrifício patrimonial, a lei lhe faculta a possibilidade de exigir ampla proteção para si. Tal proteção se materializará por meio da constituição de certa garantia. Essa poderá ser de cunho real, quando, por exemplo, o rendeiro hipoteca determinado bem para a garantia do cumprimento contratual, ou então a garantia poderá ser fidejussória, que se trata de garantia de natureza pessoal, quando, por exemplo, o rendeiro disponibiliza alguém que afiance ao credor o cumprimento da obrigação.

### 3. Natureza jurídica

O contrato de constituição de renda, como explanado no item anterior, poderá ser **gratuito** ou **oneroso**. De igual modo, poderá ser **unilateral** ou **bilateral**. Ademais, trata-se de contrato de **execução futura continuada**, uma vez que o seu cumprimento ocorrerá no futuro por meio de subvenções periódicas.

Por fim, ressalte-se que o contrato de constituição de renda deve ser considerado **formal**, na medida em que o art. 807 do CC impõe que a constituição de renda requer escritura pública. Todavia, a questão não é pacífica. Para Flávio Tartuce, “esse dispositivo somente será aplicado para os casos envolvendo bens imóveis com valor superior a trinta salários mínimos, diante do que consta do art. 108 do CC” (TARTUCE, 2006).

#### **4. A possibilidade de inserção de cláusulas restritivas de direito**

Sobre a forma gratuita de celebração do referido contrato, o art. 813 do CC preceitua: “A renda constituída por título gratuito pode, por ato do instituidor, ficar isenta de todas as execuções pendentes e futuras”.

O referido artigo cuida inegavelmente de **cláusula de impenhorabilidade** que pode ser constituída pelo instituidor. É evidente, porém, que para que tal cláusula assumira força contra terceiros é imprescindível o seu registro. Inclusive, se já houver penhora que objetive a excussão do bem, o registro da cláusula superveniente não terá o condão de abater a penhora já existente.

Dúvida remanesce, entretanto, quanto à possibilidade de inserção de **cláusula de inalienabilidade** ou de **incomunicabilidade**, uma vez que o referido artigo faz menção apenas à possibilidade de inserção de cláusula de impenhorabilidade.

Iluminando a questão, Glauber Moreno Talavera esclarece: “Não obstante o artigo não colacionar a possibilidade de instituição de cláusula de inalienabilidade, é possível que o instituidor se utilize dela, tornando o imóvel, além de impenhorável, também inalienável, porquanto a cláusula de inalienabilidade é mais ampla do que a de impenhorabilidade, abarcando os efeitos próprios desta e, nesses termos, suprimindo a necessidade de cumulação de cláusulas instituídas sobre um mesmo imóvel. Nesse mister, havemos de considerar, ainda, a possibilidade de instituição de cláusula de incomunicabilidade a incidir sobre o bem” (TALAVERA, 2009).

#### **5. A duração do contrato de constituição de renda**

A concessão de renda ao credor será operada durante determinado lapso temporal previsto no contrato. Pode ser ainda que o contrato estipule que a concessão de renda seja vitalícia em benefício do credor ou de um terceiro. Essa última manifestação é chamada por alguns de constituição de renda vitalícia.

Caso haja o falecimento do rendeiro – o devedor –, a obrigação se estende em relação aos seus herdeiros, dentro das forças da herança, e não foi sem razão que o art. 806 do CC estabeleceu que o contrato de constituição de renda poderia ultrapassar a vida do devedor.

O limite, há de se notar, no entanto, é a **vida do credor**, seja ele o próprio contratante (o instituidor) ou um terceiro. É que se trata de contrato eminentemente **personalíssimo**.

Posto isso, vale a leitura do art. 806 do CC: “O contrato de constituição de renda será feito a prazo certo, ou por vida, podendo ultrapassar a vida do devedor, mas não a do credor, seja ele o contratante, seja terceiro”.

Ademais, é nula a constituição de renda em favor de pessoa já falecida, ou que, nos 30 dias seguintes, vier a falecer de moléstia de que já sofria, quando foi celebrado o contrato (art. 808, CC). Trata-se de imposição de nulidade absoluta expressa.

Não se pode confundir o que fora dito com a situação de falecimento do credor (o instituidor) e o desconhecimento do óbito por parte do devedor (o rendeiro). Nesse caso, a constituição de renda foi válida e produziu seus regulares efeitos até o óbito do credor. Com a morte do credor, se outrem veio a receber as rendas, restará constituída clara situação de pagamento indevido que resultará na devolução ao rendeiro dos valores que foram pagos indevidamente.

Voltando à redação do art. 808 do CC, é importante perceber que, se for celebrado o contrato e o credor vier a falecer de moléstia de que já sofria nos 30 dias seguintes, será caso de nulidade. Ressalte-se que, por interpretação literal do dispositivo, a nulidade restará configurada somente se a pessoa vier a falecer em virtude de patologia já preexistente. O que queremos dizer é que se o contrato tiver sido celebrado e, posteriormente, houver o falecimento do credor por doença superveniente, não será caso de nulidade. Do mesmo modo, não será caso de nulidade se o falecimento se der por outro motivo, por exemplo, velhice, acidente ou um funesto parto.

## 6. Efeitos jurídicos

Uma vez celebrado o contrato de constituição de renda, o rendeiro se torna obrigado ao cumprimento de prestações periódicas em relação ao instituidor ou em relação a um terceiro.

O credor poderá ser o próprio instituidor ou um terceiro que será designado de beneficiário. O credor adquirirá o direito à renda dia a dia, se a prestação não houver de ser paga adiantada, no começo de cada um dos períodos prefixos. Essa é a previsão do art. 811 do CC. Trata tal artigo de determinar a partir de quando surge a exigibilidade do credor.

Se o rendeiro, ou censuário, deixar de cumprir a obrigação estipulada, poderá o credor da renda acioná-lo, tanto para que lhe pague as prestações atrasadas como para que lhe dê garantias das futuras, sob pena de rescisão do contrato (art. 810, CC).

Se a renda tiver sido constituída em benefício de duas ou mais pessoas, sem determinação da parte de cada uma, entende-se que os seus direitos são iguais; e, salvo estipulação diversa, não adquirirão os sobreviventes direito à parte dos que morrerem (art. 811, CC). Revela-se nesse caso a vedação ao direito de acrescer. É que, se não houver disposição expressa no contrato em sentido contrário, um beneficiário não poderá adquirir o direito à renda do outro beneficiário em razão de seu falecimento.

## Capítulo 19

### ◆ Do Contrato de Jogo e Aposta

#### 1. Noções introdutórias

O Código Civil cuida do jogo e da aposta em um mesmo capítulo, nos arts. 814 ao 817. Porém, deve-se salientar que existe diferença entre esses dois contratos.

No jogo, duas ou mais pessoas se dedicam a uma mesma atividade, buscando cada qual a obtenção do êxito. Aquela que conseguir vencer às demais receberá determinada retribuição.

Na aposta, duas ou mais pessoas com opiniões diversas se vinculam a pagar determinada retribuição àquela cuja opinião sobressair.

#### 2. Natureza jurídica

Tanto o jogo como a aposta são considerados contratos **bilaterais** e **onerosos**. Esse é o entendimento que prevalece na doutrina. Porém, em sentido contrário, vale conferir a percuciente opinião de Kümpel: “Muito embora existam duas vontades, só há, em princípio, prestação para o perdedor, que deve efetuar o pagamento. Não há sacrifício patrimonial para ambas as partes, já que apenas uma cumpre encargo. Pode ocorrer, no caso do jogo, uma bilateralidade, na medida em que o jogador venha a pagar um determinado preço para ter ou não a contraprestação da outra parte, como nos casos das loterias. Embora parte da doutrina entenda que contrato é sempre bilateral, o entendimento acima exarado parece ser o mais razoável” (KÜMPEL, 2005).

Além disso, os contratos de jogo e aposta são aleatórios, uma vez que o risco é inerente a sua essência. Chegar a tal conclusão não é problema. O problema, na verdade, é preexistente a isso. Esclarecemos. É que, embora o Código Civil tenha situado o jogo e a aposta no título que cuida das várias

espécies de contrato, ainda pairam dúvidas sobre se o jogo e a aposta seriam realmente contratos.

Capitaneando posicionamento no sentido de que o jogo e a aposta não devem ser considerados contratos, encontra-se Sílvia Rodrigues com as seguintes palavras, “se o jogo e a aposta fossem um contrato, seriam espécie do gênero ato jurídico, gerando, por conseguinte, os efeitos almejados pelos contratantes. Se isso ocorresse, seria justa a sua disciplinação entre os contratos. Todavia, tanto o jogo ilícito quanto a aposta não são atos jurídicos, visto que a lei lhes nega efeitos dentro do campo do direito. Assim, não podem ser enfileirados entre os negócios jurídicos e, por conseguinte, entre os contratos” (RODRIGUES, 2002).

Entretanto o que prevalece na doutrina é o posicionamento contrário, no sentido de que o jogo e a aposta possuem sim natureza contratual. O argumento preponderante é que a limitação dos efeitos não pode ser considerada elemento capaz de desnaturar tais figuras como contratos, já que a base necessária, que é o acordo de vontades com fins na autonomia privada de cada um, essa é irrefutável. Portanto, são contratos, sim!

### **3. Classificação dos jogos**

Um jogo pode se manifestar no cenário jurídico existente de três maneiras:

#### **3.1 Jogos proibidos**

São os jogos ilícitos, aqueles em que prepondera o azar. Infringem a Lei de Contravenção Penal (Decreto-lei n. 3.688/41), em seu art. 50. Exs.: o jogo de bicho, a roleta etc.

