

AUTONOMIA DA VONTADE PRIVADA E EXTINÇÃO DOS CONTRATOS

Luciane da Silva Onça*

Wanderlei de Paula Barreto**

Sumário: Introdução; 2. Conceito de contrato. 2. Princípio da autonomia da vontade privada. 3. Extinção dos contratos. 3.1 Resolução e redibição. 3.1.2 Cláusula resolutiva tácita. 3.1.3 Efeitos da resolução por inexecução voluntária ou culposa. 3.1.4 Resolução por inexecução involuntária e seus efeitos. 3.1.5 Resolução, anulação e nulidade relativa. 3.2 Resilição. 3.2.1 Conceito e efeitos. 3.2.2 Distrato. 3.2.3 Revogação, denúncia, renúncia. 3.4 Cessação. 4. Conclusão. Referências

RESUMO

O contrato é um dos mais importantes institutos jurídicos, pois instrumentaliza a movimentação de riquezas na sociedade. É regido, principalmente, pelo princípio da autonomia da vontade privada. Referido princípio desdobra, entre outros, os seguintes reflexos no mundo do Direito: liberdade contratual; a força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*); os vícios do consentimento; contratos de massa. Em relação à extinção dos contratos, mister diferenciar anulação e dissolução. A anulação diz respeito a causas anteriores ou contemporâneas à formação do contrato e a dissolução refere-se a causas posteriores ou supervenientes à formação do contrato. As formas de dissolução são: resolução, que se caracteriza pelo inadimplemento culposos ou não por parte de um dos contratantes (redibição, cláusula resolutiva tácita, inexecução voluntária ou culposa, inexecução involuntária, resolução por onerosidade excessiva); resilição, modo de extinção pela declaração de vontade de uma ou ambas as partes (distrato, revogação, denúncia,

* Graduada pela Universidade Estadual de Maringá – UEM; Especialista pela Escola da Magistratura do Paraná-EMAP Maringá, Mestranda em Direito da Personalidade pelo Centro Universitário de Maringá-Cesumar; Assessora da defensoria pública. E-mail: luciane-08@hotmail.com.

** DOUTOR PELA EBERHARD-KARLS UNIVERSITÄT TÜBINGEN E PÓS-DOCTOR PELO MAX PLANCK INSTITUT FÜR VÖLKERRECHT UND INTERNATIONALES ÖFFENTLICHES RECHT E PELA RUPRECHT-KARLS UNIVERSITÄT HEIDELBERG, AMBOS NA ALEMANHA. PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CIVIL APOSENTADO DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ. PROFESSOR DO PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO DO CESUMAR – CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARINGÁ, DA FACNOPAR – FACULDADE DO NORTE NOVO DE APUCARANA, E DA UNIFAMMA, FACULDADE METROPOLITANA DE MARINGÁ. ADVOGADO EM MARINGÁ – PR.

Endereço comercial: Avenida Brasil, nº 354, Zona 03, Maringá – PR, CEP: 87050-000, telefone: (44) 3227-3815, e-mail: ADVWPBAR@WNET.COM.BR; WWW.ADVOCACIABARRETO.COM.BR

renúncia) e a rescisão, ruptura do contrato em que houve lesão. Referidas formas são comumente confundidas pela legislação, doutrina e jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato; autonomia da vontade privada; anulação, dissolução.

AUTONOMY OF PRIVATE WILL AND TERMINATION OF CONTRACT

ABSTRACT

The contract is one of the most important legal institutions, it exploits the movement of wealth in society. It is mainly governed by the principle of freedom of choice private. That principle has the following consequences in the world of law: freedom of contract, the binding force of contracts (*pacta sunt servanda*), the vices of consent, contracts of mass. Regarding the termination of contracts necessary to differentiate annulment and dissolution. Annulment concerns prior or contemporaneous causes the formation and dissolution of the contract refers to subsequent or supervening causes the formation of the contract. The forms of dissolution are: resolution, which is characterized by default or not guilty of one of the contractors (redibição, implied termination clause, voluntary or culpable failure, failure involuntary resolution by excessive financial burden); Resilição mode, the extinction declaration will one or both sides (dissolution, revocation, termination, resignation) and termination, breach of contract where there was injury. These forms are often confused by legislation, doctrine and jurisprudence.

KEYWORDS: Contract; autonomy of private will; annulment; dissolution

INTRODUÇÃO

O contrato é negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Todavia, existe nova ideologia, calcada no direito constitucional que enfatiza a importância da função do magistrado em fazer cumprir os deveres contratuais gerais da boa-fé, função social, solidariedade, cooperação, dentre outros.

Indaga-se: É o casamento um contrato? O casamento é um ato jurídico bilateral, solene. Não obstante haver no casamento um acordo de vontade, o contrato, por sua vez, é instituto situado no direito obrigacional, regido por preceitos próprios, como a cláusula resolutória tácita, a condição do contrato não cumprido, a proposta e a aceitação e muitos

outros princípios. É inadmissível a aplicação de referidos preceitos na separação consensual, na reconciliação, no reconhecimento de filhos, na partilha. Portanto, o casamento não configura um contrato, a despeito da opinião dos que abraçam a tese contratualista. A estipulação sobre o regime de bens, sim, é um contrato.

Dentre os vários princípios que regem o direito contratual, destaca-se o princípio da autonomia da vontade privada, que consiste na liberdade de as pessoas regularem os seus interesses por meio de contratos. Importantes princípios fundamentam-se na autonomia privada, como os da liberdade contratual, a força obrigatória dos contratos, os vícios do consentimento e os contratos de massa.

Mister observar que a liberdade de contratar é limitada pela ordem pública e pelos bons costumes, sendo nulos os contratos que lhes são contrários.

Ressalte-se que a liberdade contratual se contrapõe às outras liberdades do ser humano, como a liberdade de pensamento, de trabalho, de moradia, de alimentação e outros direitos individuais. Em virtude disto e para se evitar abusos necessária se faz a observância dos princípios da boa-fé, da função social dos contratos, para se evitar abusos.

A força obrigatória dos contratos tem como objetivo oferecer segurança às relações sociais; todavia, não se podem olvidar os princípios da boa-fé, da justiça e correlatos. Outrossim, esta observação é válida no que tange aos vícios do consentimento, uma vez que são relevantes os motivos que levam o indivíduo a contratar.

Relacionado aos contratos de massa há que se destacar o fato de estes cercearem a autonomia privada do contratante, por serem pré-redigidas suas cláusulas. Para se evitar abusos, fizeram-se necessárias medidas legislativas.

Quanto à extinção dos contratos, é comum a confusão terminológica na legislação, doutrina e jurisprudência quanto aos termos anulação e as formas de dissolução, quais sejam: resolução, rescisão e rescisão.

A dúvida pode ser dirimida, atentando-se para o seguinte aspecto: Se as causas forem anteriores ou contemporâneas à formação do contrato, tem-se a anulação. Causas posteriores ou supervenientes à formação do contrato referem-se a sua dissolução.

1 CONCEITO DE CONTRATO

O contrato, após a edição do Código Civil de 2002, teve redirecionamento paradigmático, sobretudo em face de sua decisiva leitura constitucional¹.

Giselda Hironaka, citando Paulo Nalin, reconhece: “O contrato entre particulares é a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros²”.

Esta nova ideologia que permeia o contrato destaca a importância do papel do juiz em fazer cumprir os deveres contratuais gerais (justiça, solidariedade, cooperação, função social, boa-fé, equivalência material, confiança, transparência e informação)³.

Clovis Bevilacqua identifica-o com o ato jurídico bilateral, definindo-o, nas observações ao artigo 1.079 do Código Civil, “como o acordo de vontade para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos⁴”.

Segundo Orlando Gomes, “contrato é negócio jurídico bilateral, ou plurilateral⁵”. Para João de Matos Antunes Varela, o contrato “é essencialmente um acordo vinculativo de vontades opostas, mas harmonizáveis entre si” e tem como elemento fundamental o mútuo consenso⁶.

No Direito de Família, Clovis Bevilacqua e Carlos Roberto Gonçalves consideram o casamento um contrato, porque há nele acordo de vontade⁷.

O Código português não define, expressamente, a figura do contrato, mas amplia a noção da lei italiana sobre este preceito. Além de admitir a constituição de obrigações com prestação de caráter não-patrimonial, considera, expressamente, como contrato o casamento, constituído essencialmente por relações pessoais, bem como o pacto sucessório, que é fonte de relações *mortis causa*⁸.

Luiz Roldão de Freitas Gomes, ante a diversidade de conceitos, indaga sobre o que melhor se adequaria à sistemática do direito brasileiro. Cita o professor Clóvis Paulo da Rocha, que situou o conceito de contrato no âmbito do direito das obrigações. Argumenta o referido mestre que, se se equiparar o contrato aos atos jurídicos bilaterais, seriam contratos a

¹ HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes. **Direito dos contratos**. Direito civil. MORRIS, ZOE Amanda, BARROSO, Lucas Abreu (Coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 3. p. 40.

² NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. Em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional, p. 253 *apud* HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes, op. cit., p. 40.

³ HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes, op. cit., p. 40.

⁴ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Contrato**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 19.

⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 4.

⁶ VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 7 ed. rev. atual. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. v. 1. p. 225.

⁷ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. op. cit., p. 20.

⁸ VARELA, João de Matos Antunes. op. cit., p. 222.

emancipação, o casamento, a separação consensual, a reconciliação dos cônjuges e muitos outros atos que se estendem além do direito privado, inserindo-se no direito processual, no administrativo e no internacional público⁹.

Prossegue o referido professor: “em relação ao contrato, no direito são estabelecidos preceitos gerais, como o distrato, a resolútoría tácita, a condição do contrato não cumprido, a proposta e a aceitação e muitos outros princípios”. Ter-se-ia de admitir, neste caso - se o reconhecimento de filhos e a partilha, a separação consensual, a reconciliação e outros atos bilaterais são contratos - a incidência neles do distrato, da resolútoría tácita, dos princípios da proposta e da aceitação, das perdas e danos para a proposta aceita e não cumprida e da *exceptio non adimpleti contractus*, o que é insustentável¹⁰.

