



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA JURÍDICA

TEORIA GERAL DOS CONTRATOS:

ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS BASILARES E DAS FORMAS DE
EXTINÇÃO CORRELACIONADAS À PANDEMIA DA COVID-19

ORIENTANDO: WILSOMAR ALVES MOREIRA FILHO

ORIENTADORA: FERNANDA DE PAULA FERREIRA MOI

GOIÂNIA
2021

WILSOMAR ALVES MOREIRA FILHO

TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS BASILARES E DAS FORMAS DE
EXTINÇÃO CORRELACIONADAS À PANDEMIA DA COVID-19

Trabalho de Conclusão de curso
apresentada à disciplina Trabalho de
Curso II, da Escola de Direito e Relações
Internacionais, Curso de Direito, da
Pontifícia Universidade Católica de Goiás
(PUCGOIÁS).

Prof. Orientadora: Fernanda De Paula
Ferreira Moi

GOIÂNIA
2021

WILSOMAR ALVES MOREIRA FILHO

TEORIA GERAL DOS CONTRATOS:

ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS BASILARES E DAS FORMAS DE
EXTINÇÃO CORRELACIONADAS À PANDEMIA DA COVID-19

Data da Defesa: 10 de Junho de 2021

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof. Dra. Fernanda De Paula Ferreira Moi - Nota

Examinadora Convidada: Mestra Larissa Junqueira Reis Bareato - Nota

Dedicatória

Dedico esse trabalho de curso primeiramente a Deus e minha família, que sempre estiveram ao meu lado durante essa caminhada.

Agradecimentos

Agradeço a Deus por ter me dado forças para a conclusão de mais uma fase em minha vida.

Agradeço a minha orientadora Fernanda De Paula Ferreira Moi pelas orientações que foram de suma importância para o melhor desenvolvimento do presente trabalho.

Agradeço aos meus pais e minha irmã, que estiveram presentes em todos os momentos, prestando todo apoio necessário.

SUMÁRIO

RESUMO	08
INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO I – DIÁLOGO ENTRE A QUESTÃO HISTÓRICA E A PRINCIPIOLÓGICA NO DIREITO CONTRATUAL	11
1.1 BREVE HISTÓRICO E A PRINCIPIOLOGIA NO DIREITO CONTRATUAL	11
1.2 CONCEITO GERAL DE CONTRATO	17
CAPÍTULO II – TEORIA GERAL DOS CONTRATOS	20
2.1 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS	20
2.2 NEGOCIAÇÃO, PROPOSTA E ACEITAÇÃO DOS CONTRATOS	23
CAPITULO III - PANDEMIA E MEDIDAS CONTRATUAIS ADOTADAS	30
3.1 RESILIÇÃO	31
3.2 RESOLUÇÃO	33
3.3 RESOLUÇÃO POR ONEROSIDADE DE EXCESSIVA	36
3.4 APLICAÇÃO DAS FORMAS DE EXTINÇÃO SUPERVENIENTES DOS CONTRATOS DURANTE A PANDEMIA ---	40

CONCLUSÃO -----47

REFERÊNCIAS -----49

RESUMO

O presente trabalho trata sobre o direito dos contratos, onde será abordado seus princípios fundamentais e suas formas de extinção, sendo feita uma correlação com a pandemia de covid-19. Este direito contratual sofreu várias alterações durante séculos, sendo adicionados princípios e interpretados de forma a cumprirem com seu papel diante dos interesses da sociedade atual. Esta monografia optou pelo estudo dos contratos, pois é um instrumento que sempre está presente nas relações pessoais de todos e que irá nos acompanhar durante toda vida. O trabalho visa interpretar as formas de extinção dos contratos diante de fatos ocorridos posteriormente a sua celebração e também analisar quais medidas foram adotadas pelo poder público e por particulares em seus contratos.

Palavras-chave: direito dos contratos. princípios. extinção.

INTRODUÇÃO

O contrato é a principal fonte de formação de relações obrigacionais entre as pessoas, que tem como característica o acordo de vontades entre as partes. Diariamente esse mecanismo é utilizado como forma de criar, modificar ou extinguir um direito, estando amplamente utilizados em todas as relações interpessoais, o que leva a circulação de riquezas e interesses particulares dos contratantes.

Esses contratos geram obrigações entre as partes, nas quais tem o dever de fazer o necessário para seu cumprimento e satisfação de seus interesses, o que traz uma grande importância no âmbito econômico, social e jurídico. O contrato vem justamente para regulamentar as formas, consequências, características.

O tema escolhido se dá por conta das alterações das condições de muitos contratos, por conta das medidas de restrição e paralisação de diversas atividades como forma de conter o avanço da transmissão do corona vírus. Com a pandemia, surgiram várias especulações e dúvidas sobre quais as medidas legais, tanto judiciais ou extrajudiciais poderiam ser adotadas nos contratos que foram afetados.

Diante desse assunto, o Código Civil prevê algumas teorias e modalidades em que se autoriza a revisão ou extinção dos contratos alterados pela pandemia, por conta de fatos supervenientes da data de sua celebração. Assim, deverá ser analisado o tipo de contrato, se de fato os acontecimentos decorrentes da pandemia fizeram causa para sua revisão ou extinção.

A extinção contratual a ser debatida, ocorre por fatores posteriores a celebração do contrato, levando uma discussão sobre como os impactos decorrentes da pandemia afetariam os contratos a ponto de ser permitida a sua rescisão ou revisão. O termo rescisão é utilizado para informar o desfazimento do negócio jurídico, sendo esse gênero, onde a resilição e resolução são suas espécies.

Visto isso, o objetivo a ser atingido é discorrer quais são as conseqüências contratuais das medidas adotadas para impedir a propagação do vírus, analisando qual a responsabilidade de cada uma das partes e as modalidades que podem ser aplicadas, tanto para preservar o vínculo ou extingui-lo.

No primeiro capítulo será abordada uma breve evolução histórica e principiológica dos contratos, bem como seu conceito. Os princípios a serem abordados são de suma importância, pois estão presentes em toda a fase de formação, existência, validade e cumprimento dos contratos, o que garante uma segurança jurídica as partes.

No segundo capítulo serão comentados os elementos constitutivos que devem ser analisadas para a correta formação do contrato e também as fases de negociação, proposta e aceitação. Essa análise técnica é importante para verificar os casos em que o contrato se forma com algum vício, o contrato poderá ser considerado nulo ou anulável.

Já o terceiro capítulo adentra-se na questão das medidas que estão previstas no ordenamento jurídico e podem ser adotadas nos contratos afetados pela pandemia, as quais são apresentadas a resilição, resolução e resolução por onerosidade excessiva, posteriormente abordando como estas devem ser aplicadas no caso concreto.

Como referenciais, serão utilizados para dar fundamentação ao trabalho doutrinas, jurisprudências e o próprio texto da lei. quanto a metodologia, será utilizada a metodologia dedutiva, sendo a pesquisa classificada como bibliográfica.

Dada essas modalidades, serão analisadas os casos previstos em lei e debatidos em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para que seja apresentada as alternativas legais que estão disponíveis para serem utilizadas nos contratos afetados pelos fatores supervenientes decorrentes da crise ocasionada pela pandemia.

CAPÍTULO I

DIÁLOGO ENTRE A QUESTÃO HISTÓRICA E A PRINCIPIOLÓGICA NO DIREITO CONTRATUAL

1.1 BREVE HISTÓRICO E A PRINCIPIOLOGIA NO DIREITO CONTRATUAL

Quanto ao período histórico do direito contratual, não se pode indicar ao certo o momento em que surgiram, vez que o direito de contratar é datado de muitos séculos, e com a evolução da sociedade foram aplicados com características diferentes de acordo com os pensamentos e costumes da época.

Desse modo, no Direito Romano foi onde se observou o primeiro modelo de regulamentação jurídica contratual, caracterizado pela tipicidade e formalismo, o que dava uma maior segurança ao acordo. Portanto, os contratos eram já definidos, não podendo ser criados por conta das partes, devendo ainda promover certas solenidades, que se descumpridas geravam vício que tornava o contrato sem efeito.

A tipicidade exprimia-se no fato de que, em Roma, os contratantes somente podiam celebrar determinados tipos contratuais, de número fechado (comodato, depósito etc.). Os contratantes não podiam, todavia, criar contratos livremente. Além de típicos, os contratos eram, em regra, formais ou solenes, isto é, exigiam a prática de determinadas solenidades para a sua formação. (SCHEREIBER, 2020, p. 583).

Essa liberdade de realizar o contrato iniciada no direito romano ficou conhecida como princípio da autonomia da vontade, no qual as partes tinham a liberdade para escolher se queriam ou não contratar, o que contratar e ainda em comum acordo estabelecerem quais seriam as condições do contrato. Entretanto, essa liberdade no direito romano era muito restrita diante das poucas possibilidades dos contratos elencados e de suas formas de garantia.

Com a queda do Império Romano, o formalismo e a tipicidade criados em Roma foram deixados de lado com o passar dos séculos, de modo que na Idade Média, influenciado pelo Direito Canônico, surgiu a idéia do consensualismo, que estava muito ligado a simbologias e invocações divinas, onde que, para a formação do contrato bastaria o consenso das partes seguido muitas vezes de costumes como aperto de mão, tapas e outras formas para a concretização do vínculo, não havendo nenhuma forma legal de reivindicar caso o contrato não fosse cumprido.

Desde ao menos o século IV, a Igreja Católica impunha o respeito à palavra dada, condenando como peccatum a quebra de promessas feitas pelos homens nas suas relações recíprocas. Embora isso não assegurasse, inicialmente, nenhuma sanção institucional ao violador da promessa(...),estimulava o reconhecimento social do caráter vinculante do consenso alcançado pelos homens. (SCHEREIBER, 2020, p. 585).

Mesmo após o formalismo do Direito Romano ser substituído pelo consensualismo nas sociedades medievais, os quais perduraram por séculos, no feudalismo não se mostrava eficiente por se limitarem a compromissos de confiança entre os nobres. Assim, com o início das cruzadas no século XI se viram presentes a reaberturas de rotas comerciais entre Oriente e Ocidente, expondo a fragilidade do consensualismo adotado no período. Conforme ensinamento de Anderson Schereiber:

A disciplina jurídica dos pactos realizados nesse período mostrava-se verdadeiramente caótica. Muitos comerciantes se consideravam regidos pelo direito costumeiro de seus próprios povos, que, a partir da queda do Império Romano do Ocidente,haviam se desenvolvido por caminhos distintos a ponto de se tornarem inconciliáveis em muitos aspectos.(SCHEREIBER, 2020, p. 585 e 586).

A partir desse momento, com o surgimento da burguesia e posteriormente a revolução burguesa no século XVIII, se viu a necessidade de ter um estado menos atuante, com um viés liberal, onde este só iria atuar de forma a garantir uma segurança jurídica nos contratos estabelecidos. Estes contratos eram considerados legais simplesmente por serem formalizados em comum acordo, sendo desta maneira formado uma obrigação considerada "lei entre as partes", sendo indiscutíveis, devendo ser apenas cumpridos, ficando conhecido assim como princípio da obrigatoriedade dos contratos.