#### **3.2 Jogos tolerados**

São aqueles que a lei não proíbe expressamente. Na verdade, embora não sejam proibidos, não são bem-vistos pela sociedade como um todo. Trata-se de jogo que depende de sorte e também da habilidade do jogador. Ex.: a prática do carteadado entre amigos.

#### **3.3 Jogos permitidos**

São aqueles autorizados por lei e que de alguma maneira apresentam algum interesse para a sociedade, seja porque trazem algum benefício a quem os pratica ou para o próprio Estado. Exs.: jogos promovidos por loterias oficiais, como a loteria esportiva.

Diante da classificação aventada, urge conhecer os **efeitos jurídicos** da prática de cada um daqueles jogos.

Para os **jogos proibidos** e para os **tolerados**, as dívidas decorrentes de sua prática não obrigam ao pagamento. Portanto, ainda que se aufera algum êxito, por exemplo, em um jogo que seja tolerado, o ganhador não poderá exigir do perdedor qualquer pagamento. Trata-se daquilo que se convencionou chamar de obrigações naturais ou imperfeitas. Nessas obrigações, existe apenas o elemento débito ou *schuld*, prescindindo do elemento responsabilidade ou *haftung*.

Explicamos. É que prevalece em nosso ordenamento a concepção imposta pela teoria dualista ou binária, de origem alemã, por meio da qual a obrigação é concebida por uma relação de débito e responsabilidade.

Por débito ou *schuld* deve-se compreender a dívida e também o dever de pagá-la. Caso haja o pagamento espontâneo da dívida, a obrigação se exaure aqui. Porém, se não houver o cumprimento da obrigação, exsurge um segundo elemento que é a responsabilidade ou *haftung*. A responsabilidade repousará exatamente na possibilidade de o credor invadir o patrimônio do devedor para se satisfazer.

A obrigação que admite a existência desses dois rudimentos, o débito e a responsabilidade (por sinal, a maioria das obrigações), denomina-se obrigação civil ou perfeita. Isto é, há a dívida, o dever de adimpli-la, e, caso não ocorra o adimplemento espontâneo da obrigação, o credor autorizado está a penetrar no patrimônio do devedor para seu ressarcimento. Por outro lado, é possível também a existência de uma obrigação em que somente o débito se faça presente. A esse tipo de obrigação se denomina obrigação natural ou imperfeita. Seria, por exemplo, o caso de uma dívida prescrita ou uma dívida de jogo tolerado, hipóteses em que encontramos o dever de se pagar uma dívida que um dia se originou; porém, em não havendo este pagamento, outra saída não resta ao credor, não podendo, pois, invadir o patrimônio do devedor para a sua satisfação.

Note ainda que, se há pagamento espontâneo de uma dívida de jogo, não poderá ser exigida a devolução de tal pagamento, exatamente em virtude da existência do elemento débito. Trata-se de clara previsão de **irrepetibilidade**.

Duas serão as exceções a essa regra:

- 1<sup>a</sup>) Se o jogo tiver sido ganho por dolo do jogador. É que o artifício malicioso do jogador afasta a álea, elemento esse inerente a qualquer jogo. Desse modo, aquele que pagou pode reaver o que houver pago.
- 2<sup>a</sup>) Se o perdedor é menor ou interdito. Mais uma vez a legislação civil não descarta do devido cuidado destinado àqueles que precisam. Se o jogador for um incapaz, se ele tiver procedido ao pagamento, pode também reaver aquilo que pagou.

A inexigibilidade de cobrança de pagamento das dívidas de jogos proibidos e tolerados estende-se a todos os negócios afetos à dívida do jogo, como uma novação ou a configuração fiança. Na verdade, a celebração de tais negócios remeteria ao vício de simulação, uma vez que há a prática de um negócio para encobrir outro, sendo assim seriam considerados negócios nulos.

Evidente, porém, que como **terceiros de boa-fé** não têm conhecimento da origem viciada do crédito, a eles não poderá ser oposta tal nulidade. Essa informação está presente na parte final do § 2º do art. 814 do CC, que se encontra em plena sintonia com o § 2º do art. 167 do CC.

Confira, então, a redação do *caput* do art. 814 do CC: “As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito”. E o seu § 1º: “Estende-se esta disposição a qualquer contrato que encubra ou envolva reconhecimento, novação ou fiança de dívida de jogo; *mas a nulidade resultante não pode ser oposta ao terceiro de boa-fé*” (grifamos).

Em se tratando de **jogos permitidos**, é evidente que assiste ao vencedor o direito de exigir o que lhe cabe. Como se trata de jogo autorizado por lei, a atividade do jogador se torna digna de tutela, diferente da atividade do jogador de jogos proibidos ou tolerados, já que ambos são malvistas pelo ordenamento jurídico.

## **4. A inexigibilidade do que foi emprestado para o jogo ou a aposta**

O art. 815 do CC estabelece que: “Não se pode exigir reembolso do que se emprestou para jogo ou aposta, no ato de apostar ou jogar”. O artigo trata exatamente da situação em que o jogador envolvido e inebriado pela jogatina solicita empréstimo do outro jogador para dar continuidade ao seu infortúnio. É claro que, nesse caso, aquele que procedeu ao empréstimo nada poderá exigir da outra parte.

Não se pode confundir o que foi descrito acima e o próprio art. 815 do CC com a situação em que uma pessoa pede a outra dinheiro emprestado e, posteriormente, vem a se envolver com o jogo ou a aposta. Há de se notar que nesse caso a dívida contraída é preexistente, e aquele que emprestou irá merecer o pagamento.

De igual modo, qualquer quantia obtida a título de empréstimo para o pagamento de dívidas de jogo ou aposta também deverá ser paga e pode ser exigida judicialmente. Nesse caso, o jogador obteve o empréstimo depois de consumado o infortúnio no jogo ou na aposta, e não no ato de apostar ou jogar.

## **5. Contratos sobre títulos da bolsa, mercadorias e valores**

As regras jurídicas até aqui mencionadas em relação ao contrato de jogo e aposta não são extensíveis aos contratos sobre títulos da bolsa, mercadorias e valores, embora todos os casos estejam envolvidos pela álea inerente ao negócio. É o que dispõe o art. 816 do CC: “As disposições dos arts. 814 e 815 não se aplicam aos contratos sobre títulos de bolsa, mercadorias ou valores, em que se estipulem a liquidação exclusivamente pela diferença entre o preço ajustado e a cotação que eles tiverem no vencimento do ajuste”.

Conforme bem explica Carvalho de Mendonça: “Não se consideram de azar as operações da Bolsa que poderão ser totalizadas pela efetiva entrega dos títulos e pagamento do preço ou pela prestação da diferença entre a cotação da data do contrato e a época da liquidação” (MENDONÇA, 1957).

## **6. O sorteio para dirimir questões ou para dividir coisas comuns**

É comum a utilização do sorteio para a resolução de questões ou para a divisão de coisas comuns. Nasceu o sorteio de manifestações costumeiras para satisfazer as partes quando essas não chegavam a um acordo por outro meio. Quando uma pessoa se socorre de tal recurso – o sorteio –, buscando a solução necessária, importa notar que nesse caso ela não adentrará aos exatos contornos do jogo ou da aposta. O fundamento é óbvio; é que em tais situações não se aventa nem o lucro, nem a perda. Exemplificando a juridicidade que está presente no ato do sorteio, Vitor Kümpel informa: “Pode utilizar o juiz, para estabelecer a partilha de bens, do sorteio entre os herdeiros, para resolver o problema de quinhões em que haja paridade econômica, implicando transação entre as partes. No processo penal, a escolha dos jurados, componentes do Tribunal do Júri, será procedida mediante sorteio de sete dentre vinte uma pessoas a fim de constituir o conselho de sentença. Também o direito militar autoriza o sorteio entre jovens de 18 anos para compor o serviço militar obrigatório” (KÜMPEL, 2005).

Se o objetivo é dirimir questões, será caso de manifestação do contrato de transação, que adiante será estudado por nós no Capítulo 21. Se, entretanto, o objetivo é a divisão de coisas comuns, estaremos diante de uma situação de partilha. Desse modo, eis a redação do art. 817 do CC: “O sorteio para dirimir questões ou dividir coisas comuns considera-se sistema de partilha ou processo de transação, conforme o caso”.

## Capítulo 20

### ◆ Do Contrato de Fiança

#### 1. Noções introdutórias

O contrato de fiança é aquele por meio do qual uma das partes se compromete a cumprir obrigação assumida por terceiro, caso este não a cumpra.

A fiança é uma espécie de garantia. É que a garantia dada a um credor poderá ser real, quando a base garantidora é um bem, por exemplo, a hipoteca, ou então a garantia poderá ser pessoal, em que o garante é o patrimônio de uma pessoa. Aqui encontramos a fiança; trata-se, portanto, de garantia pessoal ou fidejussória.

No contrato de fiança, nas palavras de Tartuce: “O contrato é celebrado entre o fiador e o credor, assumindo o primeiro uma responsabilidade sem existir um débito propriamente dito (*Haftung* sem *Schuld* ou, ainda, *obligatio* sem *debitum*)” (TARTUCE, 2006).

Etimologicamente, a palavra fiança vem de *fidis*, palavra latina que significava “ter confiança”. Assim, no contrato de fiança confia-se que alguém poderá cumprir com a obrigação assumida pelo devedor.

