



Contratos no direito brasileiro

Contracts in Brazilian law

LUCIANO BENETTI TIMM

Professor Adjunto da PUCRS. Pós-Doutorado em Direito e Economia, U.C. Berkeley, EUA. Mestrado em Direito Econômico Universidade de Warwick, Inglaterra.
Doutor e Mestre em Direito pela UFRGS.

RESUMO: Este trabalho visa definir e estabelecer algumas das mais importantes bases e características dos contratos no Direito brasileiro, trazendo aspectos de sua evolução histórica, a partir do século XV, que trouxeram as diferentes concepções apresentadas nos Códigos Civis de 1916 e 2003, brevemente comparadas neste artigo. Também é feita uma breve análise dos contratos de adesão e de suas características quanto à negociação de cláusulas e aceitação, estudando as fases necessárias para criação do vínculo nesses contratos de estrutura pré-estabelecida por uma das partes. Além disso, o artigo explora as características necessárias para existência e validade de um contrato dentro do sistema legal brasileiro, como este se forma, esmiuçando os principais princípios do Direito Contratual e a classificação de contratos já existente e sua importância para validação das obrigações dentro do Direito brasileiro. A transmissão de obrigações de contrato também é caracterizada neste trabalho, bem como é trazido à luz o assunto da interpretação dos contratos e a dinâmica necessária para efetuar a extinção de um contrato, a fim de cumprir com as exigências e requisitos legais impostos pelo Código Civil e pelas Cortes brasileiras.

Palavras-chave: Contratos. Contrato de adesão. Direito contratual.

ABSTRACT: This article aims at defining and establishing some of the most important foundations and characteristics of contracts within the Brazilian law, bringing aspects regarding its historical evolution, from the 15th century on, which resulted in the different conceptions presented in Brazilian Civil Codes from 1916 and 2003, briefly compared in this article. A brief analysis is given for standard contracts and its characteristics regarding its negotiation and acceptance, studying the necessary stages to create the bound in these contracts with a pre-established structure drafted by one of the parties. In addition, the article explores the characteristics which are necessary for existence and validity of a contract within the Brazilian legal system, how these contracts are formed, unraveling the main principles of Contract Law and the existing contracts classification and its importance to validate the obligations set in the contract within Brazilian Law. The granting of contract obligations is also addressed in this article, as well as the interpretation of the contracts and the dynamic involved to terminate a contract are brought to light, aiming at complying with the legal demands and requirements imposed by the Civil Code and by Brazilian courts.

Keywords: Contracts. Standard contracts. Contract law.

1 PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS

1.1 Conceito

Na perspectiva tradicional, o contrato é definido como um acordo de vontades que é capaz de gerar direitos e obrigações para as partes envolvidas no negócio; vale dizer, é um espaço de autorregulação dos sujeitos privados. Mais contemporaneamente tem sido definido como a roupagem jurídica de um fato social que viabiliza uma operação de troca econômica, ou seja, é o instrumento de que se vale a sociedade para a circulação de bens e serviços no mercado. E, em virtude de sua relevância para a sociedade capitalista, sofre a incidência regulatória não apenas da vontade das partes,

mas também da legislação aprovada no parlamento para proteção de interesses coletivos potencialmente afetados pelas partes. Essa nova concepção de contrato tem por base uma percepção social deste instrumento jurídico. Para ela, não só o momento da manifestação da vontade importa, mas também e, principalmente, os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta (e em que a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância), sendo por esse motivo largamente regulado pelo Estado.

1.2 Formação histórica

Genericamente falando, estes conceitos formaram-se no Brasil como decorrência do fenômeno do

transplante legal do sistema jurídico europeu continental do *civil law* iniciado no país desde a era colonial (no século XV). Esse sistema legal, como sabido, é decorrência da confluência de diversas correntes de pensamento, dentre as quais convém destacar o direito romano clássico, a ciência jurídica medieval dos glosadores e dos canonistas e finalmente o jusnaturalismo moderno (também chamado de Escola do Direito Natural racionalista).

Mais especificamente, o direito contratual brasileiro, especialmente no revogado Código Civil de 1916, sofreu particular influência do direito romano clássico, do direito português medieval (Ordenações Manuelinas e Filipinas), da ciência jurídica alemã do século XIX (Escola Pandectista de Windscheid e de seus seguidores) e da codificação francesa por obra dos doutrinadores do século XIX. Por isso, nesse período, grande era o respeito do legislador à autonomia da vontade das partes e não havia bases legais para a interferência na regulação do contrato pelo Estado, a não ser em casos de vícios de consentimento (erro, dolo, coação etc.). Esse ficou conhecido como o modelo liberal de regulação do contrato.

Já no século XX e XXI, a influência maior no direito contratual brasileiro vem do direito europeu (como no caso da regulação da relação de consumo, da locação de imóvel urbano, do trabalho) – e particularmente do direito italiano e português no Código Civil de 2003 –, bem como do direito norte-americano para alguns contratos especiais (sociedade anônima, antitruste, mercado de capitais, seguros, alienação fiduciária, *franchising*, *leasing* etc.).

Salienta-se, sobretudo, que do direito europeu continental, o legislador brasileiro transplantou a ideia de dirigismo contratual pelo Estado, aumentando a carga de intervenção pública na esfera da vontade dos contratantes, mediante normas imperativas ou de ordem pública inafastáveis pelo desejo das partes.

Nesse novo paradigma regulatório, tipicamente de “publicização” do direito privado, mediante normas redistributivas, a suposição do modelo liberal de que a proteção da liberdade e da igualdade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio e a justiça nas relações privadas, fosse qual fosse a sua condição econômica e social, foi colocada em cheque. Daí a necessidade de proteção da parte mais fraca da relação com o objetivo de estabelecer um equilíbrio material ou concreto. Esse ficou conhecido como o modelo social ou solidarista de regulação do contrato, fruto de influências socialistas e solidaristas.

Vejamos um quadro identificador dessas diferenças:

Quadro 6 – Comparação entre modelo liberal e modelo social

Modelo Liberal	Modelo Social
CC/1916*	CC/2003**
Contrato = consenso	Contrato = fato social cooperativo
Justiça = acordo de vontades	Justiça = equilíbrio entre as prestações
Princípio máximo = liberdade contratual	Princípio máximo = solidariedade social
<i>Pacta sunt servanda</i>	Há regulação legal e judicial dos negócios jurídicos privados, ensejando revisão e modificação da vontade das partes.
Estado liberal: direitos fundamentais de 1ª geração	Estado social (<i>welfare state</i>): direitos fundamentais de 2ª geração
Individualista (interesse dos contratantes livremente barganhado gerará ganho coletivo)	Solidarista (preponderância de interesses coletivos normatizados por lei e pela jurisprudência dos tribunais)

* Código Civil de 1916.

** Código Civil de 2003.

Por isso, as partes que desejarem investir no Brasil, devem se orientar sobre a legislação e a jurisprudência relativamente a contratos e suas garantias, pois nem sempre à vontade declarada no contrato será considerada e validada nos tribunais, mesmo em se tratando de relações jurídicas internacionais. Especialmente se deve ter cuidado, quando se trate de contratos transplantados do direito norte-americano, pois o instituto será interpretado dentro da cultura jurídica nacional.