¹O Feudalismo foi uma organização econômica, política e social baseada na posse da terra - o feudo - que predominou na Europa Ocidental durante a Baixa Idade Média. As terras e títulos de nobreza eram doadas pelo rei como recompensa aos líderes por terem participado de batalhas.

De acordo com o princípio da obrigatoriedade dos contratos, após celebrado pela livre vontade das partes, suas cláusulas devem ser cumpridas, formando assim lei entre as partes. Este princípio também é conhecido como força obrigatória, ou *pacta sunt servanda*, que significa "os contratos devem ser cumpridos".

Esse princípio está presente desde o Direito Romano, na qual prevalecia de forma absoluta, sendo que após formado o contrato, devia ser cumprido a qualquer custo, não importando suas conseqüências podendo ser modificado apenas em comum acordo.

Anote-se que o princípio da força obrigatória como regra máxima tinha previsão já no Direito Romano, segundo o qual deveria prevalecer o *pactasunt servanda*, ou seja, a força obrigatória do estipulado no pacto. Não poderia, portanto, sem qualquer razão plausível, ser o contrato revisto ou extinto, sob pena de acarretar insegurança jurídica ao sistema.(TARTUCE, 2020, p.907).

De tal forma, esse princípio garantia o regular cumprimento dos contratos. Segundo Gangliano e Pamplona (2020, p. 621) "Sem o reconhecimento da obrigatoriedade dos contratos, a palavra dos homens careceria de força jurídica, em franco prejuízo à segurança das relações negociais."

Ainda com idéias do liberalismo, representado pelo Código de Napoleão e posteriormente o Código Alemão, foram duas das grandes codificações modernas, onde o princípio da liberdade de contratar foi uma das bases para disseminação do modelo filosófico liberal para todo o mundo, bem como advêm o próprio Código Civil Brasileiro. Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 17) "a idéia de um contrato com predominância da autonomia da vontade, em que as partes discutem livremente as suas condições em situação de igualdade, deve-se aos conceitos traçados para o contrato nos Códigos francês e alemão".

Já no Direito Contemporâneo, na atual codificação civil, com a evolução do Direito Público como forma de garantir a ordem e promover o bem social, os princípios sofreram alterações e outros foram criados, de modo a suprir o interesse social.

Assim, conforme o princípio da autonomia da vontade, o sujeito de direito terá a liberdade de escolher se quer contratar, quem contratar, como quer contratar

e o conteúdo desse contrato, estando este fundado na vontade da pessoa humana, sendo esta a força propulsora que constitui as relações contratuais. Essa liberdade de contratar nem sempre exprime de fato todo interesse das partes, dando-se a partir de uma negociação, na qual há renúncias, tolerância e uma flexibilidade, onde as partes realizam uma análise de oportunidade dentro de seus interesses. Quanto ao princípio da autonomia da vontade, Paulo Nader ensina:

Na gestão de seus interesses, as pessoas gozam do direito de contratar e de não contratar. A vontade é livre para contrair obrigações de variadas espécies e sob as condições que desejar, sem a imposição da lei. Os contratos, por sua modalidade, objeto e condições, se amoldam às individualidades. (NADER, 2016, p.54).

Esta vontade de contratar não é plena, possuindo norma de ordem pública, no qual representa uma intervenção do estado, impondo limitações na liberdade contratual, conforme se faz presente no art. 421 do Código Civil de 2002 que dispõe que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Portanto, conforme mencionada no art. 421 do Código Civil, a função social relativiza a autonomia da vontade em sua liberdade de contratar, que será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, onde coloca-se sua importância para impedir cláusulas contratuais injustas para uma das partes, mantendo o equilíbrio social e econômico. Conforme Venosa (2018, p. 31) "O Código de 2002 é expresso ao se referir ao sentido da função social do contrato. Assim, o ordenamento procurou dar aos mais fracos uma superioridade jurídica para compensar a inferioridade econômica".

Essa função social do contrato também é um dos princípios contratuais atuais, onde coloca o contrato como um garantidor do interesse da pessoa humana, não apenas como forma exclusiva de garantia jurídica, permitindo assim, a intervenção do estado para impedir algum excesso ou abuso por alguma das partes. Conforme vemos na citação de Flávio Tartuce:

Nesse contexto, o contrato não pode ser mais visto como uma *bolha*, que isola as partes do meio social. Simbolicamente, a função social funciona como uma agulha, que *fura a bolha*, trazendo uma interpretação social dos pactos. Não se deve mais interpretar os contratos somente de acordo com aquilo que foi assinado pelas partes, mas sim levando-se em conta a realidade social que os circunda.(TARTUCE, 2020, p.886).

O contrato tem como finalidade a circulação de riquezas e obtenção de fins comuns, assim, essa função deve estar baseada na prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, estando também ligados a este o princípio da autonomia da vontade quanto a sua limitação, quando tal autonomia entra em confronto com a função social. Ressalta-se o entendimento de Paulo Nader.

Se de um lado o princípio da autonomia da vontade comporta certos limites ditados pela *função social dos contratos* e do *valor justiça*, rejeita todo processo de *dirigismo contratual* que vá além, seja na forma legislativa ou jurisprudencial. Além dos casos previstos diretamente no Código Civil, o juiz não está autorizado a decidir por equidade, alterando as condições livremente estipuladas pelos contratantes. O art. 4º da Lei de Introdução é específico a respeito. Este é um princípio de segurança jurídica, que dá às partes a possibilidade de *um saber a que se ater*. O novo Códex proíbe as convenções que afrontem as regras de ordem pública, destacando as que visem a assegurar a função social dos contratos e da propriedade (NADER, 2016, p.57).

Dentro da realidade atual, a força obrigatória do contrato não encontra tão rígido na atual legislação como antigamente, ficando relativizado sobretudo por outros princípios e formas de revisão e resolução dos contratos, estabelecidos para manter o equilíbrio entre as partes. Informa Carlos Roberto Gonçalves sobre:

Ocorreu, em consequência, uma mudança de orientação, passando-se a aceitar, em caráter excepcional, a possibilidade de intervenção judicial no conteúdo de certos contratos, para corrigir os seus rigores ante o desequilíbrio de prestações. Acabou medrando, assim, no direito moderno, a convicção de que o Estado tem de intervir na vida do contrato, seja mediante aplicação de leis de ordem pública em benefício do interesse coletivo, seja com a adoção de uma intervenção judicial na economia do contrato, modificando-o ou apenas liberando o contratante lesado, com o objetivo de evitar que, por meio da avença, se consuma atentado contra a justiça. (GONÇALVES, 2017, p.47).

Assim, o ordenamento jurídico se tornou menos rígido, o que não significa seu desuso, estando sempre presente para garantir a segurança jurídica, estando os ônus de perdas e danos, juros, atualização monetária e honorários advocatícios à cargo o devedor, em caso de descumprimento do contrato.

Um importante princípio que será obrigatoriamente observado em todos os contratos é o princípio da boa-fé contratual, ligado primordialmente na cooperação das relações contratuais norteados pelas considerações éticas e morais, onde cada parte na relação contratual deverá alinhar sua conduta para se adequar, agindo de forma leal, de maneira que cause restrição, abuso ou desvantagem a outra parte. A boa fé é uma cláusula geral, especificado no artigo 422 do Código

Civil, “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” Quanto ao princípio da boa-fé, Carlos Gonçalves aborda.

O princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, ser provada por quem a alega. Deve este, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, dar por pressuposta a boa-fé objetiva, que impõe ao contratante um padrão de conduta, de agir com retidão, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar. (GONÇALVES, 2017, p.53).

Este princípio se divide em boa-fé objetiva e subjetiva, sendo a primeira a norma geral do direito contratual, onde se exige a conduta leal dos contratantes na prática, e em contrapartida a subjetiva é a forma da boa-fé na qual os contratantes se opõem a má-fé em seu psicológico.

O Código Civil de 2002 introduziu o princípio da boa-fé na teoria dos negócios jurídicos, trazendo com isto uma alteração de amplo alcance no campo obrigacional. A exigência de boa-fé nos atos negociais não se refere à *subjetiva*, que se caracteriza pela seriedade das intenções, mas à de caráter *objetivo*, que independe do plano da consciência. Relevante, em face das novas regras, é que as condições do negócio jurídico, por suas cláusulas, revelem equilíbrio e justiça. (NADER, 2016, p.60).

Quanto aos princípios em geral, estes assumem um papel de grande importância em todo ordenamento jurídico brasileiro, não sendo diferente no Direito Contratual, de modo que este é regido por diversos princípios, tanto tradicionais quanto modernos.

A história mostra que sem a liberdade e a segurança jurídica os negócios se tornam fracos e vistos de forma negativa pela sociedade, momento em que são utilizados os princípios como fonte do direito contratual para que seja garantido tais valores intrínsecos na sociedade.

A palavra princípio no sentido literal da palavra significa "começo" "início" "base", deste modo, os princípios são os fundamentos das normas jurídicas, utilizados para compreensão do ordenamento jurídico e auxiliando na elaboração de novas normas e na aplicação e interpretação em casos concretos, formando assim

seu caráter informativo, normativo e interpretativo. Conforme vemos Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

Por princípio, entendam-se os ditames superiores, fundantes e simultaneamente informadores do conjunto de regras do Direito Positivo. Pairam, pois, por sobre toda a legislação, dando-lhe significado legitimador e validade jurídica.(GANGLIANO, PAMPLONA, 2020, p.615).

Dada sua importância, é comum se observar que o Código Civil vigente é um Código de Princípios, pois são a partir dos princípios que pode-se dar forma e sustentação ao direito, em alguns casos auxiliando na interpretação e aplicação da norma no caso concreto, sendo também flexíveis, atendendo a evolução do direito. Estes princípios podem estar diretamente expressos na norma ou não. Flávio Tartuce nos dá o seguinte entendimento:

Nesse sentido, repise-se que os princípios são regramentos básicos aplicáveis a um determinado instituto jurídico, no caso em questão, aos contratos. Os princípios são abstraídos das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais. Os princípios podem estar expressos na norma, mas não necessariamente.(TARTUCE, 2020, p. 874).

Como descreve Flávio Tartuce no entendimento acima,os princípios são importantes para orientar na interpretação da norma, e servem ainda, para indicar soluções para determinados conflitos jurídicos, se houver.

Conclui-se que nesses casos de dúvida na aplicação direta e interpretação da própria regra jurídica ou do comportamento das partes diante de algum imprevisto e desbalanceamento do contrato, irá se valer dos princípios como norteadores para que se estabeleça o equilíbrio contratual e sua função social. No atual cenário pandêmico em que passamos, a aplicação desses princípios nas revisões dos contratos é de extrema importância para a estabilidade dos contratos no campo jurídico, alinhados também com outros institutos como a onerosidade excessiva, caso fortuito e força maior.

1.2 CONCEITO GERAL DE CONTRATO

O atual Código Civil Brasileiro, assim como seus antecessores, não tratou de trazer seu conceito, deixando uma lacuna, devendo tal conceito ser definido pela doutrina e aplicadores do direito, para assim dar início ao estudo do Direito dos Contratos.