#### 2. Distinções necessárias

Tanto a **fiança** quanto o **aval** são manifestações de garantia fidejussória que, porém, não podem ser confundidas.

O aval deve ser considerado mera declaração unilateral de vontade, ao revés da fiança, que se configura em verdadeiro contrato.

O aval é regulado pelos princípios cambiários e tem por finalidade garantir o pagamento de um título de crédito. Nota-se uma aplicação mais restrita em se tratando da figura do aval. Já a fiança é ampla, incidindo e garantindo qualquer espécie de obrigação, seja convencional, legal ou judicial.

Como o aval se submete aos princípios do direito cambiário, é importante notar que o avalista é garante que assume responsabilidade em caráter solidário com o devedor principal. Contrariamente, no contrato de fiança, o fiador em regra assume uma responsabilidade subsidiária, só podendo ser solidária se de alguma maneira for convencionado.

Outro instituto que não pode ser confundido com a fiança é a **assunção de dívida**. A assunção de dívida é modalidade de transmissão de obrigação disciplinada no Código Civil, nos arts. 299 ao 303. Na assunção de dívida, há verdadeira substituição no polo passivo da obrigação, na medida em que o terceiro assuntor assume dívida de alguém. Desse modo, no contrato de fiança, assume-se a responsabilidade por uma dívida alheia, enquanto que na assunção de dívida, a dívida passa a ser própria.

### 3. Natureza jurídica

O contrato de fiança é **consensual** por se formar a partir do simples consenso entre as partes. É também contrato **acessório**, uma vez que a sua própria existência se subordina à existência de outro contrato que poderá ser, por exemplo, um contrato de locação ou mútuo.

Trata-se, ainda, de contrato **unilateral**, já que apenas ao fiador caberá o cumprimento da obrigação. E é também contrato **gratuito** já que apenas uma das partes, o fiador, sofrerá sacrifício patrimonial.

Nesse mote, vale lembrar que a fiança **não admitirá interpretação extensiva** (art. 819, CC), não se podendo em hipótese alguma ampliar as obrigações assumidas pelo fiador. Assim, na esteira desse raciocínio, foi editada a Súmula 214 do STJ, com a seguinte redação: “O fiador não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu”. Se, por acaso, o contrato de fiança não tiver delimitado até exatamente onde alcança a responsabilidade do fiador, vale a aplicação do art. 822 do CC: “Não sendo limitada, a fiança compreenderá todos os acessórios da dívida principal, inclusive as despesas judiciais, desde a citação do fiador”.

**Excepcionalmente**, podemos encontrar o contrato de fiança se manifestando de maneira **bilateral e onerosa**, como, por exemplo, o que ocorre com as fianças prestadas por instituições financeiras.

O contrato de fiança é **formal**, uma vez que a lei claramente impõe a forma escrita para a sua celebração, conforme redação do art. 819 do CC. A

fiança não admite a forma verbal para a sua celebração e lembre-se que a fiança jamais poderá ser presumida, isto é, ainda que uma pessoa pague a dívida de outrem, não se pode presumir que uma seja fiadora da outra, se a obrigação não estiver formalizada por escrito.

Por fim, vale assinalar que a fiança é um contrato eminentemente **personalíssimo**, já que é celebrado exatamente em virtude dos caracteres do fiador, havendo todo um conteúdo de confiança que será depositado nele.

#### 4. As partes no contrato de fiança

O contrato de fiança é celebrado entre o **fiador**, pessoa que assume a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação do devedor, e o **credor**. Note bem que a figura do devedor não participará do contrato de fiança. Tanto é assim que a fiança pode ser estipulada sem o consentimento do devedor e ainda que seja contra a sua vontade (art. 820, CC). Conclua por bem, então, a existência de dois contratos: um entre o credor e o devedor e outro entre o credor e o fiador.

O que certamente o credor exigirá do fiador é a sua idoneidade moral e financeira. Tanto é assim que o art. 825 do CC estabelece: “Quando alguém houver de oferecer fiador, o credor não pode ser obrigado a aceitá-lo se não for pessoa idônea, domiciliada no município onde tenha de prestar a fiança, e não possua bens suficientes para cumprir a obrigação”. Nas palavras de Tartuce, “na prática, essa idoneidade é provada pela ausência de protestos, de inscrição em cadastro de inadimplentes, pela existência de bens móveis ou imóveis, pela inexistência de demandas em geral” (TARTUCE, 2006).

Inclusive, pelo art. 826 do CC, se o fiador se tornar insolvente ou incapaz, poderá o credor exigir que seja substituído.

Se o fiador for casado sob qualquer regime de bens, exceto o de separação absoluta de bens, será necessária a **vênia conjugal**, pelo que impõe o art. 1.647, III, do CC. Caso uma pessoa casada se obrigue em contrato de fiança sem a autorização do cônjuge, será caso de anulabilidade que poderá ser requerida pelo cônjuge que não deu a outorga, ou seus herdeiros, se já falecido. O prazo será de até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal (art. 1.649, CC).

Ao que foi dito deve ser acrescentada a **Súmula 332 do STJ**, que apresenta o seguinte teor: “A anulação de fiança prestada sem outorga uxória implica a ineficácia total da garantia”.

## 5. Espécies de fiança

A fiança ocupa lugar no mundo do Direito Civil e do Direito Penal.

Na esfera criminal, a fiança garante, nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “o direito à liberdade do acusado, na efetivação da presunção de inocência até o trânsito em julgado do processo penal correspondente” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008).

No âmbito civil, encontramos a chamada fiança **convencional**, que é aquela que decorre de livre acordo feito entre as partes, objeto de estudo neste capítulo.

Insta salientar que a **fiança civil** ainda poderá ser **legal** ou **judicial**. Evidentemente que por fiança legal tem-se aquela imposta por lei como, por exemplo, a fiança prevista no arts. 1.400 e 1.745, parágrafo único, do CC. Já a fiança judicial surge por imposição do juiz, de ofício ou a requerimento da parte como, por exemplo, as previsões dos arts. 475-O, 925 e 940 do CPC.

## 6. Do objeto da fiança

Como o contrato de fiança se manifesta de maneira acessória ao contrato principal, decerto que o seu objeto esbarrará em algumas limitações. É o próprio art. 823 do CC que limita o objeto da fiança estabelecendo que a fiança poderá ser de valor igual ou inferior ao da obrigação principal. Desse modo, se houver um excesso na fiança que extrapole aos limites impostos pela própria obrigação principal, caberá o decote do indevido. Eis a redação do indigitado art. 823 do CC: “A fiança pode ser de valor inferior ao da obrigação principal e contraída em condições menos onerosas, e, quando exceder o valor da dívida, ou for mais onerosa que ela, não valerá senão até ao limite da obrigação afiançada”.

Ademais, quanto ao objeto da fiança, importa notar que poderá haver a garantia de dívidas atuais e também de dívidas futuras, sendo que quanto a essa última possibilidade o fiador não será demandado senão depois que se fizer certa e líquida a obrigação do principal devedor (art. 821, CC).

Ainda dentro do viés de acessoriedade, cumpre sedimentar que, se a obrigação principal for nula, resultará nula também a fiança. É evidente que o contrário não tem aplicabilidade: se nula for a fiança, não será nula a obrigação principal.

Como o acessório segue o principal, as obrigações nulas não são suscetíveis de fiança. Porém, tal regra comportará uma exceção: se a nulidade decorrer de incapacidade pessoal do devedor, ainda assim permanecerá hígida a fiança, conforme art. 824 do CC. Tal exceção não incidirá no caso de mútuo feito a pessoa menor, de acordo com o parágrafo único do referido artigo. Note que essa informação caminha em plena sintonia com o disposto no art. 588 do CC, que estabelece que o mútuo feito a menor, sem autorização de seu representante, não poderá ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores, tema esse que já tivemos a oportunidade de trabalhar no Capítulo 7 deste livro.

## **7. Dos efeitos da fiança**

### **7.1 O benefício de ordem**

É direito do fiador demandado, primeiro, ver executados os bens do devedor. Eis o benefício de ordem, que se traduz exatamente na vantagem que tem o fiador de ser cobrado subsidiariamente (art. 827, CC).

Com exatidão, Glauber Moreno Talavera esclarece: “Sobre a subsidiariedade da imputação de responsabilidade ao fiador, pelo inadimplemento levado a efeito pelo devedor principal, havemos que delinear que é prerrogativa do fiador valer-se do direito de exigir que os bens do devedor principal sejam executados antes dos seus, expressão do benefício de ordem, cujos delineamentos abalizam o direito do fiador de ter os seus bens executados apenas quando os do devedor principal já o tenham sido completamente; ou seja, há uma hierarquização da responsabilidade, que é desdobrada em principal, que é a do devedor principal, e subsidiária, também nominada ‘reflexa’, que é a do fiador” (TALAVERA, 2009).

Uma vez manifestado pelo fiador o benefício de ordem, caberá a ele nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.

### **7.2 O afastamento do benefício de ordem**

O benefício de ordem é uma prerrogativa do fiador, como vimos anteriormente. Porém, existem situações excepcionais em que tal prerrogativa será afastada e o fiador deixará de ser responsável subsidiariamente, podendo ter os seus bens executados em primeiro plano.

As causas que afastarão o benefício de ordem estão previstas no art. 828 do CC e são elas:

- a) Se o fiador renunciar expressamente o benefício de ordem no contrato de fiança.
- b) Se o fiador se obrigou como principal pagador ou como devedor solidário.
- c) Se o devedor for insolvente ou falido. Nesse caso, é evidente que uma pessoa insolvente ou falida não possui robustez financeira para arcar com qualquer obrigação, e a alegação do benefício de ordem representaria tão somente um ato meramente protelatório à satisfação do credor.