Diante do exposto, adere-se à teoria institucional, segundo a qual o casamento não é um contrato, mas sim uma instituição. Isto porque o casamento é um ato jurídico bilateral e solene. “Difere profundamente o casamento, do contrato em sua constituição, modo de ser, alcance de seus efeitos e duração. Concebê-lo como um contrato, equiparando-o a uma venda ou a uma sociedade, é colocar em plano secundário seus nobres fins”¹¹, quais sejam o auxílio mútuo material e espiritual, ou seja, uma integração fisiopsíquica entre os cônjuges e a constituição de uma família, que é a célula básica da sociedade.

Conclui o professor Clóvis Paulo da Rocha que, na sistemática do Código Civil, que disciplina o contrato no direito das obrigações e não na Parte Geral, afigura-se ilógico estender seu âmbito de incidência além daquela parte, a despeito de impropriedades terminológicas em algumas de suas disposições. Portanto, em sua sistemática, o contrato é apenas obrigatório [sic]¹².

O professor Darcy Bessone de Oliveira Andrade adota singular posição, filiando-se ao direito italiano, cujo Código Civil conceitua contrato, no artigo 1.321 como “o acordo de duas ou mais pessoas para entre si constituir, regular e extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial”, o que justifica reduzir no direito brasileiro, o campo de abrangência do contrato à área obrigacional¹³.

Importa observar a nova ideologia que permeia o contrato, expressa no texto constitucional e absorvida pelo Código Civil de 2002, que lhe conferiu uma visão mais humana, respaldada na função social, boa-fé, justiça, confiança, entre outros princípios.

⁹ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Contrato**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 21.

¹⁰ Id. Ibid., p. 22.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. v.5. p. 38 e 39.

¹² GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Contrato**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 22.

¹³ Id. Ibid., p. 22 e 23.

2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE PRIVADA

Diversos princípios regem o direito contratual privado. Dentre estes, destaca-se o princípio da autonomia da vontade privada.

“Princípio da autonomia privada” é expressão que substitui “princípio da autonomia da vontade”, cunhada por Gounot, em 1912, e que caracteriza a concepção individualista e liberal que ao seu tempo imperava¹⁴.

Mister se faz observar a distinção entre autonomia privada e autonomia da vontade. Nesta, a vontade é o único motor dos negócios jurídicos, enquanto, na autonomia privada, predomina a existência de um âmbito particular de atuação do sujeito, com eficácia normativa¹⁵. Konrad Hesse aduz que a autonomia privada pressupõe uma situação jurídica e fática aproximadamente igual entre os interessados, a fim de que a autonomia privada de um não conduza à falta de liberdade do outro, ultrapassando, por conseguinte, o limite. Por isso, a necessidade da regulação estatal para que se atinja o equilíbrio, por meio de uma conexão de preceitos de direito público e privado¹⁶.

“O princípio da autonomia da vontade particulariza-se no Direito Contratual na liberdade de contratar. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica”. Neste sentido, toda pessoa capaz, mediante declaração de vontade pode contratar, uma vez que a vontade unilateral e o concurso de vontades determinam a produção de efeitos jurídicos¹⁷.

Segundo Fernando Noronha¹⁸, a autonomia privada consiste na liberdade de as pessoas regularem os seus interesses, por intermédio de contratos e, também, de negócios unilaterais, tanto no âmbito pessoal como no patrimonial, especialmente, em que tem destaque a produção e distribuição de produtos e a prestação de serviços. Fernando Noronha assevera que princípios importantes fundamentam-se na autonomia privada, como os da liberdade contratual, do consensualismo e do efeito relativo dos contratos.

¹⁴ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 111.

¹⁵ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada. **Revista do CEJ**- Centro de Estudos Judiciários. Brasília, n. 9, p. 26, dez. 1999, p. 86 *apud* ALVES, Cristiane Avancini. **Embrião Humano: Proposição de um Estatuto Jurídico no Direito Privado Brasileiro**, in NICOLAU JÚNIOR, Mauro (Coord.) **Novos Direitos**. São Paulo: Juruá, 2007. p. 86

¹⁶ Disponível em: < http://www.ufrgs.br/propesq/livro2/artigo_mariana.htm>. Acesso em: 06 jan.2005, *apud* ALVES, Cristiane Avancini. **Embrião Humano: Proposição de um Estatuto Jurídico no Direito Privado Brasileiro**. in NICOLAU JÚNIOR, Mauro (Coord.) **Novos Direitos**. São Paulo: Juruá. 2007. p. 86.

¹⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 22.

¹⁸ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações, introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 390.

José Abreu Filho ressalta a função nitidamente normativa da autonomia privada, sua essência tipicamente negocial e vinculativa ao ordenamento, traço fundamental, uma vez que não se pode conceber a autonomia privada, assim como o negócio jurídico, que serve como seu instrumento, sem a presença do direito¹⁹.

Para que a vontade privada seja determinante de efeitos jurídicos, deve haver autonomia e à pessoa ser-lhe reconhecido o poder de decisão, no âmbito patrimonial da sua esfera jurídica e, também, no pessoal. Somente assim a pessoa organizará a sua própria vida, celebrando casamento, pactos antenupciais, testamento, contratos, estabelecendo relações de trabalho, constituindo diversos tipos de sociedades e associações²⁰.

Cláudia Lima Marques refere-se ao famoso dogma da liberdade contratual e explica, “acima de tudo o princípio da autonomia da vontade exige que exista, pelo menos abstratamente, a liberdade de contratar ou de se abster, de escolher o parceiro contratual, o conteúdo e a forma do contrato”²¹. Destarte, a vontade humana e não a autoridade da lei constitui o elemento nuclear, a fonte e a legitimação da relação jurídica contratual. Sendo assim, a força obrigatória dos contratos origina-se na vontade; à lei cabe, simplesmente, colocar à disposição das partes instrumentos para assegurar o cumprimento das promessas e limitar-se a uma posição supletiva. A doutrina da autonomia da vontade faz nascer a teoria dos vícios do consentimento, que consiste na necessidade de o Direito assegurar que a vontade criadora do contrato seja livre de vícios ou de defeitos²².

A aceitação da doutrina da autonomia da vontade acarreta as seguintes conseqüências e reflexos no mundo do Direito:

a) A liberdade contratual

O contrato instrumentaliza a movimentação de riquezas na sociedade; é, pois, para o liberalismo econômico do século XIX, um dos mais importantes institutos jurídicos²³.

Para alguns autores alemães como Zweigert, Koetz, Koendgen, a idéia de liberdade contratual preencheu três importantes funções à época do liberalismo, momento de maturação da concepção tradicional de contrato, quais sejam: a livre concorrência, baseada em um

¹⁹ FILHO, José Abreu. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 44.

²⁰ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações, introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 390 e 391.

²¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 36.

²² Id., *Ibid.*, p. 35 e 36.

²³ Id., *Ibid.*, p. 36.

mercado livre. Nesta economia livre e descentralizada, a cada contraente deveria ser assegurada a maior independência possível para se auto obrigar, ficando adstrito apenas à observância do princípio máximo: *pacta sunt servanda*. Neste contexto, de suma importância para o direito, o consenso, a vontade do indivíduo, o conteúdo e os limites desta vontade, interna ou declarada. A terceira função do dogma da liberdade contratual denomina-se função “protetora”, que consiste na abstenção pelo Estado de qualquer intervenção nas relações entre indivíduos e na possibilidade destes de se defenderem contra a imputação de obrigações para as quais não tenham manifestado a sua vontade²⁴.

O dogma da liberdade contratual está ligado, intrinsecamente, à autonomia da vontade. Na visão tradicional, a vontade legítima, o contrato, é fonte das obrigações, sendo a liberdade pressuposto, exigência, mais teórica do que prática, desta vontade criadora²⁵.

Os reflexos que ambos os dogmas tiveram na teoria contratual tradicional são: o princípio da liberdade de forma das convenções, o da livre estipulação de cláusulas e a possibilidade de criar novos tipos de contratos atípicos²⁶.

As regras imperativas são um obstáculo à liberdade contratual. Mas, no direito contratual tradicional, estas regras são raras e visam proteger a vontade dos indivíduos, a exemplo das regras sobre capacidade. Além disso, as normas legais restringem-se a fornecer parâmetros para a interpretação correta da vontade das partes e a oferecer regras supletivas, a exemplo das regras sobre o lugar e o tempo do pagamento²⁷.

A liberdade de contratar possui duas limitações de caráter geral: a ordem pública e os bons costumes. Desde que não ultrapassem esses limites, é livre a auto regulação desses interesses²⁸. Em virtude disto pode-se afirmar que as limitações à liberdade de contratar inspiram-se em razão de utilidade social²⁹

A lei de ordem pública diz respeito aos interesses do Estado e da coletividade e no que tange a ordem econômica ou moral de determinada sociedade (Direito Privado) fixa as bases jurídicas fundamentais. Enquanto os pilares fundamentais da referida ordem são em número reduzido, os interesses do Estado e da coletividade variam até em função do regime

²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 36 e 37.

²⁵ Id., *Ibid.*, p. 37.

²⁶ Id., *Ibid.*, p. 37.

²⁷ Id., *Ibid.*, p. 37.

²⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 24.

²⁹ PAGE, Henri de, *apud*, GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 24.

político dominante, o que dificulta determiná-los de forma taxativa. Sendo assim, não é fácil ao juiz invocar a lei de ordem pública³⁰.

Recorre-se ao expediente da enumeração exemplificativa, no qual citam-se as leis que consagram ou salvagam o princípio da igualdade dos cidadãos e o princípio da liberdade, principalmente liberdade de trabalho, de comércio e de indústria; “as leis relativas a certos princípios de responsabilidade civil e as leis sobre o estado e capacidade das pessoas”³¹.

No campo contratual, legislação de ordem pública, com enormes repercussões práticas são a Lei do Inquilinato (Lei nº. 8245/91) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90)³².

Difícil também se mostra conceituar bons costumes. Não obstante parecer uma projeção de regras morais no terreno jurídico, não se confunde com a moral. Consideram-se contrário aos bons costumes, de forma exemplificativa, “os contratos relativos à exploração de casas de tolerância; os concernentes às relações entre os concubinários; os que têm por objeto a corretagem matrimonial e os que dizem respeito ao jogo”³³.

São nulos os contratos que têm causa contrária a leis de ordem pública e aos bons costumes. Todavia a declaração de invalidade, que constitui limitação de ordem geral à liberdade de contratar não foi suficiente para impedir a prática de abusos³⁴.