Com a evolução dos contratos, começaram a surgir alguns conceitos, como o clássico e contemporâneo para a melhor compreensão do que é o contrato. É importante ressaltar que o contrato está sempre baseado na convergência de vontade entre as partes, que utilizam do contrato como fonte de obrigação para criar, modificar ou extinguir um direito. Este contrato deverá estar em conformidade com o ordenamento jurídico, sempre sendo observados os princípios que regulam e garantem seu equilíbrio.

De início, nota-se que o contrato é um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres. Os contratos são, em suma, todos os tipos de convenções ou estipulações que possam ser criadas pelo acordo de vontades e por outros fatores acessórios. (TARTUCE, 2020, p.855).

Ainda, o mesmo autor apresenta essa conceituação de contrato quanto a visão clássica ou moderna.

Em suma, e em uma visão clássica ou moderna, o contrato pode ser conceituado como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial. Esse conceito clássico está muito próximo daquele que consta do Código Civil Italiano que, em seu art. 1.321, estipula que “il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare ou estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale” (o contrato é o acordo de duas partes ou mais, para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial). Na doutrina atual, muitos autores seguem tal construção, caso de Álvaro Villaça Azevedo e Maria Helena Diniz. (TARTUCE, 2020, p.855).

Conforme se observa, o contrato é um negócio jurídico, e o conceito de negócio jurídico se insere na noção de contrato, pois conforme Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, o negócio jurídico é a manifestação de vontade, na qual emitida observando os pressupostos de existência, validade e eficácia, produzindo assim os efeitos pretendidos pelo agente e admitido pelo ordenamento jurídico.

Quanto ao significado de contrato, Paulo Nader explica:

contrato é vocábulo de significação estritamente jurídica e rico de conteúdo, pois se refere ao acordo de vontades, ao instrumento assinado pelas partes, ao campo normativo disciplinador das diferentes espécies e, ainda, ao departamento da ciência jurídica que estuda os princípios básicos atinentes à matéria. Em sua origem latina, a palavra *contractus*, *decontrahere*, significava relação duradoura. O verbo *contrair* mantém, ainda, o significado original, daí as expressões “contrair casamento”, “contrair hábitos”, “contrair amizade”. (NADER, 2016, págs. 27 e 28).

Considerando tais conceitos, deve-se levar em conta e incluir nesse rol uma visão civil-constitucional, em que essa união de interesses não poderá ser utilizada como forma de opressão, prezando sempre pelo equilíbrio, respeitando assim sua função social. Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, só será considerada a função social no contrato a partir do momento em que este respeitar a dignidade da pessoa humana, admitir a relativização do princípio da igualdade das partes contratantes, consagrar uma cláusula implícita de boa-fé objetiva, respeitar valores sociais e o meio ambiente, sem interferir na autonomia das partes. Conforme exposto por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona.

Portanto, à vista do exposto, poderíamos, sem prejuízo da definição supra-apresentada, e já sob uma perspectiva mais estrutural, reconceituarmos o contrato, genericamente, como um negócio jurídico bilateral, por meio do qual as partes, visando a atingir determinados interesses patrimoniais, convergem as suas vontades, criando um dever jurídico principal (de dar, fazer ou não fazer), e, bem assim, deveres jurídicos anexos, decorrentes da boa-fé objetiva e do superior princípio da função social.(GANGLIANO, PAMPLONA, 2020, págs.611, 612).

Assim, função social do contrato e princípios como o da boa fé contratual são formas de evitar que os abusos ocorram, limitando assim em partes a liberdade do conteúdo contratual para preservar a parte mais hipossuficiente, logo a mais afetada por esse tipo de prática.

Vale ressaltar que os princípios anteriormente citados, dada sua importância, além de serem analisados para a elaboração do conceito de contrato, também serão observados em toda a fase para a formação dos contratos, desde a negociação, proposta e a formalização final do contrato. Tanto que se observado algum vício decorrente violação destes princípios o contrato poderá ser nulo ou anulável, ainda passível de responsabilização por perdas e danos.

CAPÍTULO II

FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

2.1 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Obtido o entendimento quanto a noção de contrato, importante ressaltar seus elementos constitutivos, ou seja, elemento é tudo aquilo que integra na composição de algo, assim, para que o negócio jurídico produza seus efeitos, deve-se observar certos requisitos, dos quais estão previstos nos incisos do artigo 104 do Código Civil, sendo de ordens gerais, requisitos subjetivos, objetivos e formais.

A capacidade do agente é um requisito subjetivo, sendo o primeiro elemento para a validade do contrato, podendo ele ser nulo ou anulável. Será nulo caso este for celebrado por pessoa absolutamente incapaz (CC, art. 166, I), não podendo o negócio jurídico ser suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo, conforme artigo 169 do Código Civil. Será anulável pela incapacidade relativa do agente (art. 171, I), e ainda, caso o menor de idade entre dezesseis e dezoito anos celebrar um negócio jurídico de forma dolosa ocultando sua idade, não poderá se eximir das suas obrigações decorrentes do negócio do qual deu causa, conforme o artigo 180 do Código Civil.

A incapacidade relativa não irá impedir sua participação em contratos, apenas reivindica que seja feita por meio de seu representante legal nos casos de absolutamente incapazes e assistidos nos casos dos relativamente incapazes. É o que nos ensina Paulo Nader:

As pessoas absolutamente incapazes, relacionadas no art. 3º da Lei Civil, não podem participar da celebração dos contratos. A violação do mandamento legal faz nulo o ato negocial (art. 166, I, CC). Praticado nesta condição, o contrato não será suscetível de ratificação, nem convalesce pelo decurso do tempo (art. 169, CC). Os relativamente incapazes (art. 4º,

CC) poderão firmar contratos, desde que assistidos na forma da lei. (NADER, 2016, p.48).

Em alguns casos, não basta a capacidade de fato para que possa ser celebrado um contrato válido, como é o caso da venda de ascendente à descendente sem a expressa concordância dos descendentes e cônjuge, salvo em regime de separação obrigatória e também da compra por tutores, curadores, testamentários e administradores, de bens que estiverem em sua administração.

No entanto, é importante recordar a noção de legitimação nos contratos. Se a capacidade é geral e se aplica a todos os atos da vida civil, nem sempre para certos contratos o agente tem essa capacidade. Assim, se toda pessoa maior e capaz pode comprar e vender, um ascendente não pode vender bens aos descendentes, sem que os outros descendentes o consentam (art. 496), dispositivo que inclui também a aquiescência do cônjuge para a higidez no negócio, nem podem os tutores comprar bens que estejam sob sua administração (art. 497, I). Nesses casos ora sob exemplo, essas pessoas se colocam objetivamente em situações determinadas de incapacidade. (VENOSA, 2018, p. 91).

Outro elemento subjetivo diz respeito ao consentimento, no qual exige que a manifestação bilateral da vontade seja feita com uma concordância para que haja a realização do negócio jurídico, devendo ser manifestamente inequívoca e livre, podendo ser verbal ou expressa, quando a lei exigir.

Essa declaração de vontade deve ser livre e espontânea, sem nenhum vício que possa contaminar o negócio jurídico, conforme ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves.

O consentimento deve ser livre e espontâneo, sob pena de ter a sua validade afetada pelos vícios ou defeitos do negócio jurídico: erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude. manifestação da vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa (CC, art. 111). *Expressa* é a exteriorizada verbalmente, por escrito, gesto ou mímica, de forma inequívoca. Algumas vezes a lei exige o consentimento *escrito* como requisito de validade da avença. (GONÇALVES, 2017, p.30).

Quanto aos requisitos objetivos descritos no parágrafo II do artigo 104 do Código Civil, no que diz respeito a licitude do objeto, este deverá ser lícito, possível e determinado ou determinável.

O objeto lícito é aquele que não está de nenhuma forma vindo a ser caracterizado pela lei como algo proibido e ilegal, deste modo, é lícito tudo aquilo que não está defeso em lei ou que vá contra a moral social. Nos dizeres de Silvio Salvo Venosa (2018, p. 93), "o objeto do contrato deve ser lícito. Não pode contrariar

a lei e os bons costumes. Não é lícito um contrato de contrabando, nem é moral um contrato que obrigue uma pessoa a manter-se em ócio, sem trabalhar".

Na questão do negócio jurídico possível, podendo ser tanto física quanto jurídica, de modo que, a impossibilidade física é aquela que se refere a lei da própria natureza humana, sendo esta incapaz de ser realizada pela própria condição da pessoa, ressaltando que a impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio jurídico se for relativa ou se cessar antes de realizada a condição a que estiver subordinado, conforme artigo 106 do Código Civil. Já a impossibilidade jurídica é aquela que decorre do próprio ordenamento jurídico, que ocorrerá diante de impedimento por lei, neste caso devendo ser absoluta. Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

Possibilidade física ou jurídica do objeto – O objeto deve ser, também, possível. Quando impossível, o negócio é nulo (CC, art. 166, II). A impossibilidade do objeto pode ser física ou jurídica. Impossibilidade física é a que emana das leis físicas ou naturais. Deve ser absoluta, isto é, alcançar a todos, indistintamente, como, por exemplo, a que impede o cumprimento da obrigação de tocar a Lua com a ponta dos dedos, sem tirar os pés da Terra. (GONÇALVES, 2017, p.33).

O último requisito de validade jurídica é o formal, na qual se analisa a forma prescrita ou não defesa em lei, bastando que seja observado os casos que a lei prevê uma forma específica para que o contrato seja realizado, caso contrário este será nulo. Sobre o assunto, Carlos Roberto Gonçalves

No direito brasileiro a forma é, em regra, *livre*. As partes podem celebrar o contrato por escrito, público ou particular, ou verbalmente, a não ser nos casos em que a lei, para dar maior segurança e seriedade ao negócio, exija a forma escrita, pública ou particular. O consensualismo, portanto, é a regra, e o formalismo, a exceção. Dispõe, com efeito, o art. 107 do Código Civil: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.(GONÇALVES, 2017, p.34 e 35).

Em relação a forma prescrita ou não defesa em lei, prevê e o artigo 107 do Código Civil que a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente exigir. Neste sentido, se a lei descreve o *modus faciendide* de uma forma e as partes emitem a declaração de forma diversa, ocorrerá nulidade na sua formação, conforme (CC, art. 166, IV e V). Conforme aborda Carlos Gonçalves.

É nulo o negócio jurídico quando “não revestir a forma prescrita em lei” ou “for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade” (CC, art. 166, IV e V). Em alguns casos a lei reclama também a

publicidade, mediante o sistema de Registros Públicos (CC, art. 221).
Cumpra frisar que o formalismo e a publicidade são garantias do direito.
(GONÇALVES, 2017, p.35).

Vale ressaltar que existem diversas formas de contrato, alguns devem seguir as formas previstas em lei, pois se não estiverem em conformidade a mesma será nula, além do mais, como destaca Carlos Gonçalves no texto acima, os contratos revestem de publicidade para se tornar eficaz.