### **7.3 Alguns direitos do fiador**

É pesado o fardo que incide sobre as costas da pessoa do fiador. A posição de garantir a outrem decerto que não se mostra confortável para ninguém. Todavia, além do benefício de ordem, outros dois direitos devem ser apresentados a favor do fiador:

- 1) Quando o credor, sem justa causa, demorar a execução iniciada contra o devedor, poderá o fiador promover-lhe o andamento (art. 834, CC). Note-se que a própria lei municia o fiador contra o devedor, diante da desídia do credor.
- 2) Uma vez demandado, o fiador poderá opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação que competem ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do mútuo feito a pessoa menor, exceção essa sintonizada com o art. 588 do CC.

### **7.4 A pluralidade de fiadores: a fiança conjunta**

É possível que várias pessoas assumam a obrigação de adimplir a obrigação principal, situação essa em que haverá a chamada fiança conjunta. Por força de lei, haverá entre os fiadores **responsabilidade**

**solidária**, conforme imposição do art. 829 do CC. A solidariedade apenas poderá ser afastada se os fiadores no contrato de fiança se reservarem o **benefício da divisão**, isto é, o *quantum* que a cada um caberá arcar. Conclua-se, por oportuno, que o benefício da divisão não é presumido.

A pluralidade de fiadores não pode ser confundida com a possibilidade de existência da figura de um **abonador**. O abonador é um terceiro que garante a obrigação do fiador, isto é, se o fiador não cumprir com sua obrigação, o abonador arcará com ela. É como se fosse o fiador do fiador, situação que alguns denominam **subfiança**. No Código Civil de 1916 era expressa a menção à figura do abonador no art. 1.482, que trazia a seguinte redação: “Se o fiador tiver quem lhe abone a solvência, ao abonador se aplicará o disposto neste Capítulo sobre fiança”. O atual Código Civil não repetiu tal artigo. Desse modo, há quem se manifeste no sentido de que o instituto desapareceu do nosso ordenamento. Porém, de outro lado e de maneira prevalecente, tem-se posicionamento que tal instituto ainda existe no meio contratual e que não há nenhuma ilicitude em sua prática.

## ***7.5 A relação existente entre o fiador e o devedor***

Vimos alhures que o contrato de fiança é celebrado entre o fiador e o credor, sendo o devedor – o afiançado – figura totalmente alheia ao enlace contratual. Tanto é assim que não é necessário o consentimento do devedor para a celebração do contrato de fiança e este, inclusive, pode ser celebrado contra a vontade do devedor.

Porém, importa notar que, se o fiador cumpre com o pagamento da obrigação, inexoravelmente nascerá uma relação entre o fiador e o devedor. Essa relação se delinea da seguinte maneira: é que o fiador se sub-rogará na posição de credor em relação ao devedor. Isto significa que o fiador que pagou passará a ocupar o lugar do credor com todos os seus direitos e ações.

Se havia vários fiadores e um deles procedeu ao pagamento integral, esse poderá se voltar contra os demais exigindo a fração a que cada um havia se responsabilizado. Se um dos fiadores for insolvente, a sua quota de responsabilidade se diluirá entre os demais fiadores, que a assumirão em proporções iguais.

Ainda na relação entre o fiador e o devedor, importa notar que este responderá perante aquele por todas as perdas e danos que o primeiro pagar, bem como pelas perdas e danos que sofrer em razão da fiança.

Sobre o valor que o fiador poderá exigir do devedor, incidirá uma taxa de juros que será exatamente a que for fixada no contrato. Porém, se o contrato for silente neste ponto, incidirá a taxa legal de juros de mora prevista no art. 406 do CC (art. 833, CC).

## **8. Da extinção da fiança**

O contrato de fiança poderá chegar ao seu fim de diversas maneiras. Aventaremos algumas:

- 1) Pelo próprio cumprimento da obrigação principal. Uma vez extinta a obrigação principal, como a fiança traz em si o caráter de acessoriedade, extinta será a fiança.
- 2) Pelo término do prazo estabelecido no contrato ou, se a fiança tiver sido estabelecida por prazo indeterminado, pela manifestação do fiador de se lhe colocar fim, mediante notificação ao credor (art. 835, CC). Nesse caso, o fiador continuará responsável pela fiança pelos próximos 60 dias após a notificação.
- 3) Pela morte do fiador. Como a fiança se trata de contrato personalíssimo, é evidente que com o falecimento do fiador extingue-se o contrato de fiança. Porém, deve-se salientar que os herdeiros ficarão responsáveis pelas obrigações já vencidas a cargo do fiador, dentro das forças da herança. É isso o que se deve entender quando o art. 836 do CC preceitua: “A obrigação do fiador passa aos herdeiros; mas a responsabilidade da fiança se limita ao tempo decorrido até a morte do fiador, e não pode ultrapassar as forças da herança”.
- 4) Pelo implemento das seguintes hipóteses:
  - a) Se, sem consentimento do fiador, o credor conceder moratória ao devedor.
  - b) Se, por fato do credor, for impossível ao fiador a sub-rogação nos seus direitos e preferências. Aqui nos socorremos da exemplificação fornecida por Tartuce: “o caso em que o credor renuncia a eventual preferência sobre coisa que detinha, em decorrência de direito real de

garantia, hipótese em que não interessará a sub-rogação ao fiador” (TARTUCE, 2006).

- c) Se o credor, em pagamento da dívida, aceitar amigavelmente do devedor objeto diverso do que este era obrigado a lhe dar, ainda que depois venha a perdê-lo por evicção. Trata-se de hipótese de dação em pagamento, caso esse em que o credor consente em receber prestação diversa da que lhe é devida (art. 356, CC).
- d) Se for invocado o benefício da excussão, isto é, o benefício de ordem, e o devedor, retardando-se a execução, cair em insolvência, ficará exonerado o fiador que o invocou, se provar que os bens por ele indicados eram, ao tempo da penhora, suficientes para a solução da dívida afiançada (art. 839, CC). Nesse caso a desídia do credor não pode onerar a pessoa do fiador, que se desonerará da fiança em virtude disso. Indo além no raciocínio, Talavera, ao explicar a redação do art. 839 do CC, complementa: “Em outras palavras, esse dispositivo pune o ardil do devedor, ou mesmo o conluio sedimentado entre o devedor e credor, a fim de prejudicar o fiador, imputando-lhe injustamente responsabilidade por dívida que haveria de ter sido solvida pelo devedor que, quando da penhora, apresentava situação patrimonial que comportava a solução da dívida” (TALAVERA, 2009).

## **9. Da (im)penhorabilidade do bem de família do fiador**

A questão mais polêmica no universo da fiança, sem dúvida, manifesta-se quanto à possibilidade de penhora do bem de família do fiador em virtude do inadimplemento do afiançado.

É que o art. 3º da Lei n. 8.009/90 apresenta as exceções em que se admite a penhora do bem de família; dentre elas está o inciso VII acrescentado por força da Lei n. 8.245/91, trazendo a possibilidade de penhora do bem de família do fiador.

Em nossa opinião, tal inciso se apresenta de todo inconstitucional por ferir o princípio da isonomia. É fácil compreender isso a partir do exemplo: “A” presta fiança em relação a um imóvel comercial que seu amigo “B” está alugando. Depois de algum tempo, o imóvel comercial alugado por “B” apresenta três aluguéis atrasados. O resultado diante do indigitado inciso é

que o locador do imóvel poderá requerer até mesmo a penhora da casa em que “A” – o fiador – reside com sua família. Entretanto, por mais um desses absurdos legislativos, a casa em que reside “B” (o locatário) estará plenamente protegida pela impenhorabilidade trazida pela Lei n. 8.009/90.

Em poucas palavras, a residência do locatário responsável pela dívida estará protegida, mas a de seu fiador, não. Assim, o que temos é uma clara violação ao princípio da isonomia posto que, neste ponto, o que a lei faz é tratar desigualmente duas obrigações que possuem um mesmo fundamento.

Concluindo, inconcebível é um contrato acessório (a fiança) gerar mais obrigações do que o contrato principal (a locação). Porém, lamentavelmente, a questão não se mostra pacífica. Explicamos. Em 2005, o Min. Carlos Mário Velloso se manifestou, em decisão monocrática em Recurso Extraordinário no STF (RE 352.940/SP), que o inciso VII do art. 3º da Lei n. 8.009/90 havia “ferido de morte o princípio isonômico” e, adiante, expôs que o referido inciso não havia sido recebido pela EC n. 26, de 2000. Percebemos, de pronto, que a decisão do Min. Carlos Velloso abraçou impetuosa e arrojadamente um Direito Civil iluminado pela Constituição Federal de 1988, atentando para o direito à moradia, direito esse fundamental de segunda geração.

No ano seguinte, em 2006, o plenário do STF decidiu por maioria de votos nos autos do Recurso Extraordinário n. 407.688, em que foi relator o Min. Cezar Peluso, a constitucionalidade do referido inciso, atendo-se simplesmente a uma interpretação literal do dispositivo e ao pobre argumento de que a pessoa teria a plena liberdade de querer ou não assumir a condição de fiadora. A ótica do Direito Civil Constitucional não nos permite concordar com essa última decisão, que esperamos em breve se modifique, mesmo porque não foi unânime.