1.3 O caso dos contratos por adesão

Já no final do século XIX e início do século XX, com a evolução da sociedade, com a revolução industrial e a massificação de consumo, com seu sistema de produção e distribuição em grande quantidade, os métodos de contratação em massa, ou estandardizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e, especialmente, entre estas e seus consumidores, mediante contratos que são homogêneos em seu conteúdo, mas concluídos com uma série ainda indefinida de contratantes. Logo, por uma questão de economia, de racionalização, de praticidade e mesmo de segurança, a empresa predispõe antecipadamente um esquema contratual, oferecido à simples adesão das partes destinatárias, isto é, ela pré-redige um complexo uniforme de cláusulas, que serão aplicáveis indistintamente a toda esta série de futuras relações contratuais.

O contrato por adesão não é uma espécie nova e independente de contrato, mas trata-se de contratos de compra e venda, contratos de transporte, contratos

de locação e outros mais variados tipos de contrato, que usam um método comum de contratação, o de oferecer o instrumento contratual já impresso, prévia e unilateralmente elaborado, ao qual o destinatário adere.

Conceito, caracterização e modelo uniforme de contratos por adesão – Contrato por adesão é aquele cujas cláusulas são estabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual mais forte (fornecedor), sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito, limitando-se a um simples aceite. Importante destacar que, no direito brasileiro, não é só nas relações de consumo que se formam contratos por adesão; mesmo em relações empresariais como a franquia e a distribuição pode haver um contrato formado apenas pela adesão da outra parte, sem possibilidade efetiva de discussão das cláusulas do contrato (ver arts. 423 e 424 do Novo Código Civil – NCC).

O contrato por adesão é oferecido ao público em um modelo uniforme, geralmente impresso, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação da parte, do objeto e do preço. Assim, aqueles que, como aderentes, desejarem contratar com a empresa fornecedora, já receberão pronta e regulamentada a relação contratual, não podendo efetivamente discutir nem negociar singularmente os termos e condições mais importantes do contrato.

Ausência de fase pré-negocial decisiva – Desta maneira, limita-se o aderente a aceitar em bloco as cláusulas que foram unilateral e uniformemente pré-elaboradas pela empresa proponente, assumindo, assim, um papel de simples aceitante. O elemento essencial do contrato por adesão, portanto, é a ausência de uma fase pré-negocial decisiva, a falta de um debate prévio das cláusulas contratuais e a sua predisposição unilateral, restando ao aderente normalmente a mera alternativa de aceitar ou rejeitar o contrato, não podendo modificá-lo de maneira relevante.

Seu modo de aceitação – O consentimento do aderente manifesta-se por simples adesão ao contrato preestabelecido pelo fornecedor de bens e serviços, economicamente mais forte.

1.4 A formação do vínculo

A oferta – Enquanto não houver a manifestação da vontade do aderente, o simples modelo pré-elaborado do contrato de adesão não passa de uma oferta.

Declaração de vontade – Uma vez que nos contratos por adesão o aderente tem que aceitar em bloco as cláusulas pré-estabelecidas pelo ofertante, o aderente não tem a possibilidade de alterá-las significativamente. Contudo, uma liberdade de contratar ou não, ainda que

mínima, geralmente persiste. O que há é normalmente uma superioridade econômica, a qual pode levar a abusos (abuso de poder econômico – art. 20 da Lei 8.884/94 – e cláusulas abusivas – art. 424 do NCC e 51 do Código de Defesa do Consumidor – CDC).

1.5 Interpretação e disciplina dos contratos por adesão

A regra geral é que se interprete o contrato por adesão, especialmente as suas cláusulas dúbias, contra aquele que redigiu o instrumento (art. 423, NCC). Outra linha mestra da interpretação dos contratos de adesão é a da prevalência das cláusulas acertadas individualmente, geralmente escritas à máquina ou à mão, sobre aqueles impressas ou uniformes (o que não descaracteriza o contrato como sendo por adesão).

Há um cuidado especial com as cláusulas abusivas (que impõem uma onerosidade excessiva para a parte mais fraca). O art. 424 do NCC disciplina que são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio (como, por exemplo, um contrato de seguro que crie um procedimento de reembolso que praticamente inviabiliza a cobertura securitária ao sinistro na prática).

Como dito ao longo do texto, em conclusão, o judiciário brasileiro tende a proteger a parte aderente nos contratos de adesão e poderá invalidar cláusulas que reputar abusivas, especialmente, mas não necessariamente, em relações de consumo.

2 REQUISITOS DE EXISTÊNCIA E DE VALIDADE DO CONTRATO

No direito contratual brasileiro, existe uma diferença técnica entre existência, validade e eficácia do contrato. O plano da existência está associado a certos pressupostos que garantem o surgimento da categoria de um contrato. O plano da validade está associado a certos requisitos para que aquele ato contratual existente possa permanecer no mundo jurídico, sem ser afastado por motivo relevante. E o plano da eficácia está ligado à produção de efeitos daquele contrato, que, por vezes, pode ser suspenso pela vontade das partes ou do legislador.

Tradicionalmente, o requisito de existência do contrato é o consenso, isto é, o acordo de vontades, que a técnica legislativa traduz em oferta (ou proposta) e aceitação (arts. 427 a 434 do NCC) – esta é a chamada fase da formação do contrato como se verá a seguir.

Ademais, o contrato, como qualquer outra relação jurídica, necessita dos seguintes requisitos de existência:

- a) bilateralidade de pessoas (um sujeito ativo e outro sujeito passivo);
- b) objeto (obrigação de dar, fazer ou não fazer).

Portanto, onde houver duas (ou mais) pessoas que manifestem suas vontades num determinado sentido de criar uma obrigação para qualquer uma delas ou para ambas, há um contrato. Mas isso não significará que o contrato, embora existente, seja válido e que possa produzir efeitos no mundo jurídico.