Nestes casos que a lei exigir instrumento particular ou instrumento público e registro, o negócio jurídico também será nulo, garantindo desta forma que o que não se impossibilite ou dificulte de se provar a própria existência do contrato ou os requisitos que foram acertados entre os contratantes.

Assim, para que o contrato não se forme com vício que gere sua nulidade, deverá sempre observar o que diz a lei sobre o agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. Essas condições deverão sempre estar acompanhadas dos princípios gerais, como o da boa-fé contratual e da autonomia da vontade.

Por fim, essas nulidades dos contratos que ocorrem conforme mostrado anteriormente, fazem parte da extinção por fatos anteriores a sua celebração, pois o surgimento da causa que levou a nulidade do contrato se deu antes da celebração.

2.2 NEGOCIAÇÃO, PROPOSTA E ACEITAÇÃO DOS CONTRATOS

Quanto a formação dos contratos, considerando a doutrina majoritária, são reconhecidas a existência de três fases, sendo elas as negociações preliminares, proposta e a aceitação. Em se tratando de formação dos contratos, o legislador pulou a fase de negociação, indo diretamente para a proposta, porém, essa fase é aceita de forma unânime tanto em doutrinas como em jurisprudências.

Também chamadas de fase de pontuação por alguns doutrinadores, a negociação é uma fase anterior a formação do contrato, momento em que os interessados irão discutir, refletir, analisar e ponderar se querem ou não entrarem em um acordo. Nesse momento, não há de se falar em uma vinculação das partes a uma relação jurídica obrigacional, podendo qualquer dos envolvidos a qualquer

momento se afastar da negociação sem justificativa. Carlos Gonçalves trouxe o seguinte entendimento:

Nem sempre, no entanto, o contrato nasce instantaneamente de uma proposta seguida de uma imediata aceitação. Na maior parte dos casos a oferta é antecedida de uma fase, às vezes prolongada, de *negociações preliminares* caracterizada por sondagens, conversações, estudos e debates (*tractatus, trattative, pourparlers*), também denominada *fase de pontuação*. Nesta, como as partes ainda não manifestaram a sua vontade, não há nenhuma vinculação ao negócio. Qualquer delas pode afastar-se, simplesmente alegando desinteresse. sem responder por perdas e danos. (GONÇALVES, 2017, p.72).

Portanto, apesar de os sujeitos envolvidos não estarem vinculados juridicamente, nos moldes do artigo 422 do Código Civil a doutrina majoritária considera esse dispositivo também para a fase preliminar de negociação, devendo ambos observar o princípio da boa-fé objetiva, de modo que, se a afronta desse princípio causar dano a outra parte, tal ato deverá ser reparado. Conforme explica Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona.

De fato, ninguém é obrigado a contratar. Todavia, ao se dar início a um procedimento negociatório, é preciso observar sempre se, a depender das circunstâncias do caso concreto, já não se formou uma legítima expectativa de contratar. Dizer, portanto, que há direito subjetivo de não contratar não quer dizer que os danos, daí decorrentes, não devam ser indenizados, dependendo da circunstância do caso concreto, na perspectiva do princípio da boa-fé objetiva. (GANGLIANO, PAMPLONA, 2020, págs.662, 663).

Alinhado com a doutrina está a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no qual ficou garantido a reparação por conta do rompimento abrupto das tratativas para a realização de evento, que já estavam em fase avançada:

“Recurso especial. Civil e processual civil. Responsabilidade civil pré-contratual. Negociações preliminares. Expectativa legítima de contratação. Ruptura de tratativas. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Juros de mora. Termo ‘a quo’. Data da citação. 1. Demanda indenizatória proposta por empresa de eventos contra empresa varejista em face do rompimento abrupto das tratativas para a realização de evento, que já estavam em fase avançada. 2. Inocorrência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide, não estando omagistrado obrigado a rebater, um a um, os argumentos deduzidos pelas partes. 3. Inviabilidade de se contrastar, no âmbito desta Corte, a conclusão do Tribunal de origem acerca da expectativa de contratação criada pela empresa varejista. Óbice da Súmula 7/STJ. 4. Aplicação do princípio da boa-fé objetiva na fase pré-contratual. Doutrina sobre o tema. 5. Responsabilidade civil por ruptura de tratativas verificada no caso concreto. 6. Inviabilidade de se analisar, no âmbito desta Corte, estatutos ou contratos de trabalho, para se aferir a alegada inexistência de poder de gestão dos prepostos participaram das negociações preliminares. Óbice da Súmula 5/STJ. 7. Controvérsia doutrinária sobre a natureza da responsabilidade civil pré-contratual. 8. Incidência de juros de mora desde a citação (art. 405 do CC). 9. Manutenção

da decisão de procedência do pedido indenizatório, alterando-se apenas o termo inicial dos juros de mora” (STJ, REsp. 1.367.955/SP, 3.ª Turma Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 18.03.2014, DJe24.03.2014).

Assim, não há dúvidas de que a quebra da confiança e expectativa, violando o princípio da boa-fé irá gerar responsabilidade civil quanto aos danos causados durante a fase de negociação.

A proposta, é segunda fase da formação dos contratos, está prevista em lei no artigo 427 do Código Civil, onde indica a vontade definitiva de contratar, que deverá ser feita pelo proponente uma proposta clara, séria e definitiva, expresso todos os termos do contrato. A proposta vinculará o emitente ao negócio jurídico, podendo ser liberado apenas com o decurso do prazo em caso da negativa do destinatário. Sobre a proposta Flávio Tartuce:

A fase de proposta, denominada fase de *oferta formalizada*, *policitação* ou *oblação*, constitui a manifestação da vontade de contratar, por uma das partes, que solicita a concordância da outra. Trata-se de uma declaração unilateral de vontade receptícia, ou seja, que só produz efeitos ao ser recebida pela outra parte. Conforme o art. 427 do CC, a proposta vincula o proponente, gerando o dever de celebrar o contrato definitivo sob pena de responsabilização pelas perdas e danos que o caso concreto demonstrar. (TARTUCE, 2020, p.944)

Ainda no artigo 427 do Código Civil, em sua parte final, o legislador traz a primeira hipótese de não vinculação, se o contrário resultar dos próprios termos ou da natureza ou circunstância do caso, conforme explicado por Anderson Schreiber: "não será considerada obrigatória a proposta se contiver ressalva acerca do seu caráter não vinculante ou se a ausência de efeito obrigacional derivar da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso concreto" (2020, p.650). Essa ressalva deverá ser feita de maneira clara e por escrito ou em caso de contrato verbal na frente de testemunhas, caso contrário ficará mantido o vínculo.

No artigo 428 do Código Civil traz expresso mais quatro exceções onde a própria lei autoriza que a vinculação da proposta seja relativa e não absoluta, colocando fim a eficácia obrigacional nessas hipóteses. A proposta não irá perdurar para sempre, ficando estabelecido um prazo para sua aceitação.

Em caso de proposta feita sem prazo à pessoa presente e não for imediatamente aceita, deixará de ser obrigatória. O legislador descreve no próprio artigo que também se considera presente a pessoa que se contrata por telefone ou

por meio de comunicação semelhante, mantendo assim o contato direto e simultâneo.

Em caso de ausentes, que segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, são aquelas em que não se mantém um contato direto entre si, formando um lapso temporal entre a proposta e o prazo para emissão da resposta, como por exemplo a carta ou o e-mail, após enviada a proposta deverá esperar decorrer o prazo dado pelo proponente ou em caso de prazo indefinido deverá levar em conta o tempo suficiente para que a resposta chegasse ao conhecimento do proponente, observando sempre os usos e costumes do lugar da celebração e a boa-fé, como alude o artigo 113 do Código Civil. Conforme explica Flávio Tartuce:

Não será obrigatória a proposta se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente (art. 428, inc. II, do CC). Trata-se do *contrato com declarações intervaladas*.⁵⁰ O tempo suficiente é um conceito legal indeterminado denominado como *prazo moral*, deve ser analisado caso a caso pelo juiz, de acordo com a boa-fé, os usos e costumes do local e das partes (art. 113 do CC). (TARTUCE, 2020, p.946)

Estabelece também em sua última hipótese de não obrigação da proposta, o arrependimento do proponente, que poderá se retratar mesmo nos casos em que a proposta não conste tal instrumento. A retratação deverá chegar ao conhecimento do destinatário antes ou no mesmo momento que receber a proposta. Não sendo válida a retratação que chegar após o recebimento da proposta que estiver dentro do prazo de aceitação ou do estabelecido em lei. Sobre o assunto Carlos Roberto ensina:

Malgrado a força obrigatória da proposta, a lei permite ao proponente a faculdade de retratar-se, ainda que não haja feito ressalva nesse sentido. Todavia, para que se desobrigue, e não se sujeite às perdas e danos, é necessário que a retratação chegue ao conhecimento do aceitante antes da proposta ou simultaneamente com ela, “casos em que as duas declarações de vontade (proposta e retratação), por serem contraditórias, nulificam-se e destroem-se reciprocamente. Não importa de que via ou meio se utiliza o proponente (carta, telegrama, mensagem por mão de próprio etc.)” (GONÇALVES, 2017, p.79 e 80).

Em caso de morte ou incapacidade do proponente antes que seja emitida a aceitação do destinatário, a proposta se vinculará ao espólio no primeiro caso e ao tutor ou curador no segundo. Porém, conforme explica Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, só ocorrerá de tal forma no caso que representar uma prestação não infungível:

Não temos dúvida de que, se a proposta feita puder ser cumprida a *posteriori*, por não se referir a prestação infungível (personalíssima), a sua obrigatoriedade perdurará, refletindo-se nos bens componentes do espólio, desde que seja plenamente válida. (GANGLIANO, PAMPLONA, 2020, pág.672).

Quando a proposta for aberta ao público, será emitida com todas os elementos essenciais à formação do contrato e conforme mencionado anteriormente, diante da natureza do negócio, este não se vinculará, como é o caso de propagandas com estoque limitado de produtos.

Após percorrido todo o caminho, chegada a proposta e está sendo aceita no seu tempo certo, as partes irão entrar em acordo e formar definitivamente o contrato, gerando todas as obrigações decorrentes desse, tanto as previstas no ordenamento jurídico, quanto as estabelecidas no próprio contrato.

Essa aceitação nada mais é do que a declaração do destinatário de que concorda de forma inequívoca e certa com todos os termos apresentados na proposta, como estabelece os doutrinadores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, que aceitação deverá ocorrer sem nenhum vício de consentimento ou por conta da capacidade do agente, sendo nulo nos dois casos.

O código prevê ainda em seu artigo 431, que se a aceitação ocorrer fora do prazo ou o destinatário não concordar com seus termos e acabar acrescentando ou retirando condições, isso resultará em uma nova proposta, que será enviada para o agora destinatário, antigo proponente. Assim explica Anderson Schreiber:

A aceitação tardia é interpretada como nova proposta. O mesmo acontece se a aceitação vem acompanhada de adições, restrições, ressalvas ou qualquer forma de alteração dos termos da proposta recebida. Nessa hipótese, a ordem jurídica considera ter havido não uma aceitação, mas nova proposta. É o que determina o art. 431 do Código Civil: “a aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta”. (SCHEREIBER, 2020, p. 655).