# Capítulo 21

## ◆ Do Contrato de Transação

### 1. Noções introdutórias

A doutrina não é assente quanto à natureza exata da transação. Há quem situe a transação como uma forma de pagamento indireto, colocando-a, desse modo, como modalidade extintiva de uma obrigação. Assim o era no Código Civil de 1916. Outros, em sintonia com o que preleciona o Código Civil de 2002, tratam a transação como manifestação contratual.

Certo é que o termo transação é utilizado no dia-a-dia no sentido de avença ou negociação. Daí se diz transação bancária, transação comercial etc. Do magistério de Caio Mário da Silva Pereira extraímos a seguinte informação: “Embora haja acentuada tendência para imprimir ao vocábulo transação variada conotação semântica, estendendo-a a qualquer negócio jurídico, em verdade, e na sua acepção técnica tem sentido específico. Designa um determinado negócio jurídico, de cunho contratual, que se realiza por via de um acordo de vontades, cujo objeto é prevenir ou terminar litígio, mediante concessões recíprocas das partes” (PEREIRA, 2004).

Acompanhando o conceito fornecido pelo Código Civil de 2002, temos a transação como o contrato em que as partes envolvidas, por meio de concessões recíprocas, extinguem litígios ou os previnem de acontecer.

### 2. Natureza jurídica

A transação é contrato **bilateral**, já que gera obrigações de não fazer para ambas as partes, uma vez concluem o negócio por meio de concessões mútuas.

Trata-se de contrato **oneroso**, diante do sacrifício experimentado pelas partes.

A depender de seu objeto poderá ser considerado contrato **formal** ou **informal**.

### 3. Modalidades de transação

A transação é marcada pelo seu forte traço de **reciprocidade de concessões**. É que as partes envolvidas envidarão esforços de tal modo a fazer concessões uma para com a outra com a finalidade de prevenir litígios ou extingui-los.

Ela poderá ser judicial ou extrajudicial.

A **transação judicial** é realizada no curso do processo. Poderá ser feita por instrumento público (quando a lei exigir) ou a termo nos autos. Nesse último caso dependerá de homologação judicial.

A **transação extrajudicial** apresentará nitidamente caráter preventivo, tendo por escopo evitar e prevenir litígio.

### 4. Do objeto da transação

O objeto da transação se restringe aos **direitos patrimoniais de caráter privado** (art. 841, CC). Desse modo, não poderão ser objeto de transação questões que versem sobre direitos da personalidade, ações de estado, direito de família (relações de parentesco, validade de casamento, guarda de filhos, deveres conjugais etc.). De igual modo, não poderão ser objeto de transação bens que sejam considerados fora do comércio, uma vez que são indisponíveis.

Ademais, está expresso no art. 846 do CC que a transação concernente a obrigações resultantes de delito não extingue a ação penal pública. Nessa senda, ainda que as partes transacionem sobre direitos patrimoniais emergentes da prática do ilícito, tal fato não repercutirá na esfera criminal a ponto de afastar iminente ação civil pública. O que não se pode confundir é a transação, figura negocial ora tratada, com a transação penal que impede o curso da ação para os casos de delito de menor potencial ofensivo prevista na Lei. n. 9.099/95.

### 5. Caracteres jurídicos

Como na transação as partes mutuamente abrem mão de seus direitos para definir determinada situação, a **interpretação** mais adequada a ser dada é a **restritiva**.

Na transação, insta salientar, não são transferidos direitos, os quais serão apenas declarados ou reconhecidos. Nessa senda, Talavera esclarece: “A transação, que se caracteriza pelo fato de as partes fazerem concessões recíprocas entre si, implica renúncia de direitos, motivo pelo qual não pode estar sob a égide de interpretação extensiva, devendo ser interpretada restritivamente, vez que sua natureza é meramente declaratória ou recognitiva. Em outras palavras, não é possível abarcar questões outras, que não foram explicitamente convencionadas pelas partes, na seara da transação havida, pois a transação não é modalidade de ato aquisitivo de direitos, ou seja, consoante acima já afirmado, é ato de natureza meramente declaratória ou recognitiva, haja vista que os ex adversos sopesam a reciprocidade de suas razões, reconhecendo direitos preexistentes na transação, visando firmar os seus próprios” (TALAVERA, 2009).

Outro aspecto importante é que a transação produzirá **efeitos *inter partes***, ou seja, apenas aqueles que participaram da avença serão alcançados com os efeitos da transação, ainda que diga respeito a coisa indivisível (art. 844, CC). Portanto, uma vez encetada a transação, não espargirão seus efeitos sobre terceiros, salvo algumas exceções, a seguir relatadas:

- 1) Se for concluída entre o credor e o devedor, desobrigará o fiador. Como dito alhures, a eminente acessoriedade existente entre o contrato de fiança e o contrato principal faz concluir que, se sobre o contrato principal incidirão os efeitos da transação, tais efeitos também alcançarão o contrato de fiança.
- 2) Se entre um dos credores solidários e o devedor, extingue a obrigação deste para com os outros credores ou, se entre um dos devedores solidários e seu credor, extingue a dívida em relação aos codevedores. Explica Caio Mário da Silva Pereira que “sendo solidária a obrigação, a transação concluída entre o credor e um dos devedores solidários desobriga os demais codevedores, porque a transação tem efeito liberatório do pagamento, e a realização deste por um beneficia a todos os codevedores solidários. Igualmente, na solidariedade ativa, concluída a transação entre o devedor e um dos credores solidários, desobriga-o em relação a estes, pela mesma equiparação entre o efeito extintivo da transação e do pagamento” (PEREIRA, 2004).

Se por acaso aquilo que foi dado em cumprimento da transação vier a ser objeto de **evicção**, a obrigação extinta com a transação não renascerá, salvaguardando é claro ao evicto, parte prejudicada, o direito de se voltar contra a outra exigindo a devida indenização por perdas e danos (art. 845, CC).

Nesse mote, Vitor Kümpel explica que: “Tendo em vista o mero efeito declaratório da transação, a coisa evicta já se encontra no patrimônio do evictor (pessoa declarada dono), presumindo-se nunca ter estado no patrimônio daquele que reconheceu o domínio, não se considerando responsável pela evicção. O legislador, para não dar azo ao absurdo de deixar impune a evicção, admite que o evicto reclame indenização” (KÜMPEL, 2005).

No contrato de transação é admitida a inserção de **pena convencional** caso haja o inadimplemento de qualquer das partes contratantes (art. 847, CC), seja pelo total descumprimento de sua obrigação ou pela incursão em um estado de mora. Valem as regras acerca da pena convencional, também denominada cláusula penal ou multa contratual, estabelecidas no Código Civil, nos arts. 408 a 416. Ressalte-se que como o Código Civil de 2002 já havia disciplinado a transação como um contrato, em verdade, a autorização para a inserção de pena convencional se apresenta de todo despicienda.

A **indivisibilidade** é outro caractere forte a delimitar os contornos jurídicos da transação. É que o art. 848 do CC estabelece que: “Sendo nula qualquer das cláusulas da transação, nula será esta”. Há que se notar que o referido preceito acaba por se distanciar do princípio da conservação dos contratos (**enunciado 22, CJP**), na medida em que ordena a fulminação de toda a transação diante da nulidade de uma das cláusulas contratuais. Exceção é aberta na redação de seu parágrafo único: “Quando a transação versar sobre diversos direitos contestados, independentes entre si, o fato de não prevalecer em relação a um não prejudicará os demais”.

Por fim, lembre-se que, na V Jornada de Direito Civil, foi aprovada diretriz protetiva ao advogado. Trata-se do **enunciado 441 do CJP** com o seguinte teor: “A transação, sem a participação do advogado credor dos honorários, é ineficaz quanto aos honorários de sucumbência definidos no julgado”.

## 6. A anulação da transação

Uma vez entabulada a transação, esta passa a produzir os seus regulares efeitos entre as partes contratantes, como vimos anteriormente. Porém, será possível cogitar-se da anulação do contrato de transação com fincas na alegação de dolo, coação ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa incontroversa. Essa é a redação do art. 849, *caput*, do CC, sendo que o seu parágrafo único estabelece que: “A transação não se anula por erro de direito a respeito das questões que foram objeto de controvérsia entre as partes”.

Diante do que fora apresentado, a doutrina se queda em cólicas buscando a interpretação mais adequada ao assunto. É que, na verdade, quando se procede ao estudo da teoria geral dos negócios jurídicos, vários são os vícios apresentados pelo legislador no Código Civil em sua parte geral. Não apenas se faz menção ao erro, ao dolo e à coação. O Código Civil também apresenta como vícios capazes de promover a invalidação de um negócio a lesão, o estado de perigo, a fraude contra credores e, também, a simulação, este último, inclusive, com sanção mais gravosa que os primeiros, uma vez que o negócio simulado no CC/2002 não é anulável, mas sim nulo.

Cogita a doutrina, então, de duas possibilidades:

- 1<sup>a</sup>) Seria realmente intenção do legislador restringir os vícios ensejadores da anulação especificamente para o contrato de transação.
- 2<sup>a</sup>) O art. 849 do CC é resultado de equívoco legislativo, não havendo óbice quanto à aplicação dos demais vícios relacionados na parte geral do Código Civil. Porém, um ponto importante deve ser observado. Mesmo aqueles que se filiam a esse posicionamento deixam claro que a ressalva apresentada no parágrafo único do art. 849 deve ser respeitada. É que, realmente, o erro de direito (art. 139, III, CC) não poderá ser alegado em se tratando de questões que foram objeto de controvérsias entre as partes. Trata-se de clara homenagem ao princípio da obrigatoriedade das leis, previsto no art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Por fim, estabelece o art. 850 do CC que: “É nula a transação a respeito do litígio decidido por sentença passada em julgado, se dela não tinha

ciência algum dos transatores, ou quando, por título posteriormente descoberto, se verificar que nenhum deles tinha direito sobre o objeto da transação”. O exemplo seria: “A” e “B” disputam determinado terreno. Após ampla discussão, chegam a um acordo quanto ao terreno, procedendo a concessões mútuas, por meio de um instrumento de transação. Depois, sobrevém a realidade de que o terreno disputado não pertencia a nenhuma das partes transadoras. É evidente que a transação se quedará nula, por disposição expressa de lei.