A validade dos contratos, como se trata de uma espécie de negócio jurídico bilateral, depende do cumprimento dos requisitos legais previstos para os negócios jurídicos em geral (arts. 104 e 166 do NCC):

- a) capacidade jurídica das partes (art. 3º, NCC para pessoas físicas e arts. 44 e 45 para pessoas jurídicas) – a maioria civil no Brasil é adquirida aos dezoito anos e no que tange às pessoas jurídicas poderão elas ser associações (quando não há fim econômico ou lucrativo perseguidos pelos sócios), fundações (quando há uma dotação patrimonial destinada a um fim social) e sociedades (quando os sócios perseguem lucro), sendo seu surgimento contemporâneo ao ato de registro dos atos constitutivos no órgão competente;
- b) adequados poderes de representação na manifestação de vontade alheia como nos casos de mandatário (nomeado por procuração), administradores de pessoas jurídicas (conforme atos constitutivos e assembleias), síndico de condomínio (conforme convenção de condomínio e assembleias), síndico de massa falida (nomeado pelo juiz da falência), inventariante de espólio (nomeado pelo juiz do inventário);
- c) respeito à formalidade, exigida em lei (arts. 104 e 107, NCC) – em regra, o direito contratual brasileiro não exige qualquer formalidade para a declaração de vontade, com exceção para compra e venda de imóveis, formação de pessoas jurídicas, alienação fiduciária, *franchising*, entre outros);
- d) objeto lícito e possível (arts. 104 e 166, II, NCC);
- e) ausência de vícios de consentimento (arts. 138 e seguintes do NCC) – quando há defeitos dos negócios jurídicos que possam afastar a adequação da manifestação da vontade como acontece em caso de falsa representação da realidade por uma das partes (erro), má fé de uma das partes (dolo), de coação irresistível ou de fraude à lei (simulação);
- f) ausência de caso fortuito ou de força maior que possam dar causa à extinção do contrato por frustração de seu objeto (art. 393 do NCC);

- g) ausência de violação à ordem pública (leis imperativas, como a legislação trabalhista por exemplo, não podem ser derogadas ou afastadas pela vontade das partes).

Por fim, os efeitos do contrato dependem normalmente do quanto foi pactuado pelas partes. Podem elas estabelecer que a eficácia do negócio seja diferida ao futuro, ou que o contrato tenha vigência por um determinado período de tempo ou ainda podem as partes subordinar os efeitos do negócio a condições suspensivas (aquelas que deixam o negócio em estado de “letargia” até o implemento da condição prevista, como, por exemplo, a aprovação da operação pela agência antitruste ou pela agência sanitária e de medicamentos) ou resolutivas (aquelas cláusulas que poderão conduzir o negócio ao seu fim se acontecerem (por exemplo a previsão de alterações tributárias, de câmbio etc.).

3 FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

O contrato, em princípio, torna-se perfeito e acabado no momento em que nasce o acordo de vontades (oferta e aceitação). Antes desse momento, o Direito deixa livre as partes para negociarem livremente seus interesses (é a fase chamada das tratativas). Vejamos na Figura 1 o processo de formação do contrato.

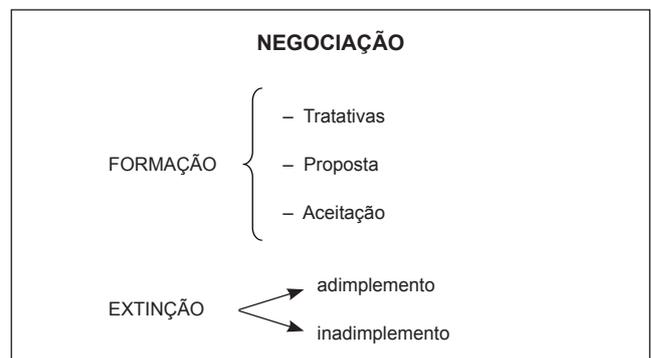


Figura 1 – Processo de formação de contrato

3.1 Tratativas

As tratativas são as negociações preliminares do contrato, isto é, o início dos entendimentos que poderão resultar em um pacto. São conversas prévias, sondagens, debates, nos quais despontam os interesses de cada uma das partes e nas quais se obtêm informações e esclarecimentos necessários, tendo em vista o negócio a ser realizado. É a fase da elaboração e da discussão das minutas (aqui eventualmente pode até caracterizar uma oferta e mesmo uma aceitação, dependendo da situação). Nesse momento, como dito, as partes são

deixadas livres, sem qualquer vinculação, a não ser o dever de negociar de boa fé. O descumprimento da regra de agir de boa fé na fase das tratativas, como o caso de informações inverídicas dadas por uma das partes, ou de expectativas não cumpridas geradas na outra parte contratante negligentemente ou de má fé, poderão resultar em responsabilidade civil pré-contratual (*culpa in contrahendo*).

No campo da compra e venda de empresas (fusões e aquisições) ou de estabelecimentos comerciais, tem ficado cada vez mais comum a realização de auditorias legais (*due diligence*) durante as tratativas para a verificação de passivos legais da empresa ou do estabelecimento vendido. Isso acontece a fim de evitar que eles sejam adquiridos com a sucessão de obrigações legais ou contratuais que gerem prejuízo no negócio.

Nesses casos e em tantos outros, tem sido frequente nesta fase preliminar que as partes redijam memorandos de entendimentos e protocolos de intenções, os quais, se bem-estruturados, não gerariam, no Brasil, a obrigação de fechar o contrato definitivo. Essa obrigação é característica apenas dos contratos preliminares ou pré-contratos, que são regulados no direito brasileiro, no art. 462 do NCC – nesses últimos, sim, há uma obrigação de fazer o contrato principal. Vale dizer, assinado um protocolo de intenções, não estão obrigadas as partes a celebrarem o contrato de transferência de tecnologia ou de *joint venture* que estão negociando; contudo, assinado um pré-contrato, haverá esta obrigatoriedade. São cláusulas-padrão desses memorandos de entendimento: a de divulgação de informações, a de sigilo ou confidencialidade, a de não concorrência, a de prazo, a de propriedade intelectual, a cláusula penal (multa por inadimplemento), a de foro de eleição ou cláusula arbitral.

3.2 Proposta

Embora não represente o contrato em si mesmo considerado, a proposta é uma declaração unilateral de vontade. Por conta disso já traz em si uma carga obrigacional para o promitente, significando que quem faz uma proposta, juridicamente falando, fica a ela vinculado (podendo a parte ser demanda em juízo para cumprimento dessa obrigação).

A proposta precisa, para ter validade, ser séria (firme propósito) e conter as características básicas do negócio em vista. É nisso que ela se diferencia das meras tratativas. Além disso, ela se diferencia também do convite a contratar, no qual não há propriamente oferta de um negócio, mas uma oferta ao mercado ou a determinadas empresas para receber uma proposta

(procedimento relativamente comum praticado por empresas públicas brasileiras).

A proposta, nesses termos, obriga o proponente, tornando-se irrevogável, salvo se o contrário não resultar de seus próprios termos, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso (arts. 427 e 428, NCC). A irrevogabilidade acontece após o recebimento da proposta pelo destinatário, segundo a melhor interpretação, pois, até aquele momento, será possível o ofertante dela desistir.

O prazo da proposta depende de ela ser feita à pessoa presente ou ausente. Se for presente (presença física ou por meio eletrônico que permita o intercâmbio imediato e sem intervalo de comunicação como se as partes estivessem fisicamente presentes como telefone, *skype*, videoconferência etc.), o prazo da proposta é imediato, perdendo eficácia se não aceita naquele momento, salvo se foi convencionado algo diferente (como a de concessão de um prazo para reflexão).

Se a proposta for feita à pessoa ausente (porque existirá um intervalo temporal comunicacional entre as partes, como no caso da utilização do correio postal, fax, telex, e-mail), o prazo será aquele concedido para resposta; na ausência de um prazo expressamente concedido. A lei estabelece um prazo razoável para que a resposta chegue ao conhecimento do proponente.