Quanto a aceitação também fica estabelecidas nos artigos 430, 433 e 434 do Código Civil as modalidades em que se perde sua força vinculante. Na primeira hipótese, quando a aceitação não chegar a tempo nas mãos do proponente, por motivos imprevisíveis e aleatórios, o contrato não irá se formar, não tendo o proponente nenhuma responsabilidade por perdas e danos, porém, deverá informar de imediato ao destinatário, caso contrário irá se responsabilizar.

Também será considerada inexistente a aceitação, nos mesmos moldes da proposta, na qual, se antes dela ou com ela chegar ao conhecimento do proponente sua retratação, não existindo nenhuma responsabilidade por parte do aceitante, nos termos do artigo 433 do Código Civil: "Considera-se inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante".

Por último, em caso de contratos entre ausentes, a expedição da aceitação pelo destinatário irá formar o vínculo jurídico, exceto em casos que o proponente se comprometer a receber a resposta ou este estabelecer um prazo para que esta chegue. Assim ensina Carlos Roberto Gonçalves:

Observa-se que o novo diploma estabeleceu três exceções à regra de que o aperfeiçoamento do contrato se dá com a expedição da resposta. Na realidade, recusando efeito à expedição se tiver havido *retratação* oportuna, ou se a resposta não chegar ao conhecimento do proponente no *prazo*, desfigurou ele a teoria da expedição. Ora, se sempre é permitida a retratação antes de a resposta chegar às mãos do proponente, e se, ainda, não se reputa concluído o contrato na hipótese de a resposta não chegar no prazo convencionado, na realidade o referido diploma filiou-se à teoria da *recepção*, e não à da expedição.(GONÇALVES, 2017, p.86).

Quanto as exceções sobre a proposta entre ausentes, é importante abordar as teorias que abarcam o presente tema, quais são a teoria da expedição e a teoria da recepção. Na teoria da expedição conforme entendimento acima, quer dizer que não basta a proposta ser escrita, é necessário que seja expedida, ou seja, escrevendo e expedindo, assim o contrato já será formado; na teoria da recepção ela tem como requisito o recebimento da proposta, não basta a simples expedição do documento e sim o ato do destinatário receber para caracterizar a formação do contrato, e poderá haver retratação até o destinatário receber a proposta.

Nessas fases de elaboração do contrato, é importante ressaltar a importância dos princípios, que deverão ser observados desde a fase de negociação, proposta, celebração, execução ou até mesmo após sua execução, o que garante compreensão a sua elaboração e dá uma segurança jurídica necessária.

Importante ressaltar que após a fase de negociação, em que se assume um dever de assumir uma obrigação futura por meio de um contrato preliminar com todas os requisitos essenciais para sua celebração definitiva, caso este não possua

cláusula de arrependimento, conforme artigo 463 do Código Civil qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo.

Assim, em caso de ruptura desse contrato preliminar irá gerar a responsabilidade de reparação de danos nas seguintes hipóteses elencadas por Anderson Schereiber:

(...)São requisitos para a configuração da responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações preliminares: (a) que a ruptura se dê de forma unilateral; (b) que o comportamento anterior da parte que dá causa à ruptura tenha despertado a legítima expectativa da outra parte de que o contrato seria formado; e (c) que a vítima tenha sofrido dano causado pela ruptura.(SCHEREIBER, 2020, p. 665).

Contudo, com as partes estabelecendo as condições do pré contrato, seu caminho natural até a celebração definitiva e a sua conclusão, poderá ser interrompido por fatos posteriores que não estão no controle das partes. Nestes moldes conforme o atual cenário vivido diante da pandemia da Covid-19, devem se estabelecer sempre com a premissa da boa-fé e bom-senso novas tratativas para que se estabeleça o equilíbrio do contrato, assim, seria imprescindível novas negociações.

Diante dessa alteração de normalidade, poderá ocorrer o inadimplemento do contrato, sendo rescindido e aplicada as sanções devidas, por outro lado, em caso externo que altere a conjuntura do momento em que este foi proposto, o essencial seria a compreensão de que esses fatos supervenientes poderiam acontecer e que isso seria melhor tratado mediante novas negociações, o que poderia impedir que essa ocasião fosse levada ao judiciário.

Mesmo sendo mais eficiente as partes entrarem em comum acordo e estabelecendo novas medidas contratuais, se caso não chegarem a um consenso, será necessário a interferência do poder judiciário, o que será julgado em análise das formas de extinção do contrato, estabelecendo seu equilíbrio por meio da conjuntura dos fatos externos.

CAPITULO III

PANDEMIA E AS FORMAS DE EXTINÇÃO ADOTADAS

Após a decretação de ²pandemia da COVID-19 em março de 2020 pela Organização Mundial da Saúde, muitas foram as preocupações e incertezas quanto gravidade do vírus e a proporção que isso poderia gerar em todos os setores da sociedade.

Como forma de conter a transmissão do vírus, foram adotadas medidas de distanciamento social, fechamento dos comércios, paralisação das atividades não essenciais, entre várias outras, que levou o mundo a uma crise financeira não vista à várias décadas.

Como resultado imediato da crise, ocorreram um alto número de demissões e uma grande perda de renda da população em geral. Com isso tudo pegando todos de surpresa, surgiram várias dúvidas de como ficariam os contratos nesse período, se poderiam ser extintos, cumpridos fora do prazo, se isso geraria perdas e danos ou outras obrigações decorrentes de seu inadimplemento.

Certo é que a legislação não especifica de forma clara alguma hipótese que de forma geral se aplique nos contratos afetados pela pandemia, o que acontece é a interpretação das normas jurídicas já existentes para que se garanta uma segurança diante da análise de cada contrato. Deste modo, mesmo diante da novidade do momento que se passa, as normas já estão estampadas na legislação, devendo ser manejadas a se adequar a situação.

²Segundo a Organização, pandemia é a disseminação mundial de uma nova doença e o termo passa a ser usado quando uma epidemia, surto que afeta uma região, se espalha por diferentes continentes com transmissão sustentada de pessoa para pessoa.

As formas presentes no Código Civil, quanto a extinção e formas de manutenção dos contratos são a rescisão, resolução e resolução por onerosidade excessiva, que serão analisadas abaixo.

3.1 RESCISÃO CONTRATUAL

O desejado nos contratos é que estes cheguem ao fim com o cumprimento das suas obrigações, sendo este o desejo das partes quando entram em acordo, porém, é permitido como exceção, em uma situação de anormalidade nos contratos que esse vínculo seja encerrado por meio da rescisão, que é a extinção do contrato por meio da declaração da vontade de uma das partes ou de ambas as partes. Carlos Roberto Gonçalves nos dá o seguinte ensinamento:

A rescisão não deriva de inadimplemento contratual, mas unicamente da manifestação de vontade, que pode ser bilateral ou unilateral. *Resilire*, do latim *resilire*, significa, etimologicamente, "voltar atrás". A *rescisão bilateral* denomina-se *distrato*, que é o acordo de vontades que tem por fim extinguir um contrato anteriormente celebrado. A *unilateral* pode ocorrer somente em determinados contratos, pois a regra é a impossibilidade de um contraente romper o vínculo contratual por sua exclusiva vontade. (GONÇALVES, 2017, p.221).

A regra no direito brasileiro é que a rescisão seja bilateral, também conhecido como distrato, que corresponde a vontade de todas as partes do contrato em extinguir o pacto antes do cumprimento das obrigações, estabelecendo ali o modo como esse distrato irá ocorrer. Presente nesta forma de extinção está o princípio da autonomia da vontade, que conforme explica Paulo Nader: "Da mesma forma que a iniciativa do contrato atende à conveniência das partes, o desenlace pode consultar aos seus interesses" (2016 p. 208)

Em seu artigo 472, o Código Civil não estabelece uma forma específica para que seja realizado o distrato, contudo deve ser atendida a mesma formalidade escolhida voluntariamente ou como em alguns casos as estabelecida por lei para que garante uma maior segurança. Assim, se um contrato tiver forma livre, não precisará observar os requisitos estabelecidos para o distrato em que a lei estabelecer forma especial. Nestes moldes Carlos Roberto Gonçalves ensina:

A exigência de observância da mesma forma exigida para o contrato, feita no citado art. 472, não deve ser interpretada, contudo, de forma literal, mas com temperamento: o distrato deve obedecer à mesma forma do contrato a ser desfeito quando este tiver forma especial, mas não quando esta for livre. Desse modo, a compra e venda de imóvel de valor superior à taxa legal,

que exige escritura pública, só pode ser desfeita, de comum acordo, por outra escritura pública. Mas o contrato de locação, que tem forma livre, pode ser objeto de distrato verbal, mesmo tendo sido constituído mediante contrato escrito, por exemplo. (GONÇALVES, 2017, p.223).

O distrato, assim como nos contratos, deverão observar a capacidade dos agentes, e serem expressos de forma clara entre as partes, sem que haja vícios de consentimento para que não seja necessário um futuro litígio judicial. Ainda sobre a capacidade dos agentes Paulo Nader completa:

Distrato é negócio jurídico bilateral e, como tal, pressupõe a capacidade dos agentes. É contrato pelo qual se dissolve um outro contrato.⁷ Se à época do contrato as partes eram capazes e, posteriormente, uma delas perdeu a capacidade, o distrato somente se efetivará com a declaração de vontade do representante legal do incapaz. (NADER, 2016, p.48).

De forma excepcional o Código Civil permite a rescisão de forma unilateral, quando apenas uma das partes do contrato demonstra interesse em extinguir o vínculo contratual. Tal extinção contraria o princípio da obrigatoriedade dos contratos, no qual busca garantir uma segurança jurídica, impedindo que o vínculo seja desfeito de forma unilateral, podendo causar danos pela decisão de uma das partes, que de forma geral não são permitidos, apenas quando expressos em lei.

As espécies de contratos em que a lei permite essa forma de extinção são aqueles em que possuem execução continuada e prazo indeterminável, que são aqueles contratos com previsão de prestação de vários serviços ao longo do tempo, sem que fique estabelecido um prazo determinado para seu fim. Sem essa forma de rescisão, essa modalidade de contrato perduraria para sempre sem possibilidades da parte se afastar desse vínculo. Silvio de Salvo Venosa também enumera outros contratos em que se permite a rescisão, por conta da perda de confiança:

Em alguns contratos, sua natureza permite que unilateralmente a parte dê por finda a relação. Isso ocorre no comodato, no mandato, no depósito; contratos em que o fator *confiança* tem papel importante. Como a confiança no outro contratante pode cessar no curso do contrato, permite-se que unilateralmente somente um dos contratantes dê por terminada a avença, obedecendo-se a trâmites específicos. (VENOSA, 2018, p.145).