## Capítulo 22

### ◆ Do Contrato de Compromisso

#### 1. Noções introdutórias

O compromisso foi inicialmente tratado no Código Civil de 1916, nos arts. 1.037 ao 1.048. Posteriormente, tais artigos foram revogados pela Lei n. 9.307/96. O Código Civil de 2002 volta a tratar do instituto nos arts. 851 ao 853; porém, sem retirar a força da referida lei especial. Tanto é assim que vale a leitura do art. 853 do CC: “Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial”.

Topograficamente, o compromisso é figura negocial que no Código Civil de 2002 se situa entre os contratos e assim será tratado por nós, embora tal conclusão não seja assente em sede doutrinária.

O compromisso é o contrato pelo qual as partes se comprometem a confiar a um árbitro a decisão de seus conflitos de interesse de cunho patrimonial. Há que se notar que, quando as partes entabulam tal negócio, elas subtraem do Poder Judiciário a demanda, transportando-a para uma forma alternativa de solução de conflito denominada **arbitragem**.

#### 2. Natureza jurídica

O contrato de compromisso é **consensual** por se formar a partir do mero consenso entre as partes; é **bilateral** por gerar obrigações para as partes de se submeterem ao juízo arbitral; é **oneroso**, por onerar a ambas as partes; e é **formal**, uma vez que há imposição prévia de forma a ser observada por imposição de lei.

#### 3. Classificação do compromisso

O compromisso poderá ser judicial ou extrajudicial.

Será **judicial** quando as partes celebrarem o compromisso no bojo de um processo em trâmite no Poder Judiciário. Deverá ser reduzida a termo nos autos, ocasião em que a participação do Judiciário chega ao fim naquela demanda e as “batutas” são transferidas a um árbitro.

Será, todavia, **extrajudicial** se as partes, embora o conflito já existente, celebrarem o compromisso fora do Poder Judiciário. Deverá ser feito por escritura pública ou por instrumento particular e assinado pelas partes perante duas testemunhas, conforme art. 9º, § 2º, da Lei n. 9.307/96.

#### 4. Do objeto do compromisso

O objeto do compromisso se limitará a questões eminentemente de cunho **patrimonial**, não se aplicando às questões afetas aos direitos da personalidade e ao estado civil ou a questões pessoais de Direito de Família. Desse modo, o art. 852 do CC estabelece: “É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

#### 5. Distinções necessárias

Não se pode confundir o **compromisso** com a **cláusula compromissória**. O **compromisso** é o contrato em que as partes se vinculam a se submeter à decisão de um árbitro. Já a **cláusula compromissória** nada mais é do que um contrato preliminar em que as partes se vinculam a celebrar o contrato definitivo que será o contrato de compromisso, caso surjam questões duvidosas supervenientes. Assim, sobre tal cláusula o art. 4º da Lei n. 9.307/96 preceitua: “A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

A cláusula compromissória gerará vinculação para as partes, uma vez que se constitui em verdadeiro contrato. No entanto, deve ser feita uma ressalva quando essa cláusula estiver prevista em um contrato decorrente de **relação de consumo**. É que o art. 51, VII, do CDC estabelece que será considerada nula, em virtude de seu conteúdo abusivo, a cláusula que determine a utilização compulsória de arbitragem.

Quanto à presença da cláusula nos **contratos de adesão**, ela só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula (art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/96).

Flávio Tartuce chama a nossa atenção também para que não haja confusão entre a **arbitragem** e a **mediação**, e o faz com as seguintes palavras: “Na arbitragem o(s) árbitro(s) nomeado(s) decide(m) questões relativas a uma obrigação de cunho patrimonial. Na mediação, o(s) mediador(es) busca(m) a facilitação do diálogo entre as partes para que elas mesmas se componham. A mediação pode estar relacionada com direitos personalíssimos, como aqueles decorrentes do Direito de família” (TARTUCE, 2006).

Por fim, salientamos para que não haja confusão quanto às expressões **compromisso** e **arbitragem**, embora caminhem unidas umbilicalmente: o compromisso é o contrato, enquanto a arbitragem é o mecanismo de solução de conflitos eleito no referido contrato para solucionar o conflito.

## **6. Da constitucionalidade da arbitragem**

Muito se questionou se a possibilidade do compromisso e a própria arbitragem não seriam, pois, manifestações inconstitucionais diante da possibilidade de ofensa ao art. 5º, XXXV, da CF/88, que apresenta o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Porém, o STF já reconheceu a constitucionalidade da Lei n. 9.307/96, o que pôs fim a diversas discussões (*vide* STF, AgR SE 5.206, DJ 30-4-2004).

# Capítulo 23

## ◆ Dos Atos Unilaterais

### 1. Noções introdutórias

**Atos unilaterais** é a designação fornecida pelo Código Civil para tratar dos atos jurídicos unilaterais ou declarações unilaterais de vontade, sendo que esses são considerados fontes do Direito Obrigacional também ao lado dos contratos. Dividem-se em promessa de recompensa (arts. 854 a 860); gestão de negócios (arts. 861 a 875); pagamento indevido (arts. 876 a 883); e enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886).

Nos atos unilaterais o que há é que a obrigação surge da simples declaração de vontade de uma parte apenas. Caio Mário da Silva Pereira, sintetizando o tema, esclarece que a vontade unilateral “se concretiza como fato humano puro, dotado de poder criador, independentemente da adesão da outra parte” (PEREIRA, 2004).

### 2. Da promessa de recompensa

A promessa de recompensa ocorre quando alguém por anúncios públicos se compromete a recompensar, ou gratificar, a quem preencha certa condição, ou desempenhe certo serviço.

Quem quer que preencha certa condição ou desempenhe determinado serviço já faz jus a receber a recompensa, independentemente se atuou pelo interesse da promessa ou não, sabedor dela ou não (art. 855, CC).

À guisa de exemplo, lembremos a situação em que uma pessoa, ao ter o seu cachorro de estimação desaparecido, afixa em uma rua uma faixa oferecendo recompensar quem encontre e devolva o seu animal de estimação. Imaginemos que uma pessoa assim o faça, porém independentemente de ter tomado conhecimento da promessa. Ainda assim, essa pessoa que encontrou o animal e o devolveu ao seu dono fará jus à promessa oferecida.

É possível a revogação da promessa de recompensa, desde que preenchidos os seguintes requisitos:

- ◆ que ainda não tenha sido prestado o serviço ou preenchida a condição;
- ◆ que a promessa não tenha sido estipulada dentro de um prazo determinado; caso a promessa tenha sido estipulada dentro de um prazo determinado, a consequência é a impossibilidade de se revogar a promessa, dentro do prazo, em razão de se reputar a renúncia do promitente à revogação da promessa (art. 856, *in fine*, CC);
- ◆ e que a revogação seja feita pelo mesmo meio de publicidade que divulgou a promessa.

Importante lembrar que, se alguém de boa-fé tiver feito despesas para o desempenho da tarefa ou preenchimento da condição, terá o direito de ser reembolsado quanto a esses gastos, tendo em vista a promessa e sua posterior revogação (art. 856, parágrafo único, CC).

Caso o ato previsto na promessa seja desempenhado por várias pessoas, fará jus a primeira que o tenha desempenhado. Caso a execução tenha sido simultânea, a recompensa será dividida em partes iguais. Entretanto, se não for possível a divisão da recompensa, haverá sorteio que deferirá a recompensa a um dos participantes, cabendo a este que a recebeu dar ao outro o valor correspondente ao seu quinhão (arts. 857 e 858, CC).

O art. 859 do CC estipula que, para os concursos que se abrirem com promessa pública de recompensa, é condição essencial, para valerem, a fixação de um prazo, além de nomeação de pessoa como juiz para proferir decisões que obrigarão os interessados. Caso não seja nomeada pessoa para a função, entende-se que o promitente se reservou tal tarefa. Em hipótese de empate, aplicar-se-ão as regras mencionadas nos arts. 857 e 858 do CC, quais sejam, anterioridade, divisão e sorteio.

Segundo César Fiuza, “nos concursos públicos ou particulares que se abrem com promessa de contraprestação àqueles que obtiverem resultado mínimo, os candidatos aderem a suas cláusulas não podendo insurgir-se contra o resultado, a não ser que consigam provar dolo ou inobservância de norma interna. Evidentemente que o candidato sempre poderá combater cláusulas ou decisões ilícitas ou abusivas, proferidas pela banca ou comissão” (FIUZA, 2006).

Por fim, o art. 860 do CC estabelece que: “As obras premiadas, nos concursos de que trata o artigo antecedente, só ficarão pertencendo ao promitente, se assim for estipulado na publicação da promessa”. Isso significa que, se nada for estipulado no anúncio da promessa de recompensa, as obras premiadas não serão de propriedade do promitente, continuando a pertencer ao candidato. Vale mencionar o exemplo apresentado por Flávio Tartuce: “em concursos de monografias jurídicas os trabalhos pertencem aos seus autores, em geral, aplicando-se as regras de proteção previstas na Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610/98). Entretanto, é possível prever que os direitos patrimoniais de exploração da obra premiada passarão a pertencer àquele que idealizou o concurso. Vale mencionar que isso não inclui os direitos morais do autor, que são intransmissíveis e irrenunciáveis, pelo que prevê o art. 27 da Lei n. 9.610/98 e art. 11 do CC” (TARTUCE, 2006).