De acordo com Eduardo Sens dos Santos, a liberdade contratual se contrapõe às outras liberdades do ser humano, mitigando outras liberdades individuais, como a liberdade de pensamento, de trabalho, de moradia e de alimentação, outros direitos individuais e até mesmo direitos difusos e coletivos. Isto significa que quanto maior for a liberdade contratual, menores serão os direitos individuais, até certo limite³⁵.

Tanto a autonomia privada como a autonomia da vontade, calcadas na doutrina liberal, levaram a abusos³⁶.

Conhecer a essência e resultados da autonomia privada leva a uma maior tutela à parte a quem não foi propiciada a possibilidade de contratar, livre e conscientemente³⁷.

³⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 24.

³¹ PAGE, Henri de, *apud*, GOMES, Orlando, op. cit., p. 24 e 25.

³² GOMES, Orlando, op. cit., p. 25.

³³ PAGE, Henri de, *apud* GOMES, Orlando, op. cit, p. 25.

³⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 25.

³⁵ DOS SANTOS, Eduardo Sens. A função social do contrato. **Revista de Direito Privado**, n. 13, p. 105, jan./mar. 2003.

³⁶ Id., *Ibid.*, p. 105.

³⁷ DOS SANTOS, Eduardo Sens. A função social do contrato. **Revista de Direito Privado**, n. 13, p. 105, jan./mar. 2003.

O Estado social tem como objetivo a regulação da atividade econômica. A atividade negocial está inserida na atividade econômica. Sendo assim, as Constituições passaram a estabelecer as garantias e limitações do direito de propriedade individual, bem como o contrato. Em virtude disto, Paulo Luiz Netto Lôbo formula o seguinte questionamento: Seria a livre iniciativa o fundamento da liberdade contratual? Responde que não e expõe que liberdade de empreendimento e liberdade contratual são coisas diversas e relata que se a Constituição afirmasse, categoricamente, a liberdade contratual, qualquer lei que limitasse essa liberdade seria inconstitucional. Nesse sentido, menciona a decisão do Conselho Constitucional francês de que a lei que delimita a liberdade contratual e autonomia da vontade individual não viola o princípio da liberdade de iniciativa³⁸.

Diante do exposto, verifica-se que o dogma da liberdade contratual está ligado, intrinsecamente, à autonomia da vontade e que para evitar nulidades é fundamental a observância de suas limitações, ou seja, a ordem pública e os bons costumes.

b) A força obrigatória dos contratos

A teoria da autonomia da vontade preconiza a superioridade da vontade sobre a lei. O direito deveria moldar-se à vontade, deveria protegê-la e reconhecer a sua força criadora³⁹. Uma vez manifestada a vontade, as partes estão ligadas por um contrato, têm direitos e obrigações, das quais somente poderão se desvincular por meio de outro acordo de vontade ou na hipótese da força maior e do caso fortuito. Esta força obrigatória é reconhecida pelo Direito e se impõe frente à tutela jurisdicional. Ao juiz cabe respeitar e assegurar que as partes obtenham os efeitos manifestados no contrato⁴⁰.

Como consequência da liberdade e da autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos limita-se aos contratantes, manifestando a sua vontade (*inter partes*)⁴¹.

Como consequência da liberdade de contratar, tem-se o rígido postulado *pacta sunt servanda*, ou seja, o contrato faz “lei entre as partes”. Isto significa que aquilo que foi

³⁸ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Direito Contratual e Constituição. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 36, p. 242, out./dez. 2000.

³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 38.

⁴⁰ Id., Ibid., p. 38.

⁴¹ Id., Ibid., p. 38.

ajustado, independentemente do conteúdo da ação e do objeto convencionado, torna-se obrigatório⁴².

Sílvia Rodrigues observa que a cláusula *pacta sunt servanda* assume conotação social, por oferecer segurança às relações negociais, no sentido de atender as expectativas, perante a sociedade, a que a relação jurídica deu origem⁴³.

A força obrigatória dos contratos, outra consequência da autonomia da vontade, ou vontade privada, por limitar os contratantes à vontade manifestada, oferece segurança às relações negociais. Importa destacar que, na formação do contrato, se a vontade de uma das partes estiver viciada, o negócio jurídico é passível de anulação.

c) Os vícios do consentimento

O negócio jurídico é passível de anulação, se na formação do contrato estiver viciada a vontade de uma das partes. Observa-se que a validade (e a eficácia) jurídica do contrato depende da vontade criadora. A figura da anulabilidade inserta no artigo 171, II, do Código Civil homenageia a autonomia da vontade, pois, diversamente da nulidade, que deve ser declarada *ex officio* pelo juiz, a anulabilidade só repercutirá na validade e eficácia do ato se for manifestado o interesse das partes neste sentido e antes da prescrição da ação⁴⁴.

É mister identificar qual vontade serve de fonte e legitimação do contrato: se a vontade interna ou vontade declarada. Não obstante a grande influência exercida por Savigny, ao defender a prevalência da vontade interna, os códigos se dividiram, especialmente o Código Civil alemão (BGB), de 1900. Denota-se pela aceitação da figura do erro e pela preocupação com a segurança e a estabilidade das relações jurídicas, assim como a proteção do terceiro de boa-fé, confirmando o conteúdo do que foi, efetivamente declarado⁴⁵.

Cumprido destacar que se o consentimento viciado não obriga o indivíduo, o consentimento livre de vícios o obriga, de tal maneira que, mesmo sendo o conteúdo do contrato injusto ou abusivo, na visão tradicional só se poderá recorrer ao direito em casos

⁴² JÚNIOR, Cássio M. C. Penteadó. O relativismo da autonomia da vontade e a intervenção estatal nos contratos. **Revista de Direito Privado**, n.14, p. 150, abr./jun. 2003.

⁴³ RODRIGUES, Sílvia *apud* JÚNIOR, Cássio M. C. Penteadó. O relativismo da autonomia da vontade e a intervenção estatal nos contratos. **Revista de Direito Privado**, n.14, p. 150, abr./jun. 2003.

⁴⁴ Id., *Ibid.*, p. 38

⁴⁵ Id., *Ibid.*, p. 38 e 39.

especialíssimos de lesão. Dessarte, são irrelevantes os motivos que teriam levado o indivíduo a contratar e suas expectativas originais⁴⁶.

A semente da nova concepção de direito dos contratos surgiu nas discussões do fim do século XIX e início do século XX, sobre a prevalência da vontade interna ou da vontade declarada, entre a visão filosófica e metafísica do contrato e uma visão mais social ou funcional do processo⁴⁷.

d) Contratos de massa

A autonomia da vontade, a liberdade de contratar e a compulsoriedade dos contratos propiciam imposições normativas específicas, como a Lei de Defesa do Consumidor, o surgimento dos contratos de massa, de características meramente adesivas e da teoria da imprevisão⁴⁸.

O princípio da igualdade de todos perante a lei conduziu à indiferença da ordem jurídica pela situação das partes de qualquer contrato. Mas, devido ao abuso da liberdade, sobretudo em algumas espécies contratuais, fizeram-se necessárias medidas legislativas tendentes a limitá-las⁴⁹.

Essa limitação à liberdade contratual⁵⁰, com vista à socialização do contrato, implicou uma redução da relevância do princípio da autonomia privada, ou seja, diminuiu-se a autonomia de todos, principalmente dos grandes contratantes, no intuito de aumentar a igualdade ou, pelo menos, minimizar a diferença. O princípio foi mitigado, visando à proteção do hipossuficiente, inclusos os interesses difusos e coletivos⁵¹.

É o que se verifica nos contratos de massa, em que se destacam os contratos de adesão. Nos contratos de adesão, a empresa, ou mesmo o Estado, encontram-se na iminência de estabelecer uma série de contratos no mercado. Estes contratos são homogêneos em seu conteúdo (vários contratos de seguro de vida, de compra e venda a prazo de bem móvel), mas concluídos com uma série ainda indefinida de contratantes. A empresa predispõe,

⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 39.

⁴⁷ Id., Ibid., p. 39.

⁴⁸ JÚNIOR, Cássio M. C. Penteadó. O relativismo da autonomia da vontade e a intervenção estatal nos contratos. **Revista de Direito Privado**, n.14, p. 151, abr./jun. 2003.

⁴⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 26.

⁵⁰ A doutrina diferencia liberdade de contratar de liberdade contratual. A primeira seria a liberdade de realizar ou não o pacto, e a segunda, a liberdade de determinar as cláusulas.

⁵¹ DOS SANTOS, Eduardo Sens. A função social do contrato. **Revista de Direito Privado**, n. 13, p.106, jan./mar. 2003.

antecipadamente, por questão de economia, de racionalização, de praticidade e segurança, um esquema contratual, isto é, pré-redige um complexo uniforme de cláusulas a serem aplicadas, indistintamente, a uma série de futuras relações contratuais, oferecido à simples adesão dos consumidores⁵².

Os contratos de adesão, igualmente, são utilizados por empresas públicas ou concessionárias de serviços públicos (por exemplo, no fornecimento de água, luz, serviços de transporte, correios, telefonia) e fazem-se presentes, também, em matéria de contratos de trabalho⁵³.

Nas relações de massa, os contratos poderão ser por escrito, orais e as chamadas condutas sociais típicas, os simples recibos, o ticket de caixas automáticas⁵⁴.

De acordo com Orlando Gomes, os contratos de adesão atingem a liberdade de formação do vínculo contratual, influenciando no próprio conceito de contrato. Referido autor, citando Morin⁵⁵, fala em decadência do contrato, porque as cláusulas de alguns teriam deixado de ser determinadas, livremente, pelas partes, admitindo-se a natureza unilateral do ato de formação⁵⁶.

A prefixação do conteúdo total ou parcial do contrato de maneira unilateral e uniforme por só uma das partes contratantes foi descrito pela doutrina germânica de “condições gerais dos contratos”, na tradução de Portugal “cláusulas gerais contratuais”, e a doutrina francesa utiliza a expressão “contratos de adesão”⁵⁷.

Observe-se que a expressão “condições gerais dos contratos” dá ênfase à fase pré-contratual, quando são elaboradas listas independentes de cláusulas gerais a serem oferecidas ao público contratante, enquanto, ao utilizar a expressão contrato de adesão, a doutrina francesa destaca o momento de celebração do contrato, enfatizando a vontade criadora do contrato, vontade esta que somente adere à vontade manifestada do outro contratante⁵⁸.