Nos moldes do artigo 473 do Código Civil, a rescisão unilateral quando permitida em lei de forma expressa ou implícita, deverá ocorrer mediante notificação à parte contrária. Deste modo, nos moldes do princípio da boa-fé objetiva, a notificação prévia é estabelecida de modo que o rompimento de forma abrupta não

ocorra, o que poderia acarretar em danos à parte que promoveu algum investimento para que a prestação fosse cumprida. Assim ensina Anderson Schreiber: "Trata-se essencialmente de um meio de proteção contra a ruptura abrupta ou repentina de contrato em cuja conservação a outra parte tenha objetivamente confiado, por meio de investimentos para sua boa execução." (2020. p.692).

3.2 RESOLUÇÃO CONTRATUAL

Outra forma de extinção do contrato por fatos supervenientes a sua formação é a chamada resolução contratual, que é utilizada em casos de descumprimento do pactuado, podendo esta ser de forma voluntária ou involuntária, sendo prevista também no Código Civil a resolução por onerosidade excessiva. Sobre resolução, Carlos Roberto Gonçalves nos ensina.

A obrigação visa à realização de um determinado fim. Nem sempre, no entanto, os contraentes conseguem cumprir a prestação avençada, em razão de situações supervenientes, que impedem ou prejudicam a sua execução. A extinção do contrato mediante *resolução* tem como causa a inexecução ou incumprimento por um dos contratantes. (GONÇALVES, 2017, p.201).

Deste modo, se dá a possibilidade da parte lesada pelo inadimplemento da parte contrária requerer a resolução do contrato, pois não terá mais sentido ficar em uma relação em que as obrigações não vem sendo cumpridas, sendo que se observará se esta ocorreu de forma voluntária ou não para que se possa verificar a responsabilidade civil em cada caso, nos dizeres de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

De fato, seja pela recusa — justificada ou não — do devedor, seja por fatos alheios à sua vontade, como, por exemplo, no caso fortuito ou de força maior, sempre será possível ao interessado (parte lesada pelo descumprimento) pedir a resolução do contrato, extinguindo-se o vínculo contratual. (GANGLIANO, PAMPLONA, 2020, pág.746).

Primeiramente se observa a resolução por inexecução voluntária, destacada a sua forma culposa, pelo não cumprimento da obrigação por vontade própria ou por não possuir mais condições de cumpri-la por razões atribuídas à sua conduta. Segundo Flávio Tartuce, essa forma de resolução poderá ocorrer nos contratos de obrigação de dar, fazer ou não fazer, sempre estando presentes nesses casos a responsabilidade de ressarcimento de perdas e danos, juros e atualização, conforme expresso nos artigos 389 e 390 do Código Civil.

Nesses casos, o Código Civil estabelece uma cláusula geral que é atribuída a todos os contratos, são as cláusulas resolutivas nos mesmos moldes do tópico anterior. Essa cláusula poderá ser expressa ou tácita, onde na primeira irá operar de pleno direito, já na segunda dependerá de interpelação judicial, tal instituto está previsto no artigo 474 do Código Civil. Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, quanto a cláusula resolutiva tácita:

Quando, contudo, as partes nem sequer cogitaram acerca do inadimplemento contratual, fala-se, de maneira distinta, na preexistência de uma cláusula resolutória tácita, pois, em todo contrato bilateral, por força da interdependência das obrigações, o descumprimento culposo por uma das partes deve constituir justa causa para a resolução do contrato, uma vez que, se um é causa do outro, deixando-se de cumprir o primeiro, perderia o sentido o cumprimento do segundo.(GANGLIANO, PAMPLONA, 2020, pág.747).

Em regra, essa resolução irá gerar efeitos *ex tunc*, de modo que irá se extinguir o que foi executado, ocorrendo restituições recíprocas, pagamento de perdas e danos como também as que foram estabelecidas no contrato, contudo, em caso de contratos de trato sucessivo irá gerar efeitos *ex nunc*, não se restituindo as prestações que já foram cumpridas.

Nos casos em que o inadimplente for acionado quanto a resolução contratual, será garantido à ele várias formas de defesa que são as ensinadas por Carlos Roberto Gonçalves:

O devedor acionado por resolução pode apresentar várias defesas, de direito material ou de natureza processual, como, por exemplo, que o contrato não é bilateral; que o cumpriu integralmente ou de modo substancial, suficiente para impedir a sua resolução (não foi paga apenas pequena parcela do preço); que não o cumpriu porque o credor, que deveria cumprir antes a sua parte, não o fez (*exceptio non adimpleticontractus*); que o credor já não está legitimado à ação, porque houve cessão da posição contratual, ou que o réu já não é o devedor, em virtude de assunção dessa posição, com exclusão da responsabilidade; prescrição do direito de crédito; advento de circunstâncias que alteraram a base do negócio, tornando inexigível a prestação (onerosidade excessiva) etc. (GONÇALVES, 2017, p.202).

Importante ressaltar que essa modalidade de resolução contratual por conta do inadimplemento, na ótica do princípio da força obrigatória dos contratos e principalmente diante da boa-fé objetiva, a cláusula expressa se mostra como uma cautela caso alguém firme um contrato com a intenção de não cumpri-lo, e dá garantia as partes por conta de eventuais causas supervenientes.

Tanto a cláusula expressa, que se opera de pleno direito, quanto a tácita que se necessita de interpelação judicial, o inadimplemento em si não causa a resolução imediata do contrato, pois isso seria uma forma de prestigiar o mal pagador.

Assim, dando outra alternativa, o Código Civil permite em seu artigo 475 que a parte lesada poderá requerer a resolução do contrato, ou se preferir exigir o seu cumprimento, cabendo em ambos os casos a cobrança de perdas e danos, dependendo de prova de culpa do devedor. Nesses moldes, Paulo Nader ensina:

A Lei Civil coloca à disposição da parte lesada a alternativa de exigir o cumprimento da obrigação ou a declaração judicial de extinção do contrato. Além de um desses pedidos caberá, cumulativamente, o de perdas e danos. A condenação ao pagamento da cláusula penal não requer a prova de prejuízos; é mero corolário do reconhecimento da resolução, mas quanto à perdas e danos é imprescindível que a parte interessada tenha produzido a prova devida.(NADER, 2016, p.211 e 212).

Embora pareça que tal direito de requerer a resolução contratual seja absoluta, há conforme mencionado anteriormente várias formas de defesa, sendo importante observar a teoria do inadimplemento substancial, no qual se analisado que o inadimplemento for insignificante ou havendo a possibilidade de ser exigível de outra maneira para a satisfação do crédito não caberá a resolução deste, sendo possível outros efeitos jurídicos de cobrança.

Contudo, conforme ensina Flávio Tartuce, de nada adiante um cumprimento relevante da obrigação nas hipóteses em que houver claro abuso da prática do direito, como exemplo os casos em que a purgação da mora é sucessiva e em curtos espaços de tempo.

Superada a resolução por inexecução voluntário, encontra-se previsto também a resolução por inexecução involuntária, que são aquelas onde esse descumprimento não decorre da conduta de nenhum dos contratantes, mas sim por fatores alheios às suas vontades e comportamentos de modo que impossibilitam o cumprimento da obrigação.

O artigo 393 do Código Civil apresenta essa possibilidade de resolução, na qual o devedor que se vê impossibilitado de cumprir suas obrigações, por resultado de caso fortuito ou força maior, estará liberado de seu cumprimento e não

responderá pelos prejuízos causados, salvo se expressamente se obrigou a ressarcir os prejuízos por caso fortuito e força maior ou mora. Assim ensina Flávio Tartuce:

O descumprimento contratual poderá ocorrer por fato alheio à vontade dos contratantes, situação em que estará caracterizada a *resolução por inexecução involuntária*, ou seja, as hipóteses em que ocorrer a impossibilidade de cumprimento da obrigação em decorrência de caso fortuito (evento totalmente imprevisível) ou de força maior (evento previsível, mas inevitável). Como consequência, a outra parte contratual não poderá pleitear perdas e danos, sendo tudo o que foi pago devolvido e retornando a obrigação à situação primitiva (*resolução sem perdas e danos*). (TARTUCE, 2020, p.997 e 998)

Deste modo, como resultado de caso fortuito e força maior, caracterizados por acontecimentos em que o devedor não poderia evitar ou impedir, a inexecução decorre de causa superveniente, não dependendo necessariamente de interpelação judicial, não estando ligada a análise de culpa, havendo de ser objetiva, total e definitiva. Quanto ao assunto, Silvo de Salva Venosa expõe:

Nessas hipóteses, há uma causa superveniente ao contrato que inviabiliza seu cumprimento. A força maior ou o caso fortuito constituem causas objetivas a resolver o contrato. Essas causas podem obstar o cumprimento total ou parcial do negócio. Quando o contrato ainda pode ser cumprido parcialmente, pode o credor manter o interesse em que assim se faça. Não se confunde a impossibilidade superveniente com mera dificuldade de cumprimento. A impossibilidade deve ser examinada no caso concreto. A simples dificuldade é de cunho subjetivo e não serve de escudo para a parte deixar de cumprir o contratado. (VENOSA, 2018, p.149).

Assim, caso não seja a inexecução total nem definitiva, poderá o credor optar que o contrato seja cumprido em momento oportuno, ocorrendo assim apenas sua suspensão. Regra geral é a suspensão do contrato, porém, se a impossibilidade persistir, de modo que o cumprimento da obrigação não seja mais de interesse do credor, esta poderá pedir a resolução.

3.3 RESOLUÇÃO CONTRATUAL POR ONERISIDADE EXCESSIVA

Com a intenção de garantir uma margem de equilíbrio nos contratos que foram afetados por fatores supervenientes ao momento de sua formação, surgiram várias teorias que foram sendo aperfeiçoadas e utilizadas para dar solução a esse problema. Em razão disso surgiu a cláusula "*rebus sic stantibus*", que deu origem a todas as outras teorias modernas.

Com origem na idade média, a cláusula "*rebus sic stantibus*" começa a ser aplicada, ficando assim implícita nos contratos, de modo que o convencionado entre as partes não deverá prevalecer caso as coisas não permanecerem como eram no momento da celebração do contrato. Quanto a sua classificação Carlos Roberto Gonçalves descreve:

A teoria que se desenvolveu com o nome de *rebus sic stantibus* consiste basicamente em presumir, nos contratos comutativos, de trato sucessivo e de execução diferida, a existência implícita (não expressa) de uma cláusula, pela qual a obrigatoriedade de seu cumprimento pressupõe a inalterabilidade da situação de fato. Se esta, no entanto, modificar-se em razão de acontecimentos extraordinários, como uma guerra, por exemplo, que tornem excessivamente oneroso para o devedor o seu adimplemento, poderá este requerer ao juiz que o isente da obrigação, parcial ou totalmente.(GONÇALVES, 2017, p.210).

Posteriormente, devido aos conflitos da primeira guerra mundial, a cláusula "*rebus sic stantibus*" voltou a ser debatida com a denominação de teoria da imprevisão, que por conta de uma causa superveniente e imprevisível, de modo que altere a base econômica do contrato, tornando-o excessivamente oneroso para alguma das partes, seria assim possível sua revisão ou rescisão.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves, no código brasileiro de 1916, não havia previsão expressa dessas teorias, porém, já eram amplamente debatidas nas jurisprudências e doutrinas.