### **3. Da gestão de negócios**

Segundo preleciona Caio Mário da Silva Pereira, “às vezes, uma pessoa realiza atos no interesse de outra, como se fosse seu representante, embora não investido dos poderes respectivos, arrogando-se, assim, a qualidade de gestor de negócios alheios. Diz-se, então, que a gestão de negócios é a administração oficiosa de interesses alheios” (PEREIRA, 2004). E, conforme César Fiuza acrescenta, uma pessoa (o gestor) “representa ou presta serviços à outra sem que esta o saiba” (FIUZA, 2006).

Alguns exemplos de gestão de negócios são lembrados por Sílvio Rodrigues, aqui mencionados: “quando alguém, presenciando em prédio alheio estragos capazes de o destruir, ajusta em nome do proprietário ausente, mas sem sua autorização, um empreiteiro para o reparar; ou quando o diretor de uma clínica chama oculista para cuidar de criança ali internada, sem estar autorizado pelos pais da criança; ou ainda quando, por ocasião de um incêndio o vizinho procura apagá-lo, faz remover os móveis, contrata o seu depósito, toma, enfim, todas as providências para salvaguardar os interesses do dono do prédio. Nas três hipóteses não está a pessoa, que assumiu a defesa do interesse de outrem, autorizada a fazê-lo. Não obstante a lei, tendo em vista o propósito altruísta que inspirou o ato, empresta-lhe efeitos, se for útil ao dono do negócio” (RODRIGUES, 1997).

Quando visualizamos a gestão de negócios, deparamos com duas partes: o gestor e o dono do negócio, sendo que o gestor deverá agir conforme a vontade presumível do dono do negócio, sob pena de responsabilização civil. Por isso, o art. 861 do CC afirma: “Aquele que, sem autorização do interessado, intervém na gestão de negócio alheio, dirigi-lo-á segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono, ficando responsável a este e às pessoas com que tratar”.

E, mais, se a gestão for iniciada contra a vontade manifesta ou presumível do interessado, passará a ser considerado ato abusivo, e responderá o gestor até pelos casos fortuitos (art. 862, CC). Se os prejuízos resultantes da gestão excederem ao seu proveito, é lícito o dono do negócio exigir que o gestor restitua as coisas ao estado anterior ou indenize a diferença (art. 863, CC).

Inserto na gestão, deverá o gestor quando possível comunicar, ao dono do negócio, o andamento da gestão assumida, decorrente tal função da boa-fé objetiva e seu dever anexo de informação. Após levar ao conhecimento do dono do negócio a gestão, aguardará que este se manifeste pela continuidade ou interrupção da gestão já iniciada (art. 864, CC). Enquanto isso, velará o gestor pelo negócio. Em caso de falecimento do dono do negócio, pendente a gestão, esta continuará, no aguardo das instruções dos herdeiros.

Ao longo de toda a gestão, deverá o gestor empenhar-se ao máximo com total cuidado e diligência na administração do negócio, ressarcindo ao dono o prejuízo resultante de qualquer culpa na gestão. O que deve ficar claro é que, afora quando a gestão é iniciada contra a vontade manifesta ou presumível do dono do negócio e na hipótese do art. 868, que será analisada mais à frente, o gestor só poderá ser responsabilizado se atuar com culpa, uma vez que a sua responsabilidade é subjetiva (art. 866, CC). Entretanto, releva notar que, se o gestor se fizer substituir por outra pessoa e essa cause prejuízo ao dono do negócio, ficará responsável pela indenização o gestor. Isso porque em tal hipótese a sua responsabilidade não será mais subjetiva, e sim objetiva em decorrência da aplicação por analogia dos arts. 932, III, 933 e 942, parágrafo único, todos do CC. Por isso, o art. 867 dispõe: “Se o gestor se fizer substituir por outrem, responderá pelas faltas do substituto,

ainda que seja pessoa idônea, sem prejuízo da ação que a ele, ou ao dono do negócio, contra ela possa caber”.

Ademais, em se tratando de gestão conjunta, o parágrafo único do art. 867 resolve apresentando hipótese de solidariedade legal: “Havendo mais de um gestor, solidária será a sua responsabilidade”.

O gestor deverá agir de maneira prudente e moderada, não arriscando aquilo que não lhe pertence. E também não poderá preterir interesses do dono do negócio por evidenciar os seus interesses. Caso contrário, o gestor responderá mesmo pelo fortuito (art. 868, CC).

Com o retorno do dono do negócio, este poderá aprovar a gestão ou desaprová-la. Na primeira hipótese, verificado que o negócio foi utilmente administrado, o dono do negócio ressarcirá ao gestor as despesas necessárias ou úteis que houver feito, com os juros legais, desde o desembolso, respondendo ainda pelos prejuízos que este houver sofrido por causa da gestão; sendo que a ratificação pura e simples do dono do negócio retroage ao dia do começo da gestão, isto é, tem efeitos *ex tunc*, e produz todos os efeitos do mandato, assim passando a se regular como se desde o início fosse mandante e mandatário (art. 873, CC). Na hipótese de o dono do negócio desaprová-la, importa perceber primeiro que só é lícito a ele tomar tal posicionamento se conseguir provar que a atuação do gestor não se realizou conforme os seus interesses diretos, e daí poderá exigir indenização do gestor até pelos casos fortuitos, podendo também exigir que o gestor restitua as coisas ao estado anterior (art. 874, CC).

Afora tudo já comentado, impende atentar também para o fato de que a indenização devida ao gestor não poderá exceder em importância as vantagens obtidas pelo dono do negócio com a gestão (art. 870, *in fine*, CC).

Ademais, o art. 871 do CC dispõe que “quando alguém, na ausência do indivíduo obrigado a alimentos, por ele os prestar a quem se devem, poder-lhes-á reaver do devedor a importância, ainda que este não ratifique o ato”, o que faz com que tal disposição legal torne por todo despicienda a necessidade de ratificação da gestão na presente hipótese. Tudo em razão da boa-fé objetiva e da dignidade da pessoa humana. Assim, aquele que prestou alimentos em lugar de outra pessoa poderá voltar-se contra esta, sendo certo que não haverá a possibilidade de se voltar contra aquele que

recebeu os alimentos, já que os alimentos são irrepetíveis, isto é, não são passíveis de se pedir de volta.

O mesmo raciocínio se aplica em se tratando de despesas realizadas em razão de enterro. Assim, o art. 872 do CC pronuncia: “Nas despesas do enterro, proporcionadas aos usos locais e à condição do falecido, feitas por terceiro, podem ser cobradas da pessoa que teria a obrigação de alimentar a que veio a falecer, ainda mesmo que esta não tenha deixado bens”. Importante ficar atento para o fato de que, tanto no cumprimento da obrigação alimentar quanto nas despesas oriundas de sepultamento, não haverá direito de reembolso se o gestor fizer tais despesas por mera liberalidade, com simples intento de bem-fazer (art. 872, parágrafo único, CC).

A última regra do Código Civil atinente à gestão de negócios está no art. 875, que dispõe: “Se os negócios alheios forem conexos ao do gestor, de tal arte que se não possam gerir separadamente, haver-se-á o gestor por sócio daquele cujos interesses agenciar de envolta com os seus”. Trata-se de hipótese em que o negócio em que o gestor interveio não lhe é inteiramente alheio. Por isso o gestor e o dono do negócio serão considerados sócios, aplicando-se as normas atinentes ao contrato de sociedade.

Por fim, atentamos para a chamada gestão imprópria, que nas palavras de César Fiuza: “É a administração de negócio alheio na suposição de que seja próprio. O gestor que obtém proveito à custa do dono fica obrigado a ressarcir-lo, com a aplicação dos princípios do enriquecimento sem causa. No caso de o gestor agir com dolo, sabendo não ser seu o negócio gerido, haverá perdas e danos, além da restituição do enriquecimento sem causa. O instituto não é regulamentado em nosso Direito Positivo, mas existe e pode ser invocado” (FIUZA, 2006).

## **4. Do pagamento indevido**

Ocorre o pagamento indevido quando o *solvens* paga à pessoa equivocada por engano, ou quando paga à pessoa correta, porém paga quantia ou coisa além do que esta tem direito.

### **4.1 Requisitos do pagamento indevido**

Para que o pagamento indevido se configure, alguns requisitos são necessários:

- a) A realização de um pagamento.
- b) Ausência de fundamento jurídico para o pagamento.
- c) Engano da parte que realizou o pagamento.

## **4.2 Regras do pagamento indevido**

Do pagamento indevido decorrem duas importantes regras:

- 1<sup>a</sup>) **Quem paga mal paga duas vezes.** Quando uma pessoa paga indevidamente à outra, não se terá desonerado da obrigação, uma vez que terá que proceder ao pagamento novamente, porém agora em relação à pessoa certa.
- 2<sup>a</sup>) **Quem paga mal tem direito a repetir o indébito.** Aquele que pagou à pessoa equivocada poderá pedir de volta o que houver pago por engano. A referida regra decorre da vedação ao enriquecimento sem causa. Para tanto, caberá a ação de repetição de indébito (*actio in rem verso*), sendo que àquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro (art. 877, CC). Vale lembrar, ainda, que o pagamento indevido, além de ocorrer nas obrigações de dar, poderá ter por objeto prestação consistente em fazer, ou poderá ser efetuado para se eximir de obrigação de não fazer. Nessas hipóteses, tem aplicabilidade o art. 881 do CC, que dispõe: “Se o pagamento indevido tiver consistido no desempenho de obrigação de fazer ou para eximir-se da obrigação de não fazer, aquele que recebeu a prestação fica na obrigação de indenizar o que a cumpriu, na medida do lucro obtido”.