No que tange à forma, salvo nos casos em que a lei exigir uma formalidade especial, que é excepcional, a parte poderá redigir uma proposta por e-mail, por fax, por vídeo ou teleconferência ou mesmo verbalmente.

A oferta pública (como aquela feita pelo site eletrônico de uma empresa de supermercados ou publicada em jornal, por exemplo) tem a mesma validade legal de uma oferta feita a uma pessoa determinada (art. 429, NCC; art. 30 do CDC), ficando o ofertante vinculado a ela, mesmo em casos de erro na veiculação publicitária. Nesse sentido, um *site* de internet dirigido ao Brasil, com opções de leitura em português e com opções de entrega de mercadorias no país poderão ficar sujeitos à legislação brasileira, independentemente do local de hospedagem daquele *site*.

3.3 Aceitação

Para a aceitação não há requisitos especiais, salvo que seja oportuna, isto é, dentro do prazo concedido pelo proponente ou, em casos de ausência de prazo, dentro de um prazo razoável para reflexão (art. 428 e seguintes, NCC). Uma aceitação fora dos rígidos termos da proposta ou fora de prazo equivale a uma contraproposta (art. 431, NCC).

4 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO CONTRATUAL

O direito dos contratos repousa em dois grandes princípios e seus respectivos subprincípios, que sistematizam e fundamentam todas as regras relativas aos contratos no direito positivo brasileiro:

- a) princípio da liberdade contratual (*freedom of will*);
 - a1) subprincípio do consensualismo;
 - a2) subprincípio da força obrigatória (*pacta sunt servanda*);
 - a3) subprincípio da força relativa dos contratos (*privity of contracts*);
 - a4) subprincípio da atipicidade;
- b) princípio da solidariedade social:
 - b1) subprincípio da boa-fé objetiva;
 - b2) subprincípio da função social;
 - b3) subprincípio da justiça ou do equilíbrio contratual.

4.1 Princípio da autonomia da vontade

Esse grande princípio do direito contratual brasileiro, que já foi mais importante do que nos dias atuais, significa que as partes são livres para celebrar os contratos que quiserem, com quem quiserem e da forma como quiserem. Significa que o contrato é um espaço de autonomia privada, ou seja, de autorregulação dos indivíduos (negócios jurídicos). Dessa forma, o Estado não pode interferir naquilo que for livremente contratado entre as partes (art. 421, NCC).

Subprincípio do consensualismo: A ideia deste subprincípio, ligado à liberdade contratual, é a de que o simples consentimento basta para formar o contrato sem formalidades adicionais. No direito antigo e medieval, dominava o formalismo e o simbolismo. A *formação* dos contratos subordinava-se à obediência de determinada forma ritual.

No direito moderno, em princípio, não se exige forma especial para a manifestação de vontade (ela pode ser feita por e-mail, por telefone, por fax, por um comportamento inequívoco no sentido de contratar etc.). O consentimento forma os contratos, o que não significa sejam todos simplesmente consensuais, alguns tendo sua validade condicionada à realização de solenidades estabelecidas na lei e outros só se concretizando se determinada exigência for cumprida (arts. 107 e 108, NCC, como única exceção ao consensualismo).

Subprincípio da força obrigatória: O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato livremente pactuado faz lei entre as partes. Celebrado com todos os pressupostos e requisitos

necessários à sua validade, o contrato deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos (é o chamado *pacta sunt servanda*). O descumprimento do contrato ensejará o seu cumprimento forçado nos tribunais ou uma demanda indenizatória pelas perdas e danos havidos pela parte prejudicada.

Subprincípio da força relativa dos contratos: Em sendo o contrato fruto da vontade das partes, o subprincípio da força relativa dos contratos indica que ele só obriga as partes que de qualquer forma manifestaram a sua vontade, não podendo o pacto obrigar terceiros. Este subprincípio será relativizado pelo da função social do contrato, que, segundo alguns, afasta, em certos casos, o subprincípio da força relativa, obrigando terceiros, como se verá abaixo. Evidentemente, esse subprincípio da força relativa não proíbe às partes estabelecerem que terceiros possam ser beneficiados pelas disposições do contrato, o que é comum no âmbito do seguro de vida, por exemplo.

Subprincípio da atipicidade: Tendo em vista a força de o contrato repousar na gênese formadora da vontade das partes, não é a lei que limita a criação de tipos contratuais até porque a dinâmica do mercado está sempre à frente da do legislador. Nesse sentido, a atipicidade é o subprincípio (art. 425), que permite às partes criarem modelos de contrato não previstos na legislação (evidentemente que dentro do espaço normativo reconhecido pelo legislador), lembrando que os usos e costumes são fontes de Direito (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º e art. 113 do NCC).

4.2 Princípio da solidariedade social

Diversos juristas, e mesmo boa parte da jurisprudência nacional, têm defendido que o princípio da liberdade contratual coloca toda a gênese e a importância do contrato no indivíduo. Este paradigma de regulação do contrato deve ser contrabalançado com outro que evidencia a sua relevância social, o da solidariedade social, que aproxima o contrato do modelo de Estado Social, previsto na Constituição Federal, e de sua preocupação com a “justiça social”.

A intermediação entre valores individuais e coletivos do contrato é feita pela legislação, que permite diversos mecanismos de intervenção do Estado na autonomia privada por conta de alegados interesses sociais mercedores de proteção. Ainda dentro dessa linha de raciocínio, todos esses mecanismos de dirigismo estatal dos contratos poderiam ser subsumidos ao grande princípio da solidariedade social, previsto no art. 3º da Constituição Federal e mesmo no art. 421 do NCC, que disciplina a liberdade contratual.

Esse princípio flexibiliza a liberdade de contratar, tornando os interesses sociais em jogo mais relevantes do que o interesse privado dos contratantes, o que significaria, como dito, a necessidade de intervenção do Estado para proteger o contratante mais fraco (como acontece no contrato de trabalho, no contrato de consumo, no contrato de aluguel de imóvel), para exigir um mínimo de solidariedade e de cooperação das partes, para proteção de interesses difusos ou coletivos (como no caso de contratos de fusão e aquisição), para distribuição dos benefícios econômicos da relação e mesmo para evitar cláusulas abusivas.

Esse paradigma excessivamente intervencionista na liberdade de contratar tem sofrido críticas isoladas de autores que iniciaram a aplicação do método de análise econômica do Direito no Brasil, os quais demonstram que isso pode aumentar os custos de transação no mercado, gerando pouco incentivo ao investimento¹. Mas os tribunais do país ainda permanecem presos àquela concepção protetiva e interventora no âmbito dos contratos², preocupando-se com a “justiça social” sem normalmente refletir sobre os reflexos econômicos de seus julgados.

Subprincípio da boa-fé objetiva: O subprincípio da boa-fé objetiva é um limitador da autonomia privada (art. 422 do NCC). Significa que as partes devem respeitar as legítimas expectativas geradas ao cocontratante. Este princípio (que abre uma janela do Direito para a moral) impõe deveres de conduta às partes, independentemente da sua vontade, tendo em vista a finalidade econômica e social do contrato, bem como a sua natureza.