Na realidade, a cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão eram aplicadas entre nós somente em casos excepcionais e com cautela, desde que demonstrada a ocorrência de fato extraordinário e imprevisível e a consequente onerosidade excessiva para um dos contratantes.(GONÇALVES, 2017, p.210).

Assim, no Código Civil de 2002, com base na cláusula "*rebus sic stantibus*" e na teoria da imprevisão, ficou expressa a resolução por onerosidade excessiva, que é prevista em seu artigo 478, assim transcrito:

"Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação."

Esse artigo citado trás as algumas condições que devem ser atendidas para que se possibilite a resolução deste contrato, os quais são um contrato de execução continuada ou diferida, excessiva onerosidade para uma das partes, gerar

extrema vantagem para a outra parte e ocorrer por conta de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Para que se permita a resolução por onerosidade excessiva é necessário que todos os requisitos sejam atendidos.

Conforme se observa na primeira condição, tal modalidade de extinção só ocorrerá nos contratos de execução diferida ou continuada, nos quais são aqueles em que as obrigações são cumpridas ao longo do tempo, depois de um intervalo de tempo entre sua celebração e a completa execução por ato único. Nos casos de contratos de execução imediata não será possível, pois sua obrigação irá ser satisfeita logo após sua celebração. Assim comenta Silvo de Salvo Venosa:

Os contratos devem ser a prazo, ou de duração. O contrato de cumprimento instantâneo, como é elementar, não se amolda à problemática da excessiva onerosidade. Esta surge com o decorrer de certo tempo, ainda que muito próxima à feitura do contrato. O fato deve ser imprevisível e imprevisível aos contratantes. Se algum deles já souber de sua existência ou ocorrência, o enfoque desloca-se para os vícios de vontade. O campo de atuação é dos contratos bilaterais comutativos, ou unilaterais onerosos. (VENOSA, 2018, p.114).

Quanto ao tempo de vigência do contrato, o Código Civil não prevê nenhum prazo para que possa ocorrer a onerosidade excessiva, devendo apenas acontecer um desequilíbrio contratual, gerando assim uma excessiva onerosidade para uma das partes e a vantagem das outras, podendo ocorrer em qualquer fase do contrato.

Essa onerosidade excessiva é basicamente o fato do contrato ter se tornado de difícil execução, gerando um sacrifício maior e mais oneroso do que o assumido na data da contratação. Como o Código Civil não prestou uma orientação quanto as modalidades em que as prestações se tornam excessivamente onerosas, fica a cargo do juiz ao analisar o caso concreto decidir. No entendimento de Anderson Schreiber:

*Não há, no Código Civil, a determinação de um parâmetro em relação ao qual se poderia afirmar que a prestação se torna *excessivamente* onerosa. Nossa legislação deixou a cargo do prudente arbítrio do juiz a aferição, nas hipóteses concretas, do agravamento do sacrifício econômico do contratante necessário à configuração da excessiva onerosidade dos contratos em geral. (SCHEREIBER, 2020, p. 708 e 709).*

Como acréscimo desse sacrifício gerado para o cumprimento da obrigação, deverá estar presente também uma extrema vantagem para a outra

parte, o que torna o instituto de difícil aplicação, vez que os fatores imprevisíveis e extraordinários em regra recaem sobre todas as partes, tornando assim inviável sua aplicação. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona criticam essa forma:

Já criticamos, linhas atrás, a impropriedade de se considerar que a imprevisão exija relação causal entre enriquecimento e empobrecimento de uma parte e outra, uma vez que o fato posterior poderá onerar a ambas, caso em que, ainda assim, a teoria não poderia deixar de ser aplicada.(GANGLIANO, PAMPLONA, 2020, pág.770).

Além disso, o Código ainda exige quanto aos motivos da onerosidade excessiva, que estes tenham ocorrido por meio de acontecimentos imprevisíveis e extraordinários. Quanto a fatos imprevisíveis, são basicamente aqueles que os contratantes não tinham como prever, já os fatos extraordinários são aqueles que atingem toda a sociedade, ou de maneira ampla, um grupo dela. Quanto a fato extraordinário, Anderson Schreiber demonstra o que seria:

Pode-se dizer, de modo geral, que nossa doutrina define o fato *extraordinário* como aquele que escapa ao curso normal dos acontecimentos, divergindo do que se afigura comum na vida ordinária. Assim, catástrofes naturais, guerras e epidemias constituiriam, ao menos naqueles países em que tais eventos não se verificam com frequência, fato extraordinários. Tratar-seia, portanto, da aplicação de um critério objetivo de probabilidade, baseado em estatísticas ou na simples observação daquilo que ordinariamente acontece.(SCHEREIBER, 2020, p. 711 e 712).

Esses requisitos requeridos pelo artigo 478, não se apresentam de fácil cumprimento, de modo que aplicá-lo no dia a dia acaba sendo um pouco difícil e improvável, por conta de seu rigor.

Porém, como medida contrária a resolução, estão previstos nos dois artigos seguintes a possibilidade de revisão desse contrato. No primeiro caso, o artigo 479 prevê que a resolução poderá ser evitada caso o credor modifique de forma equitativa as condições do contrato por ser mais vantajoso. Diante dessa possibilidade estar descrita no Código apenas para o réu, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona fazem uma crítica:

A negativa dessa via — deferida exatamente à parte que, em geral, goza de maior poder econômico — pode significar, na prática, que ao autor da ação (devedor onerado pelo evento imprevisível) caiba, apenas, pleitear a resolução do contrato, ou seja, a dissolução do negócio, o que poderá não lhe interessar, ou, até mesmo, ser-lhe ainda mais prejudicial.(GANGLIANO, PAMPLONA, 2020, pág.771 e 772).

E em sua última hipótese, o artigo 480 orienta que nos contratos em que as obrigações couberam apenas a uma das partes, esta poderá ser reduzida por medida judicial, tornando assim a prestação distante de ser resolvida por onerosidade excessiva. Nesses moldes Flávio Tartuce prevê:

Por outra via, de acordo com o art. 480 do CC/2002, se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá esta pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou que alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva, o desequilíbrio contratual. Em casos tais caberá ao magistrado intervir revendo ou não o contrato. Sendo assim, parece-me que a iniciativa trazida pelo comando legal é do autor da ação. Primeiramente, ele requer a resolução do contrato e, no curso desta, formula um pedido subsidiário de revisão, que poderá ser acatado pelo juiz.(TARTUCE, 2020, p.1002)

Observa-se que é inegável a possibilidade de revisão contratual, além de estarem previstos em vários dispositivos específicos, está presente também em seu artigo 317, no qual se vale da teoria da imprevisão, podendo o valor da prestação ser corrigido por sentença judicial, quando por fatos imprevisíveis sobrevier desproporção manifesta entre o valor devido e o do momento de sua execução. Assim, Anderson Shereiber quanto a utilização do artigo como forma de revisão para a parte que se enquadra nos casos da onerosidade excessiva.

Da redação aberta da norma a doutrina extrai o poder do juiz de corrigir o valor da prestação devida de modo a assegurar tanto quanto possível o valor real da prestação, em cristalina opção pelo remédio revisional. A revisão judicial do contrato afigura-se mais útil ao contratante que sofre a onerosidade excessiva, o qual, por vezes, não tem interesse na extinção do contrato.(SCHEREIBER, 2020, p. 717).

Conforme observado, mesmo diante da possibilidade em que o legislador permitiu a resolução do contrato por onerosidade excessiva, certamente não retira a possibilidade de que esse contrato seja revisado, conforme observado sua possibilidade diante de outros dispositivos. Desse mesmo modo, a revisão deve ser a regra nos contratos, de forma a consagrar a função social dos contratos e dos demais princípios que garantem sua manutenção.

3.4 APLICAÇÃO DAS FORMAS DE EXTINÇÃO SUPERVENIENTES DOS CONTRATOS DURANTE A PANDEMIA

Diante do atual cenário de pandemia que vivemos, muitas foram as dúvidas quanto o que poderia ser feito diante de uma impossibilidade de cumprir

com o acordado de forma definitiva ou temporária, até mesmo se por vontade de uma das partes esse contrato poderia ser extinto ou revisto.

Como primeira alternativa, antes de se pensar em extinção do vínculo contratual, deve ser priorizado pelas partes uma nova negociação com o intuito de preservar e fazer possível o cumprimento da obrigação. Importante as partes optarem por um consenso de que a situação afetou a todos de maneira inesperada e que a melhor forma sempre será uma nova negociação para que se estabeleça novos prazos, novas forma de cumprimento e novas cláusulas.

Inúmeros foram os contratos afetados pelos eventos gravosos da pandemia, o que acabou gerando seu desequilíbrio e incertezas futuras. Nesses moldes, a atual codificação civil prevê instrumentos capazes de dar solução a esses casos, também presentes as formas de extinção contratual adotadas por fatores supervenientes, previstas na legislação com a figura da rescisão e da resolução.

Quanto a estes modos de extinção, a rescisão tanto bilateral e unilateral atingiu uma grande quantidade de contratos no atual cenário pandêmico em que passamos. Não sendo estes contratos feitos para perpetuarem pra sempre, é direito das partes se retirar desse vínculo quando quiserem, por vontade dos contratantes.

Essa rescisão, conforme exposto anteriormente, se ocorrer diante das alterações das condições causadas pela pandemia e for consagrada de forma bilateral, não acarretará em danos ou posteriores responsabilidades para as partes, salvo se assim for convencionado em acordo. Agindo em conformidade com o princípio da liberdade contratual, as partes podem se desfazer desse vínculo com a mesma liberdade em que o fizeram.

Porém, caso esse contrato seja rescidido de forma unilateral, deverá ser observado os casos em que a lei permite essa extinção por meio da denúncia, sempre com comunicação prévia ao denunciado, caso contrário, não havendo previsão em lei ou no próprio contrato, o denunciante ficará obrigado a pagar os encargos previstos no contrato e as perdas e danos decorrente desse.

Explica Carlos Roberto Gonçalves que essa rescisão denominada denúncia poderá ser feitas naqueles contratos de obrigações duradouras ou também

conhecidos como contrato de execução continuada, contra sua renovação ou continuação, que irá ter tempo indeterminado, como por exemplo os contratos de arrendamento, locação, fornecimento de gás, entre outros.