## **4.3 Hipóteses em que não é possível a repetição**

A regra é que aquilo que foi recebido como pagamento indevido deverá ser restituído. Porém, tal regra comporta exceções:

Art. 880, CC: “Fica isento de restituir pagamento indevido aquele que, recebendo-o como parte de dívida verdadeira, inutilizou o título, deixou prescrever a pretensão ou abriu mão das garantias que asseguravam seu direito; mas aquele que pagou dispõe de ação regressiva contra o verdadeiro devedor e seu fiador”. Nesse caso, o devedor que paga mal

não poderá exigir a restituição, mas terá direito de cobrar do devedor da pessoa a quem pagou por engano. Supondo que “A”, por engano, pague a “B” o que deveria ter pago a “C”, “B” não terá que restituir o pagamento se rasgar a nota promissória que representava seu crédito junto a “D”, imaginando que o depósito feito em sua conta fora realizado por “D”, que lhe devia quantia igual à depositada por “A” (FIUZA, 2006).

Art. 882, CC: “Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível”. Em se tratando de pagamento de obrigação natural, isto é, aquela em que há apenas o elemento débito, prescindindo do elemento responsabilidade, não se torna possível pedir de volta pelo que se pagou. Isso porque aquele que paga obrigação natural entende-se na verdade cumpridor de obrigação a que estava subordinado, não se caracterizando liberalidade, portanto, e não cabendo o pleito de restituição *a posteriori*.

Art. 883, CC: “Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei”. Há aqui aplicação direta do brocardo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, isto é, ninguém poderá ser ouvido alegando a sua própria torpeza. Assim, por exemplo, a quantia paga indevidamente para obtenção de drogas ou material pornográfico não poderá ser pedida de volta, sendo que o parágrafo único do mencionado artigo informa que “o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz”. Mais uma crítica precisamente formulada pelo Prof. César Fiuza merece menção: “O parágrafo único do art. 883, que trata do pagamento efetuado para a obtenção de fins ilícitos ou imorais, apresenta regra um tanto quanto incompreensível. (...) Não vemos aplicabilidade para tal regra. Ora, se o devedor não tem direito à repetição, como será cobrado daquele que recebeu indevidamente, a fim de se reverter a soma a estabelecimento de beneficência?” (FIUZA, 2006).

#### **4.4 Frutos, acessões, benfeitorias e deteriorações supervenientes ao pagamento**

## ***indevido***

Caso à coisa dada em pagamento indevido tenham sobrevivido frutos, acessões, benfeitorias e deteriorações, as regras a serem aplicadas serão as previstas nos arts. 1.214 ao 1.222 do Código Civil, observando-se se de boa-fé ou má-fé estava o possuidor (art. 878, CC). E acerca das acessões aplicam-se as regras dos arts. 1.253 e seguintes do Código Civil.

### ***4.5 Alienação de imóvel dado em pagamento indevido***

Na hipótese daquele que recebeu um imóvel indevidamente em razão de pagamento que não deveria ter se operado e posteriormente o aliena a um terceiro, alguns pontos deverão ser analisados, conforme o art. 879 e seu parágrafo único:

- ◆ Se a alienação foi a título oneroso e se deu de boa-fé: terá que restituir apenas o valor do imóvel.
- ◆ Se a alienação foi a título oneroso e se deu de má-fé: terá que restituir o valor do imóvel acrescido das perdas e danos devidos.

Em ambas as hipóteses, o terceiro de boa-fé poderá reter o imóvel, não sendo prejudicado, tudo isso em razão de aplicação da teoria da aparência.

- ◆ Se a alienação foi a título gratuito, em qualquer caso ou a título oneroso, sendo que o terceiro adquirente agiu de má-fé: aquele que pagou por engano poderá reivindicar o imóvel, e o terceiro que adquiriu gratuitamente ou o terceiro que agiu de má-fé terá que restituir o imóvel.

## **5. Do enriquecimento sem causa**

Enriquecimento sem causa significa o mesmo que enriquecimento indevido ou enriquecimento ilícito. De acordo com Carlos Nelson Konder, “a ideia geral de que ao direito não é admissível um acréscimo patrimonial às custas de outrem sem um fato jurídico idôneo a justificá-lo é traduzida tecnicamente como a vedação ao enriquecimento sem causa” (KONDER, 2005).

A vedação ao enriquecimento indevido é princípio geral de Direito que se encontra positivado nos arts. 884 a 886 do CC, dentro do título que trata

dos atos unilaterais. Isso porque a vedação ao enriquecimento sem causa é o princípio que fundamenta praticamente todas as obrigações derivadas dos atos unilaterais. Por isso, Sílvio Venosa diz que o enriquecimento sem causa e o pagamento indevido são “trancos da mesma cepa, ou melhor, o pagamento indevido pertence ao grande manancial de obrigações que surge sob a égide do enriquecimento ilícito” (VENOSA, 2004).

Por enriquecimento indevido podemos, então, apontar todo aumento patrimonial que ocorra sem causa jurídica que o justifique.

## **5.1 Requisitos do enriquecimento sem causa**

Quatro são os requisitos necessários apontados pela doutrina para que ocorra o enriquecimento sem causa:

- 1) Diminuição patrimonial ou empobrecimento do lesado.
- 2) Aumento patrimonial do beneficiado.
- 3) Relação de causalidade entre o enriquecimento de um e o empobrecimento do outro.
- 4) Ausência de causa jurídica que justifique o enriquecimento de um e o empobrecimento do outro.

Embora sejam esses os requisitos apontados pela doutrina tradicional para que se apresente o enriquecimento sem causa, relevante perceber que há forte tendência em se afastar ou atenuar o primeiro requisito, o que constatamos pela aprovação do enunciado 35 na I Jornada de Direito Civil, com o seguinte teor: “a expressão ‘se enriquecer à custa de outrem’ do art. 884 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento”.

## **5.2 Efeitos do enriquecimento sem causa**

O grande efeito do enriquecimento indevido está estampado no art. 884 do CC com os seguintes dizeres: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”. Se o objeto do enriquecimento se traduzir em uma coisa, esta deverá ser devolvida e, se não mais existir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Se de início houve causa jurídica a justificar o aumento patrimonial de um, porém, causa esta que deixou de existir, ainda assim a restituição é devida (art. 885, CC).

### **5.3 A subsidiariedade do instituto**

A subsidiariedade do instituto do enriquecimento sem causa está prevista no art. 886 do CC com o seguinte teor: “Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”.

Na lição de Carlos Konder, “a ideia de subsidiariedade do instituto tem origem no sistema francês (...) temia-se que *actio de in rem verso*, sugerida somente em doutrina, viesse a suplantar a aplicação de outras ações. Junte-se a isso, também a possibilidade de que a ação pudesse viabilizar o afastamento e a fraude de dispositivos imperativos ou beneficiar aquele que perde uma ação por erro ou negligência” (KONDER, 2005).

Assim, se na lei existirem outros meios aptos a ressarcir o prejuízo sofrido pelo lesado, não é caso de pleito de restituição por enriquecimento indevido. Nessa esteira, ressalta César Fiuza que “não se deve, tampouco, confundir o princípio do enriquecimento sem causa com a ação de locupletamento dele oriunda. Esta só terá cabida na falta de outra ação específica, segundo o art. 886. Assim, no pagamento indevido, caberá ação de repetição de indébito (*condictio indebiti*) e não a ação de locupletamento, embora tenha ocorrido o enriquecimento sem causa. Não havendo outra ação mais específica, admite-se, então, a de locupletamento” (FIUZA, 2006).

## ◆ Referências

- ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil comentado*. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ASSIS, Araken de. *Contratos nominados*. In: REALE, Miguel; COSTA, Judith Martins (Coord.). 2. ed. São Paulo: RT, 2009.
- CASSETARI, Christiano. *Elementos de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito dos contratos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FIUZA, César. *Direito civil*. Curso completo. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV, t. II.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Contratos e atos unilaterais. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. III.
- KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações*. Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- KÜMPPEL, Vitor Frederico. *Direito dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Das várias espécies de contratos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Código Civil anotado*. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Contratos no direito civil brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. t. II.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. III.
- QUEIROZ, Mônica. *Direito das obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010.
- QUEIROZ, Mônica. *Parte geral do direito civil e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2010.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3.

- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 28. ed. São Paulo: Saraiva 2002. v. 3.
- SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito civil*. Responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- SANTOS, Adrianna de Alencar Setubal. Do seguro. In: SCAVONE JR., Luiz Antônio; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu (Coord.). *Comentários ao Código Civil: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.
- SIMÃO FILHO, Adalberto. Da agência e distribuição. In: SCAVONE JR., Luiz Antônio; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu (Coord.). *Comentários ao Código Civil: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.
- TALAVERA, Glauber Moreno. Da constituição de renda. Da fiança. Da transação. In: SCAVONE JR., Luiz Antônio; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu (Coord.). *Comentários ao Código Civil: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.
- TARTUCE, Flávio. *Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. São Paulo: Método, 2006.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.