Tais deveres implícitos, criados caso a caso por meio da ponderação de razoabilidade dos juízes, podem ser catalogados da seguinte maneira: a) proteção e cuidado (por exemplo, senha bancária e patrimônio dos clientes nos contratos bancários); b) informação, lealdade e transparência (por exemplo, informação ampla e plena no seguro); c) prestação de contas (nos contratos de gestão, por exemplo); d) sigilo (nos contratos de serviços, por exemplo).

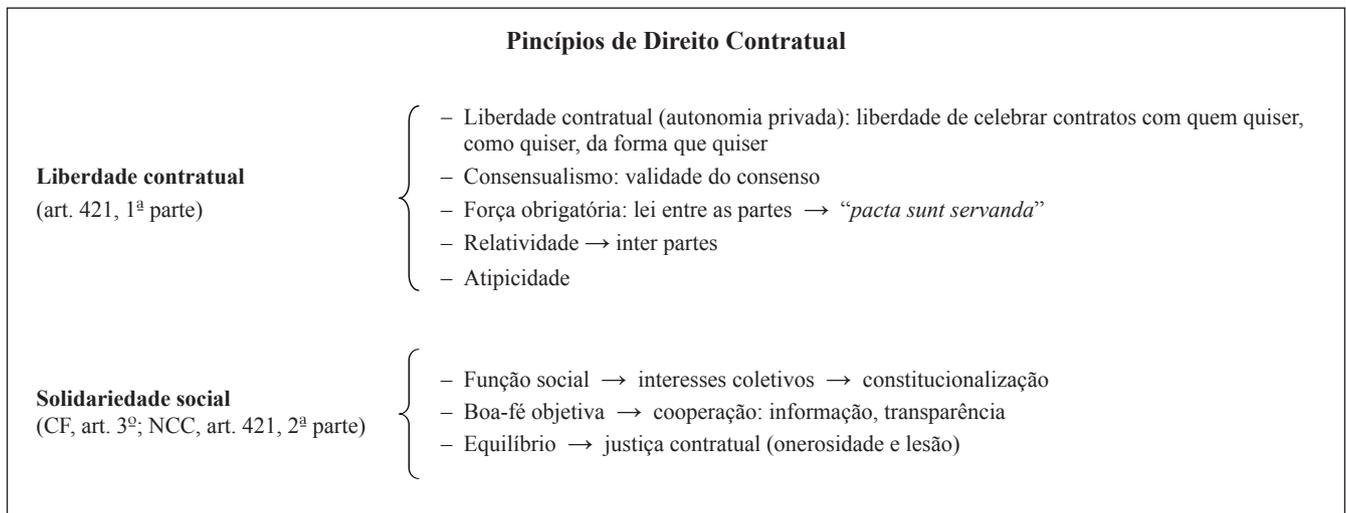
Esse subprincípio implica também a limitação do exercício de determinados direitos subjetivos. Por exemplo, a doutrina e a jurisprudência têm relativizado a possibilidade de extinção de um contrato, quando ele foi substancialmente adimplido pela outra parte, mostrando-se a rescisão, nesses casos, um abuso de direito (teoria do adimplemento substancial). O mesmo acontece quando a parte deseja fazer valer uma disposição formalmente prevista no contrato, mas que jamais foi aplicada ou respeitada pelas partes ao longo de sua relação (art. 187 do NCC).

Subprincípio da função social: Os direitos subjetivos são reconhecidos pelo ordenamento jurídico de forma não absoluta, mas tendo em vista uma finalidade socialmente reconhecida (arts. 187 e 421, NCC). Portanto, não pode uma parte exercer um direito seu com o fim de prejudicar a outra parte. Ademais, o interesse coletivo deve ser respeitado pelas partes contratantes, não podendo elas causar prejuízos ao meio ambiente, ao mercado etc. A jurisprudência do país já aplicou este princípio para enfraquecer o subprincípio da obrigatoriedade dos contratos, quando ela entende, por exemplo, que existem interesses dignos de tutela como o direito à vida ou o da dignidade da pessoa humana, os quais superariam os interesses patrimoniais da outra parte contratante (assim, por exemplo, a jurisprudência já revisou contratos bancários para diminuir a taxa de juros aplicados pelo banco; já determinou à seguradora cobrir determinado sinistro não coberto por um plano de saúde, como em situações de AIDS; já proibiu a concessionária de energia elétrica de cortar o fornecimento de energia para um consumidor inadimplente etc.).

Subprincípio do equilíbrio contratual: O contrato deve ensejar uma troca equilibrada de bens e serviços. A equação econômico-financeira do contrato deve ser mantida, considerando o momento inicial e o momento posterior do contrato (arts. 157, 317 e 478 do NCC e art. 4, III e 6º, VI, CDC). É a ideia de sinalagma ou de comutatividade contratual, tão caro aos juristas antigos clássicos (romanos e gregos). Assim, um contrato acometido de lesão poderá ser anulado ou mesmo revisado judicialmente, quando uma das partes, em virtude de inexperiência ou de uma situação de extrema necessidade, assumiu uma obrigação excessivamente onerosa para si (como um agricultor no interior do país que vender suas terras por dez por cento do valor de mercado para uma imobiliária de uma capital).

De outra parte, o contrato poderá ser judicialmente extinto ou revisado em situações de onerosidade excessiva gerada a uma das partes contratantes derivada de um fato imprevisível, extraordinário e inevitável (a revisão da relação contratual de consumo independe destes fatores). Desse modo, se em virtude de uma imprevisível alteração da política governamental que cause uma macrodesevalorização da moeda nacional diante do dólar norte-americano, o contrato (com cláusula de pagamento vinculado à moeda estrangeira) poderá ser judicialmente revisado para atingir um equilíbrio.

Vejam os resumos dos princípios atinentes aos contratos no Brasil:



5 CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

Os contratos agrupam-se em diversas categorias, suscetíveis, isoladamente, de subordinação a regras idênticas ou afins. Daí decorre a utilidade de sua classificação.

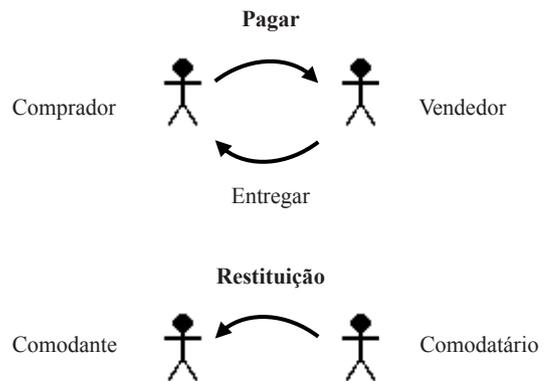
5.1 Contratos típicos e atípicos

Contrato típico é o que se encontra disciplinado na lei (por exemplo, compra e venda). O CC de 1916 não previa o contrato de transportes que nele, assim, era atípico. O NCC prevê o contrato de transportes, o qual nele, portanto, é típico.