Destarte as expressões condições gerais dos contratos e contratos de adesão não são sinônimas, mas, segundo a doutrina e a lei alemãs, a expressão condições gerais pode englobar todos os contratos de adesão com formulários impressos, contratos modelo. Abrange os contratos autorizados ou ditados pelos órgãos públicos, pois estes também são compostos

⁵² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 40.

⁵³ Id., *Ibid.*, p. 41.

⁵⁴ Id., *Ibid.*, p. 41.

⁵⁵ MORIN, *apud* GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 26.

⁵⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 26.

⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 41 e 42.

⁵⁸ Id., *Ibid.*, p. 42.

por cláusulas pré-elaboradas, unilateral e uniformemente, pelos fornecedores, com a única diferença que, nestes casos, as condições gerais estão inseridas no próprio texto do contrato e não em anexo. Eis porque muitos autores utilizam, indistintamente, os termos. Os autores argentinos denominam “contratos por adesão a condições gerais”⁵⁹.

É inegável que esta técnica contratual aporta vantagens evidentes para as empresas, como rapidez, segurança, previsão dos riscos, dentre outras, mas oferecem perigo para os contratantes vulneráveis, uma vez que estes aderem desconhecendo as cláusulas e confiando nas empresas que as pré-elaboraram e na proteção de um Direito mais social. Porém, as empresas tendem a redigir os contratos da maneira que mais lhes convém, incluindo uma série de cláusulas abusivas e inequitativas⁶⁰.

Nos contratos de adesão, a autonomia privada do contratante manifesta-se apenas em relação à liberdade de contratar, ou seja, para decidir se contrata ou não; qualquer modificação contratual lhe é vedada⁶¹.

Quanto aos contratos de massa, ou contratos de adesão, uma vez que as cláusulas são estabelecidas unilateralmente, e o contratante manifesta-se apenas para decidir se contrata ou não, impende que se observem os princípios norteadores do direito contratual, a fim de se evitarem abusos.

3) EXTINÇÃO DOS CONTRATOS

Há uma confusão em relação à terminologia usada na legislação e na doutrina, quanto à matéria da extinção dos contratos.

O vocábulo extinção reserva-se para todos os casos nos quais o contrato deixa de existir. Cumpridas as obrigações pelos contratantes, o contrato está executado, seu conteúdo esgotado, seu fim alcançado. Comparativamente, pode-se dizer que se finda por morte natural. A execução é o modo normal de extinção dos contratos. Pode ser instantânea, imediata ou diferida e a continuada ou periódica até a expiração do prazo estipulado, ou pela vontade de uma das partes, se o contrato é por tempo indeterminado⁶².

⁵⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 42 e 43.

⁶⁰ Id., Ibid., p. 43.

⁶¹ DOS SANTOS, Eduardo Sens. A função social do contrato. **Revista de Direito Privado**, n. 13, p. 106, jan./mar. 2003.

⁶² GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 169.

Executado o contrato, extinguem-se, conseqüentemente, as obrigações e direitos que dele se originaram. Não há qualquer problema em relação à forma e aos efeitos⁶³.

Freqüentemente, o contrato extingue-se antes de as obrigações serem cumpridas, ou seja, antes de ter alcançado seu fim. Nesta hipótese, há várias causas que influenciam a forma e os efeitos⁶⁴.

Mister destacar que as causas anteriores ou contemporâneas à formação do contrato, determinam a extinção deste por anulação. Se a causa extintiva for posterior ou superveniente, tem-se a dissolução, que se verifica pelos seguintes modos: resolução, resilição, rescisão⁶⁵.

A resolução e a resilição podem ser em virtude de regra jurídica (resolução legal e resilição legal), ou de negócio jurídico (resolução negocial e resilição negocial). Se não dependem de exercício do direito ou pretensão, operam-se *ipso iure* (automaticamente); se dependem, dizem-se resolução voluntária e resilição voluntária⁶⁶.

Ater-se à terminologia correta não é questão de rigorismo, mas demonstra boa técnica e zelo, na área jurídica.

3.1 RESOLUÇÃO E REDIBIÇÃO

Situações supervenientes podem impedir que o contrato seja cumprido. A resolução tem como causa, pois, a inexecução por um dos contratantes (art. 475, CC). Denomina-se rescisão, quando promovida pela parte prejudicada com o inadimplemento. Resolução é, portanto, um remédio de que a parte dispõe para romper o vínculo contratual mediante ação judicial⁶⁷.

De acordo com Pontes de Miranda, resolver é desconstituir, sem ser por invalidade, nem revogação. Ainda, segundo este autor, há duas definições de resolução; uma delas é a de resolução *lato sensu* e abrange a resolução com eficácia *ex tunc*, e a outra é a de resolução com eficácia *ex nunc*, mais propriamente chamada “resilição”⁶⁸.

A inexecução pode ser culposa, ou não. Se não houver o cumprimento das obrigações contraídas pelo devedor, pode o credor exigir a execução do contrato, isto é, compelir o devedor ao adimplemento da obrigação ou a resolução do contrato, e em ambos os casos

⁶³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 169.

⁶⁴ Id., *Ibid.*, p. 169 e 170.

⁶⁵ Id., *Ibid.*, p. 170.

⁶⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte especial. Tomo XXXV. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 331.

⁶⁷ GOMES, Orlando. *op. cit.*, p. 171.

⁶⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte especial. Tomo XXXV. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 331.

exigir, cumulativamente, o pagamento de perdas e danos. O pagamento da indenização é uma das formas de cumprimento do contrato; mas, em verdade, constitui sanção aplicada pelo inadimplemento da obrigação, o que não significa que o credor prefira o cumprimento por esse modo. Por este motivo, entendem alguns que se a inexecução é convertida em dever de indenizar, não há, propriamente, resolução. Entretanto, há sim, resolução, a que se acrescenta a obrigação de indenizar, se estiverem presentes seus pressupostos⁶⁹.

Nos contratos bilaterais, cada contratante tem a faculdade de pedir a resolução, se o outro não cumprir as obrigações contraídas. Esta faculdade resulta de estipulação (pacto comissório expresso) ou de presunção legal (cláusula resolutória implícita ou tácita), operando, diferentemente, conforme seja expressa ou tácita⁷⁰.

Nos contratos plurilaterais, a não ser que seja essencial a obrigação que não foi cumprida, o inadimplemento de uma das partes não implica resolução a respeito dos outros⁷¹.

Segundo Agostinho Alvim, a resolução é a parte patológica do direito obrigacional e configura a melhor oportunidade que o juiz tem de exercer o poder discricionário concedido pela lei⁷².

Questão controvertida é a que envolve resolução, em contratos aleatórios. Não obstante negue Orlando Gomes⁷³, pode ocorrer, sim, resolução em contratos aleatórios. Cita-se como exemplo, o contrato de cédula rural, desde que a lesão não se refira à álea (risco) natural do contrato, pode ele ser resolvido.

Haverá resolução nos contratos aleatórios, desde que a causa seja superveniente (na modalidade onerosidade excessiva) ou contemporânea à formação do vínculo e que a álea seja extraordinária e não natural ou intrínseca do contrato.

Exemplificando, no contrato de safra futura, as intempéries, a seca, a chuva, são áleas naturais do contrato. Todavia, se ocorrer fato do príncipe, por confisco cambial, de poupança, será cabível, neste caso, a resolução. Outrossim, em contrato de exportação de frango, a ocorrência de uma guerra, que implique fechamento de fronteiras, configura álea extraordinária, superveniente à formação do vínculo contratual.

⁶⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 171.

⁷⁰ Id., *Ibid.*, p. 171.

⁷¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 171.

⁷² DE LIMA, Clarissa Costa in MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**. Estudos sobre a Nova Teoria Contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 504.

⁷³ GOMES, Orlando. *op. cit.*, p. 171.

Por outro lado, o contrato pode ser resolvido em consequência de inexecução involuntária, e, ainda, por dificuldade de execução em razão de onerosidade excessiva sobrevinda a uma das prestações, segundo algumas legislações⁷⁴.

A redibição, por sua vez, é modalidade especial da resolução. Aplica-se a certos contratos onerosos, especialmente o de compra e venda. Consiste na dissolução do contrato pela existência de vícios redibitórios⁷⁵.

A resolução por inadimplemento, própria dos contratos sinalagmáticos, só se justifica quando o não cumprimento tem importância considerável. A sentença que pronuncia a resolução é constitutiva⁷⁶ negativa ou desconstitutiva.

3.1.2 Cláusula resolutória tácita

A cláusula resolutória, pela qual a inexecução de uma parte autoriza a outra a pedir a resolução, está implícita em todo contrato bilateral. Compreende-se melhor esse princípio, pelo conhecimento de sua formação histórica⁷⁷.

No direito romano, nos contratos de compra e venda, admitia-se cláusula assemelhada, denominada *lex commissoria*, que operava a resolução do contrato por falta de pagamento. Na Idade Média, os canonistas, em respeito à boa-fé, inseriam em todo contrato uma *lex comissoria*, pactuando a resolução por inadimplemento e proclamavam que, independentemente de sua inserção explícita, era presumida a vontade de desfazer o contrato, como punição aos infratores⁷⁸.

As legislações não disciplinaram uniformemente o exercício facultativo da resolução. Os dois sistemas que o admitem são: o francês e o alemão⁷⁹.

Pelo sistema francês, o contrato não se resolve, de pleno direito. A parte lesada pode optar entre exigir o cumprimento, quando possível, ou pedir a resolução do contrato, pleiteando, concomitantemente, a indenização das perdas e danos. O que caracteriza esse sistema é a necessidade de requerimento ao juiz, de sentença judicial, para que haja a resolução. O Código Civil francês concede ao inadimplente prazo para que cumpra as obrigações. Essa particularidade não constitui elemento essencial do sistema. Destarte, no

⁷⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 172.

⁷⁵ Id., *Ibid.*, p. 172.

⁷⁶ Id., *Ibid.*, p. 172.

⁷⁷ Id., *Ibid.*, p. 172.

⁷⁸ BARROS, Ana Lucia Porto de, et. al. **O novo Código Civil comentado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. v. 1. p. 360.

⁷⁹ GOMES, Orlando. *op. cit.*, p. 173.

caso da cláusula resolutória tácita, não é o contratante que resolve o contrato, mas o juiz, a seu pedido⁸⁰.

No sistema alemão, diversamente, considera-se o contrato resolvido de pleno direito se um dos contratantes extrapolarem o prazo fatal fixado para o cumprimento da avença. O Código argentino (art. 1203), outrossim, repele o pacto comissório tácito, de tal forma que somente se poderá pedir a resolução do contrato, se as partes dispuserem expressamente que o contrato se dissolve em caso de inadimplemento⁸¹.

Em favor do sistema francês, alegam-se as seguintes vantagens: a) ao se exigir a sentença judicial, concede-se ao juiz a faculdade de outorgar prazo, se o julga conveniente, não tirando do devedor, talvez de boa-fé, a vantagem do contrato; b) se é inexecução parcial, mínima, em que o credor tira proveito essencial do contrato, o juiz pode repelir a resolução pura e simples e atribuir ao credor lesado o direito à indenização de perdas e danos⁸².

Todavia, o sistema alemão, seguido pela maioria dos códigos, é considerado mais vantajoso. Funciona de modo mais adequado o mecanismo da resolução. Independentemente de pronunciamento judicial e mediante simples declaração comunicada ao outro contratante, a parte prejudicada com a inexecução total ou parcial da outra, pode exigir a reparação do dano ou resolver o contrato. Comprovando que não houve descumprimento da obrigação ou mesmo cumprimento incompleto, o devedor inadimplente pode propor a competente ação declaratória para demonstrar que não deve responder pela inexecução, o que demonstra que não se afasta por completo a intervenção judicial⁸³.

O Código Civil brasileiro de 1916 e o atual, incontestavelmente, adotaram o sistema francês, ainda que não tenha admitido todas as suas conseqüências. De acordo com a nossa tradição, a resolução pela cláusula resolutória tácita não se dá *ipso jure*, mas, sim, por sentença judicial. Porém, esta forma de resolução não é a característica principal, porquanto ocorre, também, por outros modos⁸⁴.

A cláusula resolutória expressa, prevista no artigo 474 do Código Civil atual equivale ao pacto comissório expresso, disposto no artigo 1.163 do Código Civil de 1916.

O pacto comissório expresso propiciava ao vendedor, duas opções: rescindir a venda ou exigir o preço. Porém, proposta a demanda por uma das alternativas, não poderia o vendedor alternar o pedido. Para tal finalidade, o Código Civil concedia ao interessado o

⁸⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 173.

⁸¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 4 ed. São Paulo: Atlas. 2004. v. 2. p. 519.

⁸² GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 173.

⁸³ Id., *Ibid.*, p. 173 e 174.

⁸⁴ Id., *Ibid.*, p. 174.

prazo de 10 dias, contados do vencimento, para o pagamento do preço. Se nesse ínterim não pedisse o preço, entendia-se a opção pela rescisão, a qual se operava, de pleno direito⁸⁵.

O pacto comissório não é visto com bons olhos pela doutrina, por ser unilateral e resolver-se, de pleno direito. Verbera-se a solução, pois a “faculdade de resolução cabe apenas ao contratante prejudicado com o inadimplemento, jamais ao que deixou de cumprir as obrigações”⁸⁶.

Não obstante não ter sido recepcionado pelo Código Civil de 2002, o pacto comissório expresso, que tem como fundamento a autonomia da vontade, é admitido pelo sistema e pela tradição, desde que pactuado pelas partes; seus efeitos ocorrem independentemente de notificação. Cita-se, como exemplo, o contrato de compra e venda. Há vedação do pacto comissório nos contratos de venda de imóveis, reserva de domínio, alienação fiduciária e nos contratos que envolvem relações de consumo.

3.1.3 Efeitos da resolução por inexecução voluntária ou culposa

Os pressupostos da resolução por inexecução voluntária são: inadimplemento, ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade entre o fato e o prejuízo. Resultante de pacto comissório ou não, tal resolução que impossibilita a prestação por culpa do devedor, tanto na obrigação de dar como na de fazer ou de não fazer, produz efeitos entre as partes e em relação a terceiros⁸⁷.

Há duas espécies de inadimplemento por parte do devedor: inadimplemento absoluto e inadimplemento-mora ou relativo. O inadimplemento absoluto subdivide-se em inadimplemento absoluto total ou parcial. Dá-se o inadimplemento absoluto no caso de perecimento do objeto, por culpa do devedor, situação no qual a obrigação não foi adimplida e nem há possibilidade de cumprimento. Caso a obrigação não tiver sido cumprida no lugar, no tempo, ou na forma convencionados, mas subsistir a possibilidade de cumprimento, haverá mora⁸⁸.

Somente o inadimplemento absoluto autoriza a resolução do contrato, mediante opção do credor. A simples mora não autoriza a resolução do contrato. A lei permite ao credor

⁸⁵ GALDINO, Valéria Silva. **Claúsulas abusivas no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 127.

⁸⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 174.

⁸⁷ Id., *Ibid.*, p. 175.

⁸⁸ ALVIN, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 4 ed. São Paulo: Forense, 1972. p.7.

enjeitar a prestação vencida e exigir perdas e danos, somente se esta se mostrar inútil (art. 395, parágrafo único, do Código Civil).

O efeito da resolução entre as partes varia conforme o contrato. No contrato de execução única, a resolução opera *ex tunc*; ou seja, extingue o contrato, retroativamente e procede a restituições recíprocas, se cabível. No contrato de execução continuada ou de trato sucessivo, a resolução opera-se *ex nunc*, ou seja, não se resolve em relação às parcelas já prestadas (art. 128 CC). Insta salientar que o reembolso da dívida de valor deve ser pago com atualização monetária. A revalorização do crédito impõe-se mesmo que não seja de valor a respectiva dívida⁸⁹. Ressalte-se que nas relações de consumo, são nulas as cláusulas que estabelecerem a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado, em razão do inadimplemento (art. 53, Lei nº. 8078/90).

Os efeitos da resolução devem ser os mesmos em relação às partes e a terceiros. Em relação a terceiros, que hajam adquirido direitos entre a conclusão e a resolução do contrato, a retroação somente atinge os direitos de crédito. Neste sentido, se o terceiro houver adquirido direito de natureza real, este não será atingido pela resolução e o credor poderá reclamar apenas indenização do dano sofrido⁹⁰. Porém, há autores que não admitem essa solução. Com fundamento no princípio de que ninguém pode transferir mais direitos do que os que têm, os efeitos da resolução deverão ser idênticos em relação às partes e a terceiros, segundo eles⁹¹. A resolução por inexecução culposa, além de extinguir o contrato, sujeita o inadimplente ao pagamento de perdas e danos. O direito pátrio, seguindo orientação do direito suíço, admite que a parte prejudicada pelo inadimplemento pleiteie a indenização dos prejuízos sofridos, cumulativamente com a resolução. Algumas legislações dispõem que não podem ser pedidas, conjuntamente. Para o caso de total inadimplemento da obrigação, se as partes houverem estipulado cláusula penal, esta se converte em alternativa a benefício do credor. Estipulada, no entanto, para o caso de mora, juntamente com o adimplemento da obrigação principal, o credor tem o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada⁹².

As perdas e danos devidos abrangem o dano emergente e o lucro cessante⁹³.

Contrato subordinado a termo essencial, independentemente de qualquer atividade do interessado, a decadência do termo implica resolução automática. Opera-se, portanto com os

⁸⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 175.

⁹⁰ Id. *Ibid.*, p. 175.

⁹¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 14 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3. p. 144.

⁹² GOMES, Orlando. *op. cit.* p. 176.

⁹³ GOMES, Orlando. *op. cit.* p. 176.

mesmos efeitos do pacto comissório expresso. Não obstante a execução do contrato, se ao credor interessar, o vínculo contratual revive com a declaração da parte a quem o termo era essencial. Estas normas também se aplicam às relações contratuais, nas quais o termo, ou seja, a execução do contrato seja relativa no que tange ao tempo da prestação⁹⁴.

A lei brasileira é omissa sobre o incumprimento de escassa importância ou sobre o incumprimento das obrigações acessórias e deveres de conduta. Portanto, deve o juiz com auxílio no princípio da boa-fé objetiva, avaliar cautelosamente a gravidade do descumprimento, a frustração ou a insatisfação do credor⁹⁵.

Não obstante a lei brasileira ser omissa quanto ao inadimplemento insignificante, a teoria do adimplemento substancial é reconhecida por diversos tribunais brasileiros, mesmo antes da entrada do Código Civil atual. Segundo esta teoria, quando o descumprimento, atingir proporções mínimas, de tal forma que não afete os efeitos esperados pelo contrato, é injusto para ambas as partes resolver a relação contratual. Resta, assim, para o credor, apenas a possibilidade de ressarcimento dos seus prejuízos, mesmos que secundários⁹⁶.

A teoria do adimplemento substancial, originária do “common Law”(1779), adotada em países de tradição diversa é conhecida como “*substancial performance*” e possibilita uma maior garantia à segurança jurídica da relação obrigacional⁹⁷.

Nesse diapasão, citam-se algumas decisões jurisprudenciais:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. A falta apenas da última prestação em um contrato de financiamento, ou seja, o adimplemento substancial do contrato pelo devedor, não autoriza o credor a propor ação de busca e apreensão, ou mesmo ação para a extinção do contrato, ainda mais se houve consignação judicial do valor da última parcela. O credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse, age em dissonância com o princípio da boa-fé objetiva. Recurso não conhecido. REsp 272739 / MG - 2000/0082405-4 – Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. 4ª T. J. 01/03/2001 - DJ 02.04.2001. p. 299⁹⁸.

⁹⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 176.

⁹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**. Estudos sobre a Nova Teoria Contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 511.

⁹⁶ LIMA, Aliciene Bueno Antochaves de. A teoria do adimplemento substancial e o princípio da boa fé objetiva. **Revista eletrônica do Curso de Direito da UFMS**, Santa Maria, v. 2, n. 2, p. 75-84, jul.2007. Disponível em: <<http://www.bdjur.stj.gov.br>> Acesso em: 04 maio 2010.

⁹⁷ Id. *Ibid.*, p. 3

⁹⁸ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DA BAHIA: banco de dados. Disponível em: <<http://www.amab.com.br/site/sentencas.php?cod=280>> Acesso em: 04 maio 2010.

APELAÇÃO CÍVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA, DIANTE DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. Caso em que a presente demanda versa sobre a busca e apreensão de bem adquirido mediante financiamento garantido por alienação fiduciária, a qual não foi convertida em ação de depósito, como afirmado pelo recorrente. Correta a sentença ao entender que houve adimplemento substancial da avença, a impedir a ação de busca e apreensão. Apelo parcialmente conhecido e desprovido na parte conhecida⁹⁹.

Nota-se que a doutrina da teoria do adimplemento substancial embora não esteja positivada, tem grande importância e aplicação no direito brasileiro.

3.1.4 Resolução por inexecução involuntária e seus efeitos

Diz-se inexecução involuntária, porque o devedor, embora queira, não pode satisfazer a prestação a que se obrigou. Na inexecução involuntária, a causa da resolução do contrato, porque estranha à vontade da parte inadimplente, não lhe é imputada¹⁰⁰.

Se a causa é alheia e superior à vontade do devedor, independente do motivo determinante da inexecução opera-se a resolução necessariamente¹⁰¹.

A impossibilidade superveniente de ser cumprida a obrigação, deve provir de caso fortuito ou de força maior, cujos efeitos não podiam ser evitados ou impedidos pelo devedor. Trata-se, portanto de impossibilidade objetiva. Ademais a impossibilidade deve ser total, pois sendo parcial, o credor pode ter interesse em que, ainda assim, o contrato seja executado. Verifica-se esse interesse, principalmente, nos contratos que têm por objeto a prestação de várias coisas principais ou de uma coisa principal e de uma ou várias coisas acessórias. A impossibilidade há de ser definitiva. Nos contratos de execução continuada somente se justifica a resolução, se persistir por tanto tempo que o cumprimento da obrigação deixa de interessar ao credor. A impossibilidade temporária normalmente acarreta apenas a suspensão do contrato¹⁰².

⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n 70022615439. 14ª Câmara Cível. Relatora: Des. Isabel de Borba Lucas. J.24.04.2008. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/site/> > Acesso em: 04 maio 2010.

¹⁰⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 176.

¹⁰¹ Id., Ibid. p. 176.

¹⁰² Id., Ibid., p. 177.

Destarte, a inexecução involuntária determinante da resolução do contrato é a que decorre de impossibilidade superveniente, objetiva, total e definitiva. Não se deve confundir impossibilidade com dificuldade¹⁰³.

Assim como na hipótese da cláusula resolutiva expressa, a resolução opera-se, nesse caso, de pleno direito. Desnecessário, portanto, requerê-la ao juiz. Cabível a intervenção judicial para restituir o que recebeu, ou mesmo para lhe ser reconhecido o direito de recusar a contraprestação¹⁰⁴.

É retroativo o efeito da resolução por inexecução fortuita, tal como na resolução por inexecução culposa. Todavia, as conseqüências da inexecução são diferentes. Na inexecução voluntária, a parte inadimplente responde por perdas e danos. Na inexecução fortuita não, pois não seria justo obrigá-lo a pagar perdas e danos, se não lhe é imputável a causa do inadimplemento. Porém se estiver em mora, permite-se a responsabilização expressa do devedor pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior¹⁰⁵.

Quanto às conseqüências da resolução do contrato pela extinção da obrigação por força maior ou caso fortuito, se o contrato é unilateral, é o credor quem suporta o risco. Mas, se o contrato é bilateral, a obrigação perde a sua causa e rompe-se o vínculo de conexão entre as obrigações. Destarte extingue-se a pretensão de quem deixou de cumprir, mas fica impossibilitado de exigir a contraprestação. Se a prestação da outra parte já foi cumprida, para que não haja enriquecimento sem causa, a parte liberada é obrigada a restituir o que recebeu. O pagamento seria indébito, pelo que a lei autoriza a repetição. Após a resolução do contrato, as partes voltam à situação anterior à sua celebração¹⁰⁶.

Efetivamente, a resolução contratual é um dos institutos mais importantes no direito das obrigações. Apesar de sua relevância prática, o regime legal é insuficiente e pouco inovador. Todavia, sua aplicação pode ganhar feição nova se interpretada sob a ótica da boa-fé objetiva. Esse princípio pode auxiliar tanto na apreciação da presença dos requisitos para a resolução como também para coibir abusos na sua aplicação¹⁰⁷.

3.1.5 Resolução, anulação e nulidade relativa

¹⁰³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 177.

¹⁰⁴ Id., *Ibid.*, p. 177.

¹⁰⁵ Id., *Ibid.*, p. 177 e 178.

¹⁰⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 178.

¹⁰⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**. Estudos sobre a Nova Teoria Contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 527.

Conforme exposto, independente da causa, a resolução é modo de dissolução dos contratos. Embora se assemelhe no modo de exercício e nos efeitos, à anulação, desta se diferencia. O contrato nulo não produz efeitos desde sua formação, já o contrato anulável é eficaz até o momento em que é anulado, produz efeitos, portanto, durante algum tempo. Mas, declarada a sua anulação extingue-se como se fosse resolvido. Tal como ocorre na resolução, para ser anulado, é preciso, que o interessado requeira ao juiz a invalidação, por isso se diz que é nulidade dependente de rescisão. Extingue-se unicamente por efeito de sentença judicial. A anulação, assim como a resolução, tem efeito retroativo. Tudo o que foi executado anteriormente desaparece como se o contrato jamais tivesse existido¹⁰⁸.

Todavia não se confundem e distinguem-se pela causa. São causas ensejadoras da anulação a incapacidade relativa de um dos contratantes e vício do consentimento. A anulação não deve ser incluída entre os modos de dissolução do contrato, isto porque, as causas determinantes da anulação de um contrato são necessariamente anteriores ou contemporâneas à sua formação. As causas de resolução, supervenientes. Portanto, a resolução pressupõe contrato válido, enquanto na invalidade, o contrato é atingido em sua própria substância¹⁰⁹.

Outrossim, a resolução não se confunde com a nulidade relativa. Esta não obstante ser insanável e imprescritível, não extirpa do contrato toda relevância jurídica, pois tal como nos contratos anuláveis, o contrato permanece eficaz enquanto os legitimados não promoverem a ação de invalidação. A nulidade relativa diferencia-se também da resolução pela legitimação para propor a ação anulatória¹¹⁰, uma vez que somente poderá ser alegada pelo interessado ou seu representante.

3.2 RESILIÇÃO

3.2.1 Conceito e Efeitos

A resilição está prevista no artigo 473 do Código Civil.

“Resilição é o modo de extinção do contrato pela declaração de vontade de uma ou ambas as partes. Pode ocorrer na forma de distrato, quando é feita de comum acordo entre as partes, mas também pode ocorrer por vontade unilateral”¹¹¹.

¹⁰⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 182.

¹⁰⁹ Id., Ibid., p. 182.

¹¹⁰ Id., Ibid., p. 182.

¹¹¹ SANTOS, L. R. Carvalho; SILVEIRA, Carlos Alberto de Arruda. **Contratos**. Doutrina, Prática, Jurisprudência e Legislação. Campinas: Péritas Editora e Distribuidora Ltda, 1998. p. 41.

A rescisão, “termo importado do direito francês”¹¹², não opera retroativamente. Seus efeitos produzem-se *ex nunc*.

Nos contratos de trato sucessivo, até o momento em que a rescisão ocorre, seja por mútuo consentimento ou por vontade unilateral, os efeitos produzidos permanecem inalterados e jamais serão cassados. Portanto não se restituem as prestações cumpridas¹¹³.

A princípio, não cabe, nos contratos por tempo determinado, a rescisão unilateral. Mas a denúncia é admitida por alguns. Neste caso há extinção *ante tempus*, sujeitando o denunciante a perdas e danos, se não houver justa causa. Entretanto, se a causa extintiva é a inexecução, haverá resolução¹¹⁴.

3.2.2 Distrato

Modo normal de rescisão bilateral, pelo qual as partes declaram em conjunto a vontade de pôr fim ao contrato, com a conseqüente extinção do vínculo contratual entre elas. É, em síntese, um contrato para extinguir outro (Art. 472 CC). Se no próprio contrato constar a faculdade de resilir, trata-se de rescisão convencional, como é o caso do contrato de trabalho por tempo determinado. Embora, nessa hipótese haja mútuo consentimento, não se pode falar propriamente em distrato¹¹⁵.

Segundo Orlando Gomes, todos os contratos podem ser resiliados por distrato, exceto obviamente, os contratos extintos.¹¹⁶ Para Miguel Maria de Serpa Lopes, adepto da teoria contratualista do casamento, há contratos insuscetíveis de distrato, como é o caso do matrimônio, pois o desquite tem efeitos limitados, a adoção e as convenções matrimoniais. A dissolução do contrato pelo distrato opera *ex nunc*. Assim como na nulidade não produz efeitos retroativos. Nas mesmas condições estão os contratos *intuitu personae*, em que há morte de uma das partes contratantes¹¹⁷.

O distrato deve ser feito pela mesma forma que o contrato. Contudo eis o entendimento jurisprudencial:

Distrato informal. Não reduzido à forma do contrato. As partes não podem voltar atrás e exigirem distrato formal, se uma delas dispensou a formalidade em seu interesse e

¹¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2004. p. 515

¹¹³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 187 e 188.

¹¹⁴ Id., *Ibid.*, p. 188.

¹¹⁵ Id. *Ibid.*, p. 184.

¹¹⁶ Id., *Ibid.*, p. 184.

¹¹⁷ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Fontes das obrigações: contratos. 6 ed. rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. III. p. 202.

benefício, entendendo que ela era inútil ou demasiada. Ademais nenhum efeito prático terá, se o apelante já entregou a coisa objeto do contrato, já desfez o contrato com a devolução ao apelado de tudo que dele fazia objeto (RT 180/297)¹¹⁸.

“A resilição unilateral é uma faculdade, sendo admitida nos contratos por tempo indeterminado, nos contratos de execução continuada, nos contratos cuja execução não tenha começado, nos contratos benéficos e nos contratos de atividade”¹¹⁹.

Nos contratos por tempo indeterminado a extinção ocorre, via de regra, pela resilição. Para que se confirme a dissolução, a parte que não tem mais interesse na manutenção do contrato oferece a denúncia, que deve chegar ao conhecimento da outra parte. A fim de que não advenham prejuízos a outras partes, a denúncia deve ser feita com certa antecedência. Não é exigível que a denúncia venha acompanhada de uma justificativa, mas em alguns casos é necessário. Os efeitos produzidos pela denúncia são “*ex nunc*” e extinguem o contrato sem necessidade de pronunciamento judicial¹²⁰.