Quanto a suspensão da denúncia, esta poderá ocorrer nos casos em que o denunciado promover investimentos para o cumprimento das prestações, assim, a denúncia só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e a volta dos investimentos ou de prévia indenização. Nesses moldes o exemplo de Flávio Tartuce:

A título de exemplo, eventual despejo por denúncia vazia até pode não ser concedido se o locatário tiver introduzido investimentos consideráveis no imóvel, sendo omissos o instrumento contratual quanto a esses investimentos. A aplicação do comando diz respeito a contratos com prazo indeterminado, pois nesses é possível o exercício do direito de rescisão unilateral, por força da lei. (TARTUCE, 2020, p.1011)

Ainda no que diz respeito a rescisão unilateral, importante destacar que mesmo sendo direito potestativo, não poderá ser feita de modo a configurar abuso de direito, incidindo assim o artigo 187 do Código Civil: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Assim é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, quanto a rescisão por parte da operadora de plano de saúde durante o período em que a segurada está submetida a tratamento médico:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE COLETIVO. RESCISÃO UNILATERAL. SEGURADO EM TRATAMENTO CONTINUADO DE EMERGÊNCIA. MANUTENÇÃO DO PLANO NAS MESMAS CONDIÇÕES ATÉ O FIM DO TRATAMENTO. CONSONÂNCIA DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte "considera abusiva a rescisão contratual de plano de saúde, por parte da operadora, independentemente do regime de contratação (individual ou coletivo), durante o período em que a parte segurada esteja submetida a tratamento médico de emergência ou de urgência garantidor da sua sobrevivência e/ou incolumidade física, em observância ao que estabelece o art. 35-C da Lei n. 9.656/1998" (AgInt no AREsp 1.226.181/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe de 1º/06/2018).

A pandemia em todos seus efeitos gerados afetou diretamente as partes dos contratos, o que gerou o impedimento de se cumprir com o que foi acordado, tanto por questões relacionadas aos decretos, paralisação de atividades, falta de matéria prima, entre outros problemas. Quanto a análise desses casos de inadimplemento, estão previstas as modalidades de resolução e resolução por onerosidade excessiva.

Mesmo diante de todos os acontecimentos, os contratos devem ser mantidos e cumpridos sempre que possíveis, não cabendo qualquer forma de resolução ou revisão naqueles em que não foram afetados. Assim se o inadimplemento for provocado de forma voluntária, por culpa ou ocasião em que o devedor deu causa, é aplicável ao caso concreto o disposto nos artigos 474 e 475 do Código Civil, podendo a credora ter a opção de pedir a resolução ou a execução forçada do contrato, sempre com direito ao ressarcimento de perdas e danos.

Importante destacar que, caso se verifique que o inadimplemento seja de menor importância para aquele que sofre seus efeitos ou sempre se considerou uma tolerância quanto ao cumprimento da obrigação, a resolução poderá ser impedida conforme análise do caso concreto. Quanto a isso, Carlos Roberto Gonçalves pontua:

O juiz, ao avaliar, em cada caso, a existência desses pressupostos, levará em conta os princípios da boa-fé e da função social do contrato, bem como as legítimas expectativas das partes em relação à complexidade econômica do negócio. (GONÇALVES, 2017, p.202).

Nestes casos, como forma de garantir uma segurança jurídica a teoria do adimplemento substancial é necessária, vistos os casos em que o contrato já foi quase todo cumprido e a mora se torna ínfima e insignificante para gerar os danos decorrentes de sua extinção. Com a mora não justificando a extinção, é possível a aplicação de outros efeitos jurídicos para se reivindicar o término do cumprimento das obrigações, como ação de cobrança e execução.

Agora, nos casos em que a inadimplência for consequência de um acontecimento superveniente em que o devedor não deu causa e não era previsto na data e nas condições em que o contrato foi feito, como é o caso da pandemia, a previsão legal dá a possibilidade de se resolver o contrato por conta de fatores de

caso que não eram possíveis evitar ou impedir, ficando assim livre dos prejuízos causados.

Este instrumento previsto no artigo 393 do Código Civil, tem o condão de resolver os contratos em que sua execução for total e decorrente de caso fortuito e força maior. Nos casos em que a execução for considerada parcial e de pequenas proporções, o credor ainda poderá optar pelo seu cumprimento ou em outro caso pela suspensão temporária do contrato, para que seu posterior cumprimento, oportunidade em que esse período de suspensão seja conveniente ao credor.

Dentre desse caso, nos moldes dos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves, se a impossibilidade se sobrevier de uma mera dificuldade econômica, sendo possível a seu cumprimento, mas ocasionando uma lesão ao devedor, esse caso irá se configurar como onerosidade excessiva.

Essa resolução por onerosidade excessiva nos contratos afetados pela pandemia poderá ocorrer naqueles que forem de execução continuada ou deferida e que geraram a onerosidade excessiva para uma parte e uma extrema vantagem para a outra. Fato já criticado por diversos doutrinadores, por conta de que a aplicação no caso concreto dependendo de um enriquecimento de uma parte e onerosidade de outra é de difícil aplicação.

Ainda sobre os impactos da pandemia nos mais diversos contratos, muitos locatários foram afetados em suas condições financeiras, o que causou uma grande quantidade de pedidos judiciais para que fossem resolvidos e não acarretassem multas. Contudo o entendimento adotado por tribunais é de se manter o contrato, visto que não se pode mensurar o real impacto financeiro da condição da autora em cumprir com o acordo. Assim o entendimento do Tribunal de Justiça de Goiás em negar o pedido de alteração de cláusula contratual em sede de liminar:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA. RECURSO SECUNDUM EVENTUM LITIS. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA INDEFERIDA NA ORIGEM. PANDEMIA DA COVID-19. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS.EXCEPCIONALIDADE. ONEROSIDADE EXCESSIVA PARA AMBAS AS PARTES CONTRATANTES. DECISÃO MANTIDA.(...) 2. A tutela provisória de urgência apenas será concedida se observados, concomitantemente, os requisitos do artigo 300, caput, do Código de Processo Civil, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano

ou risco ao resultado útil do processo, não se olvidando, ainda, que a medida liminar não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.³ Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional. Inteligência do artigo 421 do Código Civil. 4. No caso dos autos, embora seja de amplo conhecimento a crise instaurada em razão da pandemia da COVID-19, não se pode mensurar, neste momento processual, o real impacto por ela produzido sobre a capacidade da autora/agravante em cumprir as obrigações assumidas frente a parte ré/agravada. Desta feita, não é prudente alterar as cláusulas estabelecidas nos ajustes firmado entre as partes, notadamente porque pode acarretar extrema vantagem para um dos contratantes e onerosidade excessiva para o outro em razão do mesmo cenário.⁵ AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO. (TJ/GO, 4ª CC, AI nº 522548-34.2020.8.09.0000, Rel. Des. ELIZABETH MARIA DA SILVA, DJ de 03/08/2020).

Ainda quanto a onerosidade excessiva, é prevista a possibilidade do credor modificar as condições do contrato, de modo que este fique compatível com a realidade em que foram assinados, impedindo assim a resolução e frustração quanto ao contrato não cumprido. Ou em casos que a obrigação couber a apenas uma das partes, como forma de evitar a onerosidade excessiva, poderá requerer que a prestação seja reduzida ou alterada, confirmando assim a continuidade do contrato com seu cumprimento. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona dão um exemplo quanto o caso de contratos unilaterais:

É o caso, por exemplo, de alguém se comprometer, por meio de um contrato de doação (contrato unilateral), a fornecer 50 sacas de cereais, em um determinado dia, a uma família carente que reside em uma longínqua comunidade, cujo único acesso é uma estrada vicinal. Se um evento inesperado dificultar sobremaneira a prestação (uma grave erosão na estrada, por exemplo), o devedor poderá pugnar pelo envio do cereal pela via fluvial, em dias seguidos, segundo a disponibilidade dos barcos de transporte da região. (GANGLIANO, PAMPLONA, 2020, pág.773).

Nos moldes dos princípios da boa fé contratual, autonomia da vontade e ainda da função social do contrato, ao se permitir a resolução, também se permite a revisão, como inegável razão de justiça, deste modo trás o Código Civil no artigo 317, coloca a possibilidade de revisão do valor da prestação do contrato quando sobrevier uma desproporção quanto ao valor devido e do valor da prestação, ocasionado por motivos imprevisíveis.

Como resultado, destaca-se que a legislação contém os instrumentos necessários que poderão ser utilizados para que sejam revisados ou extintos esses contratos afetados pela pandemia, contudo, o melhor caminho a se seguir, antes de

qualquer intervenção judicial, sempre será utilizado a revisão como regra e a extinção como exceção. Dada a melhor forma de se resolver, as partes devem sempre procurar soluções amigáveis, pautadas pelo bom senso e boa-fé.

CONCLUSÃO

Dessa forma, o presente trabalho teve como estrutura principal a relação entre as partes de um contrato nos tempos de pandemia. Como fonte de obrigação, esse contrato fundado na manifestação de vontade entre as partes se dá como forma de satisfazer algum interesse em comum, resguardando uma conduta honesta.

O contrato foi e sempre será muito utilizado como instrumento de obrigação em que se garante a circulação de riquezas e interesses, assim sendo, para que esse vínculo seja formado, deve se observar vários elementos agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

O direito dispõe de diversas fontes para que seja dada uma resposta aqueles casos em que a lei acaba sendo omissa, por isso se utiliza de fontes variadas, entre elas usos e costumes, jurisprudências, doutrinas e os princípios contratuais. Nesses casos, os princípios têm uma importante função de garantir uma segurança jurídica e dar base a diversas interpretações das normas jurídicas.

A extinção conforme as modalidades previstas por fatos supervenientes, tanto por vontade das partes, na qual se mostra a maneira em que o desgaste é menor e menos trabalhoso de ser feita, como por inadimplência culposa ou não culposa, tem a intenção de dar uma possibilidade como exceção de se desfazer o vínculo.

Essa última modalidade de extinção se mostra bem trabalhosa, pois para que ela ocorra deverá ser observado alguns requisitos para que se possa ser legalmente aceito a rescisão ou revisão desses contratos. Necessário assim uma mudança da normalidade do momento em que o contrato foi realizado para o

momento em que as condições foram alteradas, levando a prestação ser de total ou parcial cumprimento ou de extrema onerosidade para o devedor.

Por fim, conclui-se que estão garantidas as modalidades de restabelecimento do equilíbrio e preservação das partes quanto a extremos de afetação por conta da pandemia. Por outro lado, essas modalidades devem sempre ser considerada como exceção pelas partes, que preferencialmente devem seguir para a conciliação e adotar as medidas para que o contrato se preserve, evitando maiores problemas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

_____ **SUPERIOR TRIBUNAL de JUSTIÇA. AGRAVO INTERNO no RECURSO ESPECIAL nº 1.226.181/DF**. Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe de 1º/06/2018, disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801906269&dt_publicacao=27/11/2020

_____ **TRIBUNAL de JUSTIÇA GOIÁS no AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 5225548-34.2020.8.09.0000** TJ/GO, 4ª CC, Rel. Des. ELIZABETH MARIA DA SILVA, DJ de 03/08/2020, disponível em (https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=128229008&hash=209610293613005405650735778933514451242&CodigoVerificacao=true)

TARTUCE, Flávio, **Manual de Direito Civil**, volume único, 10ª edição, Método 2020,

GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO e Rodolfo Pamplona, **Manual de Direito Civil**, volume único, Saraiva 2020,

SCHEREIBER, Anderson, **Manual de Direito Civil Contemporâneo**, 3ª edição, Saraiva 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Contratos e Atos Unilaterais**, 14^a edição, Saraiva, 2017.

VENOSA, Silvio Saulo, **Contratos**, 18 edição, Atlas, 2018.

NADER, Paulo, **Curso de Direito Civil**, 8^a edição, Forense, 2016.