É importante identificar os contratos típicos no direito brasileiro (como a compra e venda, a locação, a franquia, o arrendamento mercantil, o mandato, a agência, a relação de consumo etc.), para que se possa saber quais das suas normas são imperativas e quais poderão ser afastadas pela vontade das partes. Além disso, saber a relação entre estes contratos e parte geral da regulação dos contratos no Código Civil (muito embora valha ainda o princípio da atipicidade, que permite a criação de contratos não previstos no ordenamento jurídico).

5.2 Contratos unilaterais e bilaterais

Os contratos bilaterais estabelecem obrigações para ambas as partes (são a regra geral, como o caso da compra e venda, da locação etc.). Os contratos unilaterais estabelecem tipicamente obrigações para apenas uma das partes (ex. doação, empréstimo). Vejamos em gráficos a estrutura de um contrato bilateral (compra e venda) e em seguida unilateral (comodato):



Em verdade, lembra-se aqui que toda relação contratual enseja:

- a) deveres principais (indicam a natureza do contrato, que pode ser, como visto, bilateral ou unilateral);
- b) deveres acessórios (laterais) – aqueles deveres implícitos derivados da boa fé negocial como informação, esclarecimento, prestação de contas;
- c) deveres secundários – aqueles sem os quais não se consegue cumprir o dever principal como o acondicionamento e o transporte da mercadoria vendida.

Nos contratos bilaterais, em princípio, nenhum dos contratantes pode, antes de cumprida sua obrigação, exigir o cumprimento da do outro. Nessa hipótese, se isso acontecer, a parte prejudicada tem o direito de invocar a exceção de contrato não cumprido – *exceptio non adimpleti contractus* (art. 476, NCC). Evidentemente, a exceção de contrato não cumprido somente pode ser oposta quando a lei ou o próprio contrato não determinar a quem cabe primeiro cumprir

a obrigação. Admite-se, porém, em caráter excepcional, a recusa do cumprimento de uma obrigação, caso, depois de concluído o contrato, sobrevier à outra parte diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação a que se obrigou (art. 477, NCC).

Nos contratos bilaterais, também, a coisa ou o serviço objeto da contratação poderá ser rejeitado, se tiver defeitos ocultos (ou seja, aqueles que não podem ser vistos por uma pessoa razoável em circunstâncias normais) que a desvalorizam ou fazem-na impréstável ao seu uso. Igualmente, nos contratos bilaterais, o vendedor de um bem tem o dever de garantir ao adquirente a posse justa da coisa transmitida, defendendo-a de pretensões de terceiros quanto ao seu domínio (*evictio*). Ademais, ele deve indenizar o adquirente em casos de evicção. Dá-se evicção, quando o adquirente vem a perder a propriedade ou posse da coisa em virtude de sentença judicial que reconhece a outrem o direito anterior sobre ela.

5.3 Contratos gratuitos e onerosos

Contrato oneroso é aquele que, via de regra, estabelece uma contrapartida, um preço e, consequentemente, vantagens, benefícios e/ou prejuízos para ambas as partes (compra e venda, por exemplo). No contrato gratuito, há sempre uma liberalidade de um contratante em favor do outro (por exemplo, doação ou comodato).

5.4 Contratos comutativos e aleatórios

Contrato comutativo ou sinalagmático é o que estabelece uma equiparação entre as prestações (por exemplo, compra e venda, locação).

Contrato aleatório é aquele em que uma das partes assume o risco integral de vir ou não a obter a prestação da outra parte (compra da safra futura do agricultor pelo fabricante ou pelo comerciante, por exemplo).

5.5 Contratos consensuais, formais e reais

Contratos consensuais são os que se estabelecem pelo livre acordo de vontades, sem nenhum requisito formal ou material para a sua existência e validade. É a regra, já que a maioria dos contratos não exige a forma escrita (art. 107, NCC).

Contratos formais são os que, para sua validade, a lei exige forma escrita (por exemplo, contrato de compra e venda de bens imóveis), por escritura pública de compra e venda (art. 108, NCC).

Contratos reais são os que, por herança do direito romano clássico, a tradição do bem é requisito fundamental para a existência do acordo (contrato de comodato, por exemplo).

5.6 Contratos de execução imediata, diferida e sucessiva

Contratos de execução imediata são aqueles negócios jurídicos em que o pagamento da obrigação é feito logo após a constituição do negócio, de modo que o surgimento do contrato é quase instantâneo à sua extinção (por exemplo, pedir, tomar e pagar um cafezinho em um bar).

Contratos de execução diferida são aqueles em que o adimplemento da obrigação é feito em ocasião futura transferida pelo contrato (entrega de móveis em trinta dias da aquisição, por exemplo).

Contratos de execução sucessiva são aqueles em que o pagamento é diluído em uma série de prestações, as quais, isoladamente cumpridas, não extinguem o vínculo obrigacional (por exemplo, financiamento habitacional, locação etc.).

6 TRANSMISSÃO DE CONTRATOS

Transmissão de contratos (total ou parcial) é o gênero pelo qual uma obrigação (passivo), um crédito (ativo) ou a própria posição contratual da parte contratante podem ser cedidos para uma terceira pessoa. Nesse sentido, a transmissão de contratos pode se dar de três formas. A cessão de crédito (art. 286 do NCC) é a transmissão apenas de uma posição ativa, de valores a receber de uma relação contratual, de créditos como o nome está dizendo. Já a assunção de dívidas (art. 299 do NCC) é a transmissão apenas de uma posição passiva de um contrato, de dívidas, de algo a ser pago a um credor. Ao passo que a cessão de posição contratual é a transmissão de toda a relação contratual, com seus direitos e obrigações, havendo a integral substituição de uma das partes por outra. Vejamos cada uma delas.

6.1 Cessão de crédito

É o contrato pelo qual o credor transmite a terceiro, independentemente do consentimento do devedor, a totalidade ou uma parte do seu crédito. Dessa forma, no contrato de cessão de crédito, basta assinar cedente e cessionário – o cedido não é obrigatório figurar no documento (muito embora isso seja recomendável a fim de evitar ter-se de notificá-lo a fim de informar-lhe da substituição do credor).

Quanto às partes nesse contrato:

1. cedente – é o credor originário;
2. cessionário – é quem recebe o crédito, o novo credor;
3. cedido – é o devedor que terá de honrar com o crédito transmitido (este embora não seja

obrigado constar do documento, é recomendável como dito).

Existe uma ligação umbilical necessária entre o contrato de cessão e o contrato original (causalidade). Se houver qualquer nulidade no contrato original, esta vicia a respectiva cessão – ao contrário de uma promissória, que gera uma obrigação de pagamento abstrata (título abstrato é o negócio jurídico cuja validade não é prejudicada pelas faltas ou defeitos inerentes à relação jurídica fundamental que lhe serve de base).

Para a plena validade da cessão, além dos requisitos normais de um contrato, a lei requer requisitos especiais: os créditos têm que ser passíveis de cessão, o que acontece quando não há previsão contratual em sentido contrário, ou quando o crédito não seja pessoal e intransmissível pela sua natureza (*intuitu personae*) e quando sobre ele não recair uma penhora judicial. Ademais, a legislação ainda exige que a cessão de crédito seja feita por escrito.