Nos contratos em que as partes estipulam o direito de arrependimento (“*Jus poenitendi*”), a resilição também pode ocorrer. Nestes casos há a imposição da multa penitencial, que tem a natureza de compensação pecuniária pelo rompimento do vínculo negocial. Com a estipulação de referida multa, nenhuma das partes pode opor-se ao direito da outra de resilir o contrato¹²¹.

Há distinção entre multa penal e cláusula penal. A primeira tem natureza de compensação pecuniária e a segunda aplica-se aos casos de resolução do contrato por inadimplemento e tem natureza de perdas e danos¹²².

3.2.3 Revogação, denúncia, renúncia

Há uma forma especial de resilição, apesar de imprópria, denominada revogação. Mediante retratação de uma das partes autorizada pela lei, tendo em vista as particularidades da relação negocial formada, certos contratos podem ser resilidos¹²³.

¹¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado e legislação extravagante**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 514.

¹¹⁹ GOMES, Orlando. op. cit. p. 185.

¹²⁰ SANTOS, L. R. Carvalho; SILVEIRA, Carlos Alberto de Arruda. **Contratos**. Doutrina, Prática, Jurisprudência e Legislação. Campinas: Périas Editora e Distribuidora Ltda, 1998. p. 42.

¹²¹ Id., Ibid., p. 42.

¹²² Id., Ibid., p. 42.

¹²³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 186.

A denúncia é resilição voluntária, ou seja, dependente de manifestação de vontade. A resilição negocial para o caso de algum evento é denúncia cheia. A resilição legal é, de regra, cheia, mas a lei estabelece resilições vazias, por atribuir a algum dos figurantes, ou a alguns, ou todos o direito e a pretensão de se afastar do negócio jurídico¹²⁴.

A revogação distingue-se da denúncia porque extingue o contrato e, só como consequência mediata, a relação. Faz cessar, *ex tunc ou ex nunc*, os efeitos do negócio. A denúncia põe fim, diretamente, à relação obrigacional¹²⁵.

O ato de revogação destina-se a impedir que este produza seus efeitos próprios e requer cumprimento pelo próprio sujeito que praticou o ato.¹²⁶

Podem resilir-se *ad nutum*, mediante revogação, os contratos estipulados no pressuposto da confiança recíproca entre as partes. É o caso do mandato. A todo tempo, por simples declaração de vontade, e independentemente de aviso prévio, a lei autoriza o mandante a revogá-lo, pondo-lhe termo¹²⁷.

Outrossim, o contrato de doação pode ser revogado, mas o poder de revogação não se exerce livremente. Está condicionado a causas peculiares. Neste caso, por depender de condição resolutiva a ser apreciada pelo juiz, a revogação confunde-se com a resolução¹²⁸.

Destinado a extinguir uma relação jurídica pela auto-eliminação do sujeito ativo, apresenta-se a renúncia. Por ser ato unilateral, a renúncia pertence à categoria dos negócios extintivos. A figura mais característica da renúncia, no direito das obrigações, é a remissão de dívida. A renúncia diferencia-se dos negócios omissivos, como o repúdio¹²⁹. No mandato, ambas as partes podem resilir unilateralmente o contrato, pelo que devem notificar sua intenção ao mandante e, em certos casos, aguardar substituto¹³⁰.

Nos contratos de trato sucessivo, até o momento em que a resilição ocorre, seja por mútuo consentimento ou por vontade unilateral, os efeitos produzidos permanecem inalterados e jamais serão cassados. Portanto não se restituem as prestações cumpridas¹³¹.

3.3 RESCISÃO

¹²⁴ MIRANDA Francisco Cavalcanti, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 332.

¹²⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 187.

¹²⁶ Id., *Ibid.*, p. 187.

¹²⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 187.

¹²⁸ Id., *Ibid.*, p. 187.

¹²⁹ “O repúdio é a recusa de assumir determinada posição jurídica oferecida ao sujeito, como na *omissio adquirendi*, na rejeição da proposta contratual, na declaração do devedor de não querer se beneficiar, com a remissão”. Santoro Passarelli, Teoria Geral do Direito, p. 181 *apud* GOMES, Orlando. *op.cit.* p. 187.

¹³⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 187.

¹³¹ Id., *Ibid.*, p. 187 e 188.

Rescisão é ruptura de contrato em que houve lesão. A inexperiência de uma das partes ou a celebração do contrato em estado de necessidade dão ensejo à lesão que se caracteriza pela desproporção ou desequilíbrio entre as prestações acordadas no contrato. A rescisão somente pode se obter por declaração judicial¹³².

Segundo Sílvio de Salvo Venosa, rescisão traz a “noção de extinção da relação contratual por culpa” e que originalmente, estava ligada tão somente ao instituto da lesão. Frequentemente esse termo é usado com o mesmo sentido de resilir, isto é, “terminar a avença de comum acordo, distratar o que foi contratado”¹³³.

Não obstante ser usado no sentido de resilição ou de resolução, é a rescisão, modo específico de dissolução de certos contratos.

O professor Wanderlei de Paula Barreto expôs em suas aulas, que discorda do conceito de Rescisão apresentado pela maioria dos doutrinadores. Segundo ele, a lesão é causa anterior à formação do contrato, sendo, portanto causa de anulação e não de Rescisão, forma de dissolução contratual, e, portanto concomitante ou posterior à formação do vínculo.

Todavia, se no contrato em que ocorreu lesão, houver o restabelecimento do equilíbrio das prestações com a suplementação do preço, não haverá dissolução do contrato¹³⁴.

Aproxima-se da anulabilidade porque deve ser proposta pelo interessado. Porém para que seja configurada a lesão, necessário a conjugação do elemento objetivo com o subjetivo. A vantagem auferida por uma das partes, há de ser fruto da exploração de sua inexperiência ou necessidade, no momento da celebração do contrato. Distingue-se da nulidade porque a rescisão somente pode ser obtida mediante ação judicial *ad hoc*, enquanto a nulidade é decretável independentemente de provocação¹³⁵.

A sentença rescisória do contrato retroage à data de sua celebração. Desse modo, obriga-se a parte que recebeu a restituir. Se o contrato não foi executado, o prejudicado exime-se do dever de cumpri-lo. Em relação a terceiros, a regra dominante é a de que a rescisão não deve prejudicá-los.

¹³² SANTOS, L. R. Carvalho; SILVEIRA, Carlos Alberto de Arruda. **Contratos**. Doutrina, Prática, Jurisprudência e Legislação. Campinas: Péritas Editora e Distribuidora Ltda, 1998. p. 43.

¹³³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas. 2004. p. 515.

¹³⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 188.

¹³⁵ Id., Ibid., p. 188.

O contrato estipulado em estado de perigo¹³⁶, hipótese da rescisão, muito se assemelha à anulação pelo vício da coação. Entretanto não se confundem porque a rescisão requer o concurso de dois elementos, para ser decretada, ou seja, a ciência, por uma das partes, do estado de necessidade em que se encontra a outra e a iniquidade das condições nas quais as obrigações são contraídas¹³⁷.

A redação do artigo 1092, parágrafo único do Código Civil de 1916 dispunha: “a parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos”. Ora, o inadimplemento enseja resolução, portanto a redação do artigo estava errônea. O artigo 475 do atual Código que equivale ao parágrafo único do artigo 1092 corrigiu a redação ao mencionar: A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato... .

3.4 CESSAÇÃO

Entre as causas de extinção dos contratos, a morte de um dos contratantes é uma particularidade, por isso não é incluso nos outros modos de dissolução. Não obstante impossibilitar a execução do contrato ou fazer cessá-lo definitivamente, não é possível afirmar que o resolve. Seus efeitos não se igualam aos do caso fortuito, portanto não pode ser considerada inexecução involuntária. Apesar de a doutrina francesa enquadrá-lo entre as causas de rescisão, não se justifica tal posição, pois a rescisão se caracteriza por ser consequência de manifestação da vontade de um ou dos dois contratantes¹³⁸.

A morte de uma das partes somente constitui causa de dissolução do contrato, nos contratos “*intuitu personae*”, ou seja, os contratos que levam em consideração a pessoa do contratado, cujas qualidades personalíssimas foram determinantes de sua realização. Cita-se como exemplo a extinção automática de um contrato que prevê um concerto de um pianista famoso, que vem a falecer¹³⁹. Nos demais casos, as obrigações do contrato transmitem-se aos herdeiros do finado, que podem resiliir o contrato, em certos casos, pedir a restituição da coisa, em outros, e até exercer direitos especiais contra a outra parte. Portanto, os efeitos da morte sobre o contrato não se reduzem à extinção do contrato, ou à substituição da parte por seus sucessores¹⁴⁰.

¹³⁶ Messineo, **Dottrina Generale del Contratto**, p. 454 *apud* Gomes, Orlando, op. cit., p. 188. Exemplo de contrato concluído em estado de perigo, é o do cirurgião que no caso de uma operação urgente, exige do paciente honorários excessivos.

¹³⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 188.

¹³⁸ Id., *Ibid.*, p. 189.

¹³⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 14 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3. p. 150.

¹⁴⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. op. cit., p. 189.

Quanto aos efeitos, tem-se que a extinção do contrato pela morte de uma das partes, opera-se *ex nunc*. Não tem, pois, efeito retroativo. Nos contratos de execução continuada ou periódica, as prestações cumpridas subsistem. Infere-se que, com exceção dos contratos *intuitu personae*, o princípio *mors omnia solvit* não é aplicável na seara contratual, uma vez que, as obrigações contratuais transmitem-se aos herdeiros do finado¹⁴¹.

A morte de uma das partes de contrato *intuitu personae*, equipara-se à incapacidade superveniente. O devedor, neste caso, torna-se incapaz e sua obrigação não pode ser cumprida por outrem. Sendo assim, o contrato extingue-se pela impossibilidade de execução. “Nesta hipótese, entendem alguns que o contrato se extingue mediante resolução promovida pela outra parte. Se o contrato é impessoal, o representante do incapaz, curador, deve executá-lo em nome do interdito”¹⁴².

A seguir, decisões sobre a forma de dissolução de contratos que demonstram a confusão terminológica existente:

DECISÃO: Acordam os excelentíssimos senhores desembargadores integrantes da sexta câmara cível do tribunal de justiça do estado do Paraná, à unanimidade de votos, em negar provimento aos apelos. EMENTA: Apelações cíveis. Ação de Rescisão Contratual c/c Ação Redibitória e Indenização. Contrato de compra e venda de veículo automotor. Pleito buscando a resolução do contrato com conseqüente devolução do valor pago para aquisição do veículo, com fulcro no art. 18 §1º, II do CDC. Procedência parcial para acolher tão somente o pedido indenizatório e afastar o pedido de resolução contratual e de redibição. Irresignação do autor. Veículo que apresentou inúmeros problemas desde a sua aquisição. Laudo pericial que confirma a adimplência das rés que deram atendimento aos defeitos apresentados, estando o veículo reparado. Uso severo do automotor trazendo desgaste natural. Inexistência do "*exceptio non adimpleti contractus*" das rés. Pedido formulado após o autor ter percorrido com o veículo mais de 90 mil quilômetros, em período pouco superior a um ano a partir de sua aquisição. Manutenção da r. sentença. Recursos das rés. Rogatória visando à majoração da verba honorária. Fixação que se mantém, eis que estabelecida com observância dos critérios legais de fixação equitativos previstos no art. 20, § 4º do CPC. Apelações não providas.¹⁴³

DECISÃO: Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento à apelação 1 e negar provimento à apelação 2, nos termos do voto do Relator. EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL - COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - NECESSIDADE DE INTERPELAÇÃO PRÉVIA PARA CONSTITUIÇÃO EM MORA - INTELIGÊNCIA DO

¹⁴¹DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 14 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3. p. 150.

¹⁴²GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 189.

¹⁴³BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 0559.810-7. 6ª Câmara Cível. Relator: Min.Sérgio Arenhart. Julgamento em 30/06/2009.

ARTIGO 1º, DO DECRETO-LEI 745/69 - SÚMULA N.º 76, DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 20, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. "(...) Mesmo que haja citação do promitente comprador e expressa cláusula resolutiva, o compromisso de compra e venda somente pode ser rescindido quando houve prévia interpelação, único ato capaz de constituir em mora o devedor (art. 32, Lei nº. 6.766/79, Decreto Lei nº 745/69 e Súmula nº. 76 do STJ). 2. A ausência de prévia notificação configura carência de ação, que é matéria de ordem pública e, por isso, não está sujeita à preclusão, podendo, inclusive, ser conhecida de ofício, sendo que, por força do disposto no art. 267, VI, impõe-se a extinção do processo sem resolução do mérito. 2. Embora o reconhecido esmero profissional, verifica-se que a verba honorária arbitrada não se mostra proporcional com as peculiaridades da lide, o valor da causa e o tempo de sua duração. 3. Apelação cível 1, parcialmente provida. Apelação cível 2, desprovida¹⁴⁴.

4 CONCLUSÃO

O contrato é um dos institutos jurídicos mais importantes do liberalismo econômico do século XIX. Nesta época, em nome da liberdade contratual predominava o princípio máximo *pacta sunt servanda*, de que o contrato faz lei entre as partes. Referido princípio, se por uma ótica oferece segurança às relações negociais, por atender as expectativas dos contratantes, por outro ângulo permite que cláusulas injustas e abusivas imperem.

Não obstante a ordem pública e os bons costumes serem fatores limitativos à liberdade de contratar, ocorrem abusos, pois a liberdade contratual mitiga outras liberdades do ser humano, como a liberdade de pensamento, de trabalho, de moradia, de alimentação e outros direitos individuais e até mesmo direitos difusos e coletivos.

Destarte a autonomia da vontade que repousa na superioridade da vontade sobre a lei, deve se basear nos princípios contratuais da boa-fé, justiça, função social, dentre outros, insertos na Lei Maior e norteadores de uma nova ideologia que deve permear os contratos.

Neste contexto, a fim de tutelar a parte hipossuficiente nas relações contratuais, o Estado Social tem a função de regular a atividade econômica. A Constituição estabelece garantias e limitações no âmbito contratual. Referidas limitações não afetam o princípio da livre iniciativa, pois liberdade contratual e livre empreendimento são coisas diversas. Além disso, o dogma da liberdade contratual não está explícito na Constituição, sendo assim, as leis que delimitam essa liberdade não são inconstitucionais.

¹⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível n.º 546.305-6. 18ª Câmara Cível. Relator: Des. Mário Helton Jorge. Julgamento em: 04.03.2009.

Observa-se a reverência ao princípio da autonomia da vontade no artigo 171, inciso II do Código Civil, ao prescrever a anulabilidade do negócio jurídico, por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores. Denota-se que para que ocorra a anulabilidade, que repercute na validade e eficácia do ato, as partes devem manifestar o interesse nesse sentido e o fazerem antes da prescrição da ação.

Neste cenário há que se destacar a Lei de Defesa do Consumidor, importante instrumento de tutela do direito contratual, o surgimento dos contratos de massa e a teoria da imprevisão.

A prefixação do conteúdo do contrato de maneira unilateral e uniforme por só um dos contratantes, traz vantagens evidentes para as empresas como rapidez, segurança, previsão dos riscos, dentre outras, mas oferecem riscos aos contratantes vulneráveis, cuja autonomia restringe-se apenas a liberdade de contratar ou não, sendo lhes vedada qualquer modificação contratual.

Quanto à extinção dos contratos, a legislação, doutrina e jurisprudência confundem as expressões, Resolução, Resilição e Rescisão. É o que se verifica das decisões do Tribunal de Justiça do Paraná que julgou uma Ação denominada Ação de Rescisão Contratual cumulada com Ação Redibitória e Indenização (Ap. Cível n.º 0559.810-7, 6ª Câmara Cível, rel.: Sérgio Arenhart, julgamento: 30/06/2009). Observa-se, outrossim, a confusão terminológica no seguinte julgado de Ação de Resolução Contratual (Ap. Cível n.º 546.305-6 - 8ª Câmara Cível - rel. Des. Mário Helton Jorge - Julgamento: 04.03.2009), que não obstante estar denominada Ação de Resolução, apresentou em seu voto, a seguinte descrição: ... mesmo que haja citação do promitente comprador e expressa cláusula resolutiva, o compromisso de compra e venda somente pode ser rescindido... .

Fundamental para dirimir essa confusão terminológica é atentar-se para o seguinte aspecto: Se as causas forem anteriores ou contemporâneas à formação do contrato diz respeito à Anulação. Causas posteriores ou supervenientes à formação do contrato referem-se à dissolução.

A Resolução ocorre pelo inadimplemento culposos ou não dos contratantes. A Resilição dá-se pela declaração de vontade de uma ou ambas as partes e a Rescisão caracteriza-se pela lesão, na opinião de autores renomados como Orlando Gomes. Todavia admitindo-se que a dissolução de contratos é causa superveniente à elaboração do mesmo, referido conceito não tipificaria a Rescisão. Isto porque a lesão é causa anterior ou concomitante à elaboração do contrato, sendo, portanto, caso de Anulação.

A Revogação, forma especial de Resilição distingue-se da Denúncia porque extingue o contrato e, só como consequência mediata, a relação; é o caso do Contrato de Mandato, enquanto a Denúncia encerra diretamente à relação obrigacional, como exemplo, o Contrato de Locação.

A Resilição pode ocorrer nos contratos em que as partes estipulam o direito de arrependimento. Apesar de doutrinadores afirmarem não haver resolução em contratos aleatórios, há o caso dos contratos de cédula rural e de safra futura que desde que a lesão não se refira a àlea (risco) natural do contrato, pode ser resolvido.

Relevante, primando pela boa técnica, que seja empregado corretamente a terminologia de extinção dos contratos, ou seja, Resolução, Resilição e Rescisão.

Verifica-se ser incontestável a utilização freqüente e relevância dos contratos no cotidiano social, sobretudo a teoria do adimplemento substancial parcial, por visar à manutenção do contrato, sempre que possível.

Dessarte, mister que se tenha conhecimentos sólidos do instituto contratual, empenhando-se em fazer valer os preceitos constitucionais da boa-fé, da justiça e da função social dos contratos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cristiane Avancini. **Embrião Humano: Proposição de um Estatuto Jurídico no Direito Privado Brasileiro**. In NICOLAU JÚNIOR, Mauro (Coord.) *Novos Direitos*. São Paulo: Juruá. 2007.

ALVIN, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4 ed. São Paulo: Forense, 1972. p.7.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DA BAHIA: banco de dados. Disponível em: <<http://www.amab.com.br/site/sentencas.php?cod=280>> Acesso em: 04 maio 2010.

BARROS, Ana Lucia Porto de; et al. **O novo Código Civil comentado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. v.1.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n 70022615439. 14ª Câmara Cível. Relatora: Des. Isabel de Borba Lucas. J.24.04.2008. Disponível em:<<http://www1.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em: 04 maio 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 0559.810-7. 6ª Câmara Cível. Relator: Min.Sérgio Arenhart. Julgamento em 30/06/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível n.º 546.305-6. 18ª Câmara Cível. Relator: Des. Mário Helton Jorge. Julgamento em: 04.03.2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 14 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 5.

DOS SANTOS, Eduardo Sens. A função social do contrato. **Revista de Direito Privado**, n. 13, jan./mar., 2003.

FILHO, José Abreu. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GALDINO, Valéria Silva. **Claúsulas abusivas no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Contrato**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes. **Direito dos contratos**. Direito civil. MORRIS, ZOE Amanda, BARROSO, Lucas Abreu (Coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 40. v.3.

JÚNIOR, Cássio M. C. Penteado. O relativismo da autonomia da vontade e a intervenção estatal nos contratos. **Revista de Direito Privado**, n.14, abr./jun., 2003.

LIMA, Aliciene Bueno Antochaves de. A teoria do adimplemento substancial e o princípio da boa fé objetiva. **Revista eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 2, n. 2, p. 75-84, jul.2007. Disponível em: <<http://www.bdjur.stj.gov.br>> Acesso em: 04 maio 2010.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Fontes das obrigações: contratos. 6 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. III.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**. Estudos sobre a Nova Teoria Contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA Francisco Cavalcanti, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. T. XXXVIII.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado e legislação extravagante**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Direito Contratual e Constituição. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 36, out./dez. 2000.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações, introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTOS, L. R. Carvalho; SILVEIRA, Carlos Alberto de Arruda. **Contratos**. Doutrina, Prática, Jurisprudência e Legislação. Campinas: Péritas Editora e Distribuidora Ltda, 1998.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 7 ed. rev. atual. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. v. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 4 ed. São Paulo: Atlas. 2004. v. 2.