De acordo com o texto da lei, o cedente fica obrigado pela existência do crédito transmitido a terceiro, mas não fica (salvo cláusula contratual expressa) obrigado pela solvência do devedor, ou seja, não garante que o devedor terá condições de pagar o crédito cedido.

6.2 Assunção de dívidas

É um contrato pelo qual um terceiro se obriga perante um credor a efetuar a prestação devida por outro (art. 299 do NCC). Dito em outras palavras, a assunção de dívida gera a transmissão de uma obrigação por meio de um contrato.

Quanto às partes nesse contrato são elas:

- a) assuntor – é o terceiro, o novo devedor, aquele que assume a dívida de outro perante o credor original;
- b) devedor (originário) – alguém que contraiu a dívida que vai ser assumida por outro;
- c) credor – titular do crédito.

A instrumentalização desse negócio se dá por meio de um contrato, envolvendo necessariamente o credor, que deve figurar como interveniente anuente. Essa é a forma de o credor manifestar que está de acordo com a transferência. Isso é importante, porque interessa a ele avaliar o grau de satisfação da dívida de acordo com o patrimônio do devedor, pois este é o lastro geral do cumprimento de contratos no Brasil (com efeito, é diferente se ter uma grande empresa como devedora ou uma pessoa física desprovida de patrimônio). De modo que a assunção de dívida não é válida sem o consentimento do credor e nisso ela se distancia substancialmente da cessão de crédito.

O contrato de assunção de dívida tem como efeitos:

1. em princípio, liberar o devedor originário, salvo convenção expressa em contrário (se se quiser que o devedor original figure como coobrigado, é preciso fazer constar isso no documento de cessão);
2. extinguir as garantias dadas pelo devedor originário, salvo previsão contratual expressa em contrário (ou seja, se havia garantias dadas na relação transmitida, é preciso fazer constar essa mesma garantia no novo contrato).

Como requisitos do contrato de assunção de dívida, devem estar presentes os mesmos aspectos comentados em relação ao contrato de cessão de crédito.

6.3 Cessão de posição contratual

É a cessão de toda a posição que uma das partes ocupava no contrato, incluindo todos os deveres e obrigações, isto é, ocorre a substituição total de uma das partes em um dos polos da relação contratual. Não se está apenas cedendo só ativos ou só passivos, mas toda a posição no contrato, com tudo o que nela constar (direitos, obrigações, ônus, ações etc.).

Trata-se de figura contratual não regulada expressamente no Novo Código Civil. Contudo, é plenamente possível se fazer uma analogia com a figura da assunção de dívidas, que acontece, via de regra, em qualquer cessão de posição contratual e cujos requisitos são mais amplos do que a cessão de créditos tão somente. Por isso, a cautela recomenda se aplicarem os dispositivos do Novo Código Civil relativamente à assunção de dívida em casos de contratos de cessão de posição contratual.

7 INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS

Interpretar um contrato é esclarecer o sentido das duas distintas declarações de vontade que o integram e determinar o significado do acordo ou consenso. Genericamente falando, estrangeiros que façam investimentos no Brasil devem estar preparados para uma cultura jurídica que pode admitir maior grau de intervenções e interpolações no contrato escrito firmado entre as partes do que em seu país de origem.

De uma maneira geral, a legislação determina que o intérprete do acordo não possa se afastar da regra que manda interpretar as declarações de vontade, atendendo-se mais à sua intenção do que ao sentido literal da linguagem, a fim de determinar com precisão a efetiva vontade das partes (art. 112, NCC). Em seu artigo 113, o NCC acrescenta que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”, adiante, afirma

que “os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente” (art. 114, NCC). A isso o CDC (art. 47) acrescenta que as cláusulas contratuais serão interpretadas de modo mais favorável à parte mais fraca da relação (no mesmo sentido, art. 423, NCC).

À procura do equilíbrio contratual o direito contratual brasileiro, dentro de seu modelo social, destacará o *papel da lei* como limitadora e como verdadeira legitimadora da liberdade contratual. A lei (imperativa e inafastável por vontade das partes) passará a proteger, como já explicado anteriormente, determinados interesses sociais, valorizando a confiança e a boa-fé da partes contratantes. Isso confere grande discricionariedade ao Poder Judiciário no Brasil no momento de interpretar o contrato à luz do direito positivo.

8 EXTINÇÃO DOS CONTRATOS

8.1 Noções gerais

O vocábulo extinção deve ser reservado para o gênero que compreenda todos os casos nos quais o contrato deixa de existir. Cumpridas as obrigações, o contrato está executado, seu conteúdo esgotado, seu fim alcançado. O adimplemento ou a execução espontânea da obrigação pactuada é o modo normal de extinção dos contratos. A extinção normal do contrato não suscita qualquer problema em relação à forma e aos efeitos. Muitas vezes, porém, o contrato extingue-se antes de ter alcançado seu fim. Acaba sem que as obrigações tenham sido cumpridas e aí normalmente surgem os problemas debatidos nos tribunais.

8.2 Extinção do contrato por adimplemento

O adimplemento é a forma normal de extinção do vínculo contratual. O adimplemento se dá pela entrega da prestação a que está adstrito o devedor (art. 304, NCC). Pelo sistema legal nacional, qualquer pessoa pode pagar dívida alheia. Existem formas alternativas de substituição do pagamento que geram o mesmo efeito como acontece quando uma das partes aceita prestação ou bem diverso daquele pactuado (dação em pagamento).

8.3 Nulidade/anulabilidade

O contrato anulável é aquele eivado de um vício de consentimento como os casos de erro, dolo, coação, simulação ou lesão (arts. 138 e seguintes, NCC). São problemas atinentes ao contrato que afetam apenas as partes envolvidas, somente podendo ser alegado pelos interessados. O contrato nulo contém vício mais grave, pois nele não foi cumprida uma solenidade prevista

em lei, ou foi praticado por incapaz ou então contém um objeto ilícito (art. 166, NCC). Para a nulidade ser reconhecida, não é preciso provocação, ao juiz cabe pronunciá-la de ofício.

8.4 Resilição

Os contratos, frutos do poder criador da vontade, podem ser também por ela fulminados. Esta é a chamada resilição contratual, a qual significa, portanto, uma forma de extinguir os contratos por um acordo de vontades (resilição bilateral), ou, excepcionalmente, pela vontade de uma das partes (resilição unilateral). É uma extinção imotivada do negócio jurídico, porque fruto da vontade individual ou bilateral.

A resilição bilateral é chamada também de distrato, que significa o término do vínculo contratual pela mesma vontade que o gerou (art. 472, NCC). É o contrato que põe termo à relação negocial anterior. A formalidade exigida por lei para o distrato é a mesma que o sistema legal demanda para a validade do contrato original, ou seja, se a lei requer instrumento público para a validade do contrato (como no caso da compra e venda de imóveis), o distrato também se deve fazer por escrito público.

Resilição unilateral é algo excepcional, porque o ordenamento jurídico proíbe que a manutenção do negócio jurídico dependa somente da vontade de uma das partes (cláusula leonina ou potestativa). A resilição unilateral (ou denúncia), porque excepcional, deve ser prevista pela lei ou pelo contrato, expressamente (art. 473, NCC). Cuidados são exigidos na previsão ou no exercício da denúncia, pois o sistema legal brasileiro protege a parte prejudicada pela resilição unilateral de outra parte, podendo o poder judiciário por vezes conceder medidas liminares para manter a relação contratual ou ainda conceder indenização pela extinção do pacto (art. 473, § único ou art. 720, ambos do NCC).

8.5 Resolução/rescisão

Resolução (rescisão) é a forma de extinção do vínculo contratual por descumprimento da obrigação contratual da outra parte (art. 474 e 475, NCC). É uma extinção motivada do negócio jurídico, porque fundada em um inadimplemento. A resolução pode ser combinada com o pagamento de uma indenização à parte prejudicada, que englobe os seus prejuízos e também o que ela deixou de ganhar com a inexecução do acordo.

Salienta-se que ao invés de solicitar judicialmente a resolução, a parte prejudicada pode ainda pedir ao juiz uma medida judicial para obrigar a outra parte ao cumprimento do contrato (dita ação de cumprimento), podendo o magistrado fixar *astreintes* ou multas diárias

para obrigar a parte recalcitrante ao cumprimento de sua obrigação.

A rescisão pode ser expressa ou tácita. A rescisão expressa deve ter sido prevista no instrumento contratual. A resolução expressa independe da chancela judicial para produzir efeitos, podendo ser redigida de tal forma que seja automática diante do inadimplemento. Entretanto, a cláusula de resolução implícita ou tácita depende de interpelação judicial para que produza seus efeitos (art. 474, NCC). Nesse sentido, mesmo contratos verbais, podem ser rescindidos, com base nessa cláusula de rescisão tácita.

Lembra-se aqui que a teoria do adimplemento substancial, como dito, impede que o credor resolva o contrato quando parcela significativa dele já foi cumprida (por exemplo, quando se pagou 39 prestações de algo comprado em 40 prestações). Já o mero atraso no cumprimento do contrato, quando ainda há interesse do credor no adimplemento da obrigação, é chamado de mora ou inadimplemento relativo (art. 395, NCC). Ela não gera, necessariamente, a resolução do contrato, mas pode ensejar indenização por perdas e danos. O atraso no pagamento de valores pecuniários provoca o dever de pagamento de correção monetária de acordo com os índices oficiais (ou seja, adequação do valor de compra da moeda, tendo em vista a inflação do período) e o pagamento de juros de 1% ao mês no máximo.

8.6 Meios contratuais para evitar a resolução

O meio mais comum para evitar um descumprimento contratual no Brasil é a previsão no documento de uma “multa”, ou seja, de uma cláusula penal (art. 408 do NCC). A cláusula penal é uma tentativa das partes de atuar sobre o ânimo da outra parte a fim de convencê-la a respeitar o contrato sob pena de ter que pagar um valor previamente pactuado entre as partes. A única limitação legal para o uso da cláusula penal é o seu valor, que não pode ser superior ao valor do contrato. Ademais, a parte que se sinta prejudicada por recorrer ao Poder Judiciário para que o juiz diminua o valor da cláusula penal livremente pactuada (mesmo que esta seja estipulada dentro dos limites legais). Por fim, é recomendável que as partes não limitem suas perdas e danos, em caso de descumprimento do contrato, à previsão da cláusula penal, devendo deixar expresso no contrato que se o prejuízo experimentado for superior a ela, poderão buscar a diferença nos tribunais.

Outro meio de garantir o cumprimento do contrato são as arras, que são um princípio de pagamento dado por uma das partes. Se quem as deu desistir do negócio, perdê-las-á; se quem desistir foi quem as recebeu, devolvê-las-á em dobro à parte prejudicada.

Por fim, uma maneira de minorar os riscos com o inadimplemento são as garantias contratuais. No Brasil, o patrimônio da parte obrigada é a garantia geral do cumprimento das obrigações. Além disso, as partes poderão pactuar garantias fiduciárias ou pessoais (fiança – em que um terceiro, seja um sócio de uma empresa, um interessado no negócio, um familiar ou mesmo um banco garantem com seu patrimônio o adimplemento contratual) ou reais (nas quais um imóvel – hipoteca – ou um móvel – penhor – garantirá o cumprimento da obrigação). As garantias reais requerem um cuidado no Brasil, pois a hipoteca dependerá de escritura pública e o penhor da tradição do bem empenhado para que sejam validamente constituídas.

Tem se tornado frequente nos grandes negócios um seguro adimplemento, ou seja, a contratação de uma *performance bond*, dado por seguradoras que dispõem deste produto.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, J. M. *Jhering e o direito no Brasil*. Recife: Editora Universitária, 1996.
- ADORNO, S. *Os aprendizes do poder*. São Paulo: Paz e Terra, 1988.
- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003.
- ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: EJUL, 1965.
- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade, eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado (...). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 750, p. 113-20, abr. 1998.
- BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Coimbra: Coimbra, 1969. 2v.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1949. v. 1 e 4.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. 2. ed. Madri: Civitas, 1985.
- CAMPILONGO, Celso. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. 2v.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Porto Alegre: 1964 (reed. São Paulo: José Bushatsky, 1976).
- _____. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Org. de Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

- COUTO E SILVA, Clóvis do. *Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil* (a atualidade do pensamento de O. Karlowa e de O. Bülow). Coimbra: Universidade de Coimbra, 1983.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 5. ed. Madri: Civitas, 1996. 2v.
- FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1994.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil: esboço*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1952. 4v.
- GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos: civiles y comerciales*. Buenos Aires: Astrea, 1999. 2v.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000 v. 2 e 3.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. São Paulo, Max Limonad, 2000.
- _____. *Direito e transformação social*. [S. n. t.].
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. 2v.
- MACEDO, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no CDC*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. A noção de contrato na história dos pactos. In: VV.AA. *Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 497-513.
- _____. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, p. 127-54, set./dez. 1992.
- _____. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.) et al. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 611-61.
- MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 1-6 e 38 ss.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 1982.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.
- REALE, Miguel. *O Projeto do novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Coimbra: Almedina, 1988.
- SARLET, Ingo Wolfgang (org.) et al. *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo (coord.) et al. *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- TIMM, Luciano (org.). *Direito e economia*. São Paulo: THOMSON/IOB, 2005.
- TIMM, Luciano et al. *Direito da empresa e dos contratos*. 2. ed. São Paulo: THOMSON-IOB, 2006.
- UNGER, Mangabeira. *O Direito na sociedade moderna*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.
- VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. 2v.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2.
- ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel (org.). *Direito e Economia*. São Paulo: Campus, 2005.

NOTAS

¹ Zylbersztajn e Sztajn, 2005; Timm, 2005; Saddi e Pinheiro, 2005.

² Saddi e Pinheiro, 